

Héctor Fix-Zamudio

JUSTICIA CONSTITUCIONAL,
OMBUDSMAN Y DERECHOS
HUMANOS

SEGUNDA EDICIÓN AUMENTADA



COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS
MÉXICO, 2001

Primera edición: mayo, 1993
ISBN: 968-805-919-6

Primera reimpresión: octubre, 1997
ISBN: 970-644-098-4

Segunda edición: mayo, 2001
ISBN: 970-644-218-9

© **Comisión Nacional
de los Derechos Humanos**
Periférico Sur 3469
esquina Luis Cabrera,
Col. San Jerónimo Lídice,
C.P. 10200, México, D.F.

Diseño de portada:
Flavio López Alcocer

Impreso en México

CONTENIDO

PRÓLOGO	XIII
EL JUEZ ANTE LA NORMA CONSTITUCIONAL	1
I. El juez como figura central del derecho	1
II. Interpretación e integración del derecho	5
III. El derecho judicial y la estimativa jurídica	12
IV. Naturaleza de las normas constitucionales	19
V. Juez y Constitución	28
VI. La jurisdicción constitucional y su naturaleza jurídica	37
VII. Lógica y sentimiento en el juez constitucional	47
VIII. Conclusiones	56
LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN AMÉRICA LATINA	63
I. Introducción	63
II. Los dos grandes sistemas de justicia constitucional en América Latina: el americano y el austriaco	65
III. La influencia de la revisión judicial angloamericana	68
IV. La trascendencia del derecho continental europeo	97
V. Aproximación de ambos sistemas: la declaración de inconstitucionalidad	105
VI. El sistema socialista cubano	110
VII. La revisión judicial transnacional	114
VIII. Los grandes problemas contemporáneos	124
a) Las cuestiones políticas	124
b) Los estados de emergencia	127
c) La eficacia	137
IX. Resumen y conclusiones	139
LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL ORDENAMIENTO MEXICANO	149
I. Introducción	149

II. Breve relación de antecedentes históricos. Influencias externas	151
III. Evolución interna	153
IV. La situación actual. El juicio de responsabilidad política	164
V. Las controversias constitucionales	179
VI. El procedimiento investigatorio de la Suprema Corte de Justicia	183
VII. El juicio de amparo	186
VIII. La introducción y desarrollo del <i>Ombudsman</i>	201
IX. La participación de los tribunales federales y locales en la función de la justicia constitucional	210
X. La Suprema Corte de Justicia como tribunal constitucional	215
XI. Perspectivas de la justicia constitucional en México	227
XII. Conclusiones	242
Bibliografía básica	247
LA CONSTITUCIÓN Y SU DEFENSA	253
I. Introducción	253
II. Concepto de la defensa constitucional	257
III. Los dos grandes sectores: protección constitucional y garantías constitucionales	259
IV. Diversos aspectos de la protección constitucional	261
a) La protección política. División de poderes	261
b) Regulación de los recursos económicos y financieros	268
c) La institucionalización de los factores sociales: grupos de interés, grupos de presión y partidos políticos	272
d) La técnica jurídica: supremacía constitucional y procedimiento dificultado de reforma	280
V. Garantías constitucionales, justicia y jurisdicción constitucionales, derecho procesal constitucional	284
VI. Diversos sectores	291
a) La jurisdicción constitucional de la libertad	291
b) La jurisdicción constitucional orgánica	313
c) La jurisdicción constitucional de carácter internacional y comunitaria	318
VII. Conclusiones	325
ALGUNAS BREVES REFLEXIONES SOBRE LA DEFENSA CONSTITUCIONAL EN EL ORDENAMIENTO MEXICANO	329
I. Introducción	329
II. El principio de la división de poderes	332

III. La participación de los grupos sociales y de los partidos políticos	334
IV. La regulación de los recursos públicos, económicos y financieros	339
V. Las garantías constitucionales en sentido contemporáneo	341
VI. Las garantías constitucionales en el derecho mexicano	344
VII. Algunos ejemplos comparativos	346
Bibliografía básica	349
REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO CONSTITUCIONAL PROCESAL MEXICANO	351
I. Introducción	351
II. Derecho procesal constitucional y derecho constitucional procesal	353
III. Sectores que integran el derecho constitucional procesal	358
a) La jurisdicción	358
b) Las garantías judiciales	365
c) Las garantías de las partes	376
d) Las formalidades esenciales del procedimiento	388
IV. Conclusiones	397
POSIBILIDAD DEL <i>OMBUDSMAN</i> EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO	403
I. Introducción	403
II. Doctrina latinoamericana sobre la institución	405
III. Proyectos de reforma constitucional o de carácter legislativo	409
IV. Instituciones paralelas: procuradurías del consumidor y el Ministerio Público	412
V. La creación de los primeros instrumentos, especialmente en el ámbito local	417
VI. Las procuradurías de los Derechos Humanos en la legislación de Costa Rica de 1982 y en la Constitución de Guatemala de 1985	419
VII. Conclusiones	420
EL PAPEL DEL <i>OMBUDSMAN</i> EN LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES DIFUSOS	423
I. Introducción	423
II. Concepto de intereses difusos, interpersonales o transpersonales	424

III. El desarrollo de los intereses difusos en el campo administrativo y judicial	425
IV: El nuevo concepto de legitimación procesal y las sentencias colectivas	427
V. Desarrollo de instrumentos jurídicos para la tutela de dichos intereses	429
VI. La evolución en Latinoamérica	431
VII. Los intereses difusos en el derecho mexicano	435
VIII. El <i>Ombudsman</i> y los intereses difusos	437
IX. Conclusiones	438
Bibliografía esencial	441
EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS CONSTITUCIONES LATINOAMERICANAS Y EN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	445
I. Introducción	445
II. La primacía del derecho internacional en las Constituciones de Europa Continental	447
III. Evolución del derecho comunitario	448
IV. Desarrollo paulatino en América Latina. Situación tradicional	449
V. Reconocimiento de la primacía relativa del derecho internacional	450
VI. La jerarquía de los tratados de Derechos Humanos	452
VII. La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Organización	455
VIII. Competencia	460
a) Consultiva	461
b) Jurisdiccional	462
IX. Legitimación procesal	462
X. Procedimiento. La tramitación de opiniones consultivas	464
XI. El procedimiento de las controversias jurisdiccionales	468
a) Excepciones preliminares	469
b) Fases escrita y oral de procedimiento contencioso	470
c) Terminación anticipada del proceso	471
d) Medidas precautorias o cautelares	471
e) La Comisión Interamericana como parte	473
f) Sentencias	474
g) Cumplimiento del fallo	475
XII. Conclusiones	477

EL AMPARO MEXICANO COMO INSTRUMENTO PROTECTOR DE LOS DERECHOS HUMANOS	483
I. Introducción	483
II. Surgimiento del juicio de amparo como instrumento procesal de tutela de los Derechos Humanos	485
III. Su modificación posterior para incorporarle otras instituciones procesales	486
IV. La complejidad actual del derecho de amparo en México	493
V. Su trascendencia en Latinoamérica, así como en las declaraciones y convenios internacionales	496
VI. Las funciones actuales del juicio de amparo dirigidas a la protección constitucional de los Derechos Humanos	500
VII. El amparo <i>habeas corpus</i>	501
VIII. El amparo contra leyes	502
IX. Las reformas constitucionales y legales de 1988	508
X. Perspectivas para el futuro	515
XI. Conclusiones	524
Bibliografía esencial	530
 LAS RELACIONES ENTRE LOS TRIBUNALES NACIONALES Y LOS INTERNACIONALES	 533
I. Introducción	533
II. Resumen de los informes nacionales	536
III. El derecho procesal supranacional	562
IV. Las relaciones entre el derecho supranacional y el orden jurídico interno	566
V. La situación particular del derecho internacional de los Derechos Humanos	574
VI. Tribunales internacionales y transnacionales	581
VII. Organismos no jurisdiccionales	606
VIII. La ejecución de las sentencias internacionales y transnacionales en el ámbito interno	622
IX. La jurisprudencia supranacional y los tribunales nacionales	631
X. Conclusiones	636
 LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LA JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA	 641
I. Introducción	641

II. El problema de las cuestiones políticas como no justiciables	645
III. Justicia y política	648
IV. Las transformaciones en los últimos años	650
V. Los Tribunales y Cortes Constitucionales como organismos jurisdiccionales especializados en la resolución de cuestiones políticas fundamentales	653
VI. La judiciabilidad de las declaraciones de estados de emergencia y de sus actos de aplicación	656
VII. La tendencia hacia la judicialización de los conflictos electorales	666

Para mi querido maestro don Antonio Martínez Báez, destacado universitario y funcionario público ejemplar, en homenaje a su prolongada y fructífera labor como miembro de la Subcomisión de las Naciones Unidas para la Prevención de Discriminaciones y Protección de Minorías, en Ginebra, Suiza.

PRÓLOGO

Debido a la amable y generosa invitación del doctor *Jorge Carpizo*, Presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos y ejemplo excepcional de la figura del *Ombudsman*, reúno en este volumen diez estudios de muy variable extensión, que he redactado durante varios años, en relación con cuatro temas esenciales: justicia constitucional, defensa de la Constitución, el propio *Ombudsman* y la protección jurídica de los Derechos Humanos.

En apariencia se trata de temas diversos que, salvo los dos últimos, no se encuentran relacionados de manera directa con la tutela y defensa de los Derechos Humanos, pero de acuerdo con un examen más a fondo, todos ellos están vinculados con el tema más importante de nuestra época: la dimensión jurídica de la persona humana.

Los estudios sobre la justicia constitucional y la defensa de la Ley Suprema, que también son materias de gran actualidad, parecen tener mayor amplitud, puesto que en algunos aspectos están dirigidos a la tutela de todas las normas fundamentales, y no exclusivamente las relativas a los derechos de la persona humana. Sin embargo, resulta indudable que su finalidad esencial radica en la protección jurídica de los propios Derechos Humanos, ya que el destinatario final de todo el ordenamiento jurídico es precisamente la persona humana.

Todos los instrumentos que se han establecido por las normas constitucionales para regular la competencia y las atribuciones de los órganos del poder, las relaciones entre sí, la distribución y límites de sus funciones y los mecanismos de solución de controversias, están dirigidos a la preservación de la libertad y la dignidad humanas.

El Estado moderno y el orden jurídico que lo regula, deben considerarse como instrumentos de la libertad del hombre, aun cuando en ocasio-

nes han intentado los regímenes autoritarios otorgarles un carácter eminente y superior, que situaron a los gobernados como simples medios al servicio del poder. Es cierto que todavía no se ha logrado esta aspiración de situar al hombre como el supremo destinatario de todas las instituciones sociales, pero en ese ideal se encuentra la justificación de la lucha permanente por los Derechos Humanos.

Para no remontarnos a épocas lejanas en las que se inició ese combate permanente de los hombres para lograr lo que parece tan difícil, la limitación del poder político en beneficio de la libertad, podemos observar que los instrumentos actuales de defensa y protección de las normas constitucionales se han orientado de manera predominante hacia la tutela de los derechos fundamentales.

Así ocurre tanto con la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes que ha imperado en el Continente Americano, como con el funcionamiento de los tribunales y cortes constitucionales que se han establecido en los países de Europa Continental, particularmente con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial.

En efecto, no obstante que dichos instrumentos de justicia constitucional tienen también como objeto la resolución de controversias entre los órganos del poder, su actividad más importante se ha dirigido hacia la tutela de los derechos fundamentales, no sólo respecto de las autoridades públicas, sino también en relación con los poderosos grupos sociales que en el mundo de nuestra época pueden afectar, y gravemente, a los derechos de la persona.

Resulta obvio señalar que nos encontramos en una época de cambios políticos, sociales, económicos y culturales que deben encauzarse, entre otras vías, por medio de las normas jurídicas. Por ello, los que nos dedicamos al estudio del derecho tenemos la gran responsabilidad de buscar sin descanso los instrumentos que se requieren para solucionar estos problemas, lo que nos obliga a reflexionar permanentemente sobre ellos.

Esto es lo que he pretendido por medio de estos trabajos, aparecidos en publicaciones de la UNAM, del Colegio Nacional y recientemente también en las editadas por la Comisión Nacional de Derechos Humanos,

la que ha realizado una admirable e intensa labor editorial para la promoción de los derechos de la persona humana.

Todos los ensayos son modestos y sólo pretenden proporcionar un punto de partida para que otros juristas puedan interesarse en los temas que se examinan. No dan soluciones, y menos aun definitivas, sino señalan los problemas, a fin de que otros, con mayores conocimientos, puedan resolverlos.

Para terminar estas breves líneas, recuerdo ahora con admiración lo que señalaron los iluminados constituyentes liberales de 1857 en el artículo primero de dicha Carta Fundamental: “El pueblo mexicano reconoce que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales.”

Ése es el espíritu que anima este libro.

Héctor Fix-Zamudio

PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN

Una vez agotada la primera edición de esta obra, así como su primera reimpresión, publicadas respectivamente en 1993 y en 1997, aparece ahora una segunda edición con otros trabajos que se adicionan a los que contenía el libro recopilativo, todo ello debido a la generosidad de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, presidida actualmente por el destacado jurista mexicano doctor José Luis Soberanes, a quien expreso mi gratitud por esta nueva edición.

En esta ocasión he agregado dos estudios recientemente publicados. El primero, “Las relaciones entre los tribunales nacionales y los internacionales”, fue presentado como ponencia general en el X Congreso Mundial de Derecho Procesal efectuado en la ciudad de Taormina, Sicilia, Italia, los días 17 al 23 de septiembre de 1995, y fue publicado en las *Actas* de dicho Congreso aparecidas en 1998.

Se trata de una materia sumamente compleja y además muy dinámica, debido a la evolución progresiva y creciente del derecho internacional en los últimos años, en los cuales de manera paulatina ha adquirido preeminencia sobre las disposiciones legales internas, especialmente en el campo de los tratados sobre Derechos Humanos, a los cuales se les ha reconocido en años recientes y de manera expresa el carácter de normas constitucionales en algunas Constituciones contemporáneas, entre las cuales podemos citar la Ley Fundamental de Argentina, reformada sustancialmente en agosto de 1994.

Por otra parte, también en los años que siguieron a la aprobación de la Carta de las Naciones Unidas en 1945, además de la expedición de numerosas declaraciones, tratados y pactos internacionales, particularmente aquellos que han puesto atención en los Derechos Humanos, en esta materia ha

surgido una nueva etapa, ya que tradicionalmente sólo reconocía a los Estados como sujetos del derecho internacional, pero a partir de la segunda posguerra se ha establecido de manera progresiva que también las personas individuales y los grupos sociales tienen el carácter de sujetos activos del derecho internacional ante los numerosos organismos tutelares de estos derechos que se han creado tanto en la esfera universal como en las regionales, algunos como órganos jurisdiccionales que resuelven de manera imperativa los conflictos entre los Estados que han reconocido su competencia y las personas individuales y los grupos sociales, por la violación de los derechos establecidos en los instrumentos de carácter internacional.

Si bien estos organismos internacionales sólo tienen carácter complementario o subsidiario respecto de los de carácter nacional, sus resoluciones, tanto si poseen naturaleza de recomendaciones como de verdaderas sentencias imperativas, producen efectos jurídicos en los Estados que se han sometido a su competencia y por tanto afectan las actividades de los tribunales nacionales, con los cuales tienen relaciones cada vez más intensas.

Además, debe destacarse el surgimiento de un sector de normas supranacionales que establecen una categoría intermedia entre las de carácter interno y las internacionales en sentido estricto. Nos referimos a las calificadas como normas comunitarias o de integración, de las cuales constituyen un ejemplo significativo las que regulan la anterior Comunidad y actualmente Unión Europea y que han dado lugar a la creación de un tribunal que podemos calificar de transnacional, ya que se encarga de resolver los conflictos que surgen entre las disposiciones legales, incluso constitucionales, de carácter interno y las comunitarias, pero la diferencia con los organismos jurisdiccionales de naturaleza internacional en sentido propio radica en que los primeros no tienen el carácter de supletorios o complementarios, sino que deciden en último grado dichos conflictos y por tanto poseen una categoría de jerarquía superior a los tribunales internos.

Por otra parte, con posterioridad a la publicación de este ensayo se ha incrementado de manera ostensible el número de los organismos jurisdiccionales tanto de carácter internacional como de naturaleza transnacional, e incluso se ha hablado de proliferación, lo que ha significado una mayor complicación en las relaciones entre dichos tribunales y los de carácter nacional, pues además podemos afirmar que se ha producido una nueva

fase en la evolución del propio derecho internacional, que se originó de manera incipiente en los tribunales de Nuremberg y de Tokio para juzgar a los criminales de guerra de los países vencidos al terminar la segunda conflagración mundial, pero que se ha fortalecido con el establecimiento de los Tribunales Penales para Yugoslavia (1993) y para Ruanda (1994), creados por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, ya que particularmente el primero ha sometido a juicio y condenado a varios políticos y militares acusados por crímenes contra la humanidad.

Lo anterior significa que ahora la personas individuales, además de su carácter de sujetos-activos del derecho internacional, también pueden tener carácter pasivo, es decir, pueden ser sometidos a la jurisdicción de dichos tribunales penales, lo que se ha reforzado recientemente con la aprobación del Estatuto de la Corte Penal Internacional el 17 de julio de 1998, el que otorga a dicho organismo jurisdiccional carácter permanente y autónomo, pero con funciones complementarias o subsidiarias respecto de los tribunales penales nacionales, con la competencia para juzgar a las personas acusadas de crímenes de genocidio, de lesa humanidad, de guerra y de agresión (este último todavía no precisado), cuando los Estados nacionales no pueden o no quieren conocer de dichos delitos en su ámbito interno. Son ya numerosos los Estados que han ratificado este Estatuto y varios de ellos ya han realizado modificaciones a su régimen interno, incluso a nivel constitucional para adaptarlo a las normas del citado Estatuto, por lo que es posible que este último entre en vigor en un futuro próximo. Se debe señalar que el Gobierno de México, si bien no ha ratificado este instrumento, sí lo suscribió en noviembre del año 2000, por lo que existe la posibilidad de que nuestro país ratifique dicho Estatuto.

Por otra parte, “La justicia constitucional y la judicialización de la política”, el segundo trabajo adicionado a esta obra recopilativa, dilucida alrededor del concepto *judicialización de la política*, que si bien ha sido objeto de una lenta evolución que se inicia en el campo del derecho administrativo, en el cual se luchó denodadamente para excluir de las autoridades públicas la decisión sobre los que se llamaron actos discrecionales y actos de gobierno que por muchos años se consideraron como inmunes al examen de los tribunales, ha avanzado de manera paulatina en esta dirección, debido a la notable jurisprudencia del Consejo de Estado francés. Este desarrollo se trasladó posteriormente al campo de los actos

y disposiciones normativas que se dictan en las situaciones de emergencia, que en una época fueron muy frecuentes en América Latina, por lo que es muy importante la jurisprudencia de la Corte Suprema de Argentina, que a pesar de la timidez y las vacilaciones estableció el criterio de racionalidad para juzgar sobre la legalidad y constitucionalidad de dichos actos y normas generales.

A partir del pensamiento del ilustre jurista austriaco Hans Kelsen incorporado a la Constitución de su país de 1920, en la cual se introdujo un tribunal especializado en la solución de los conflictos originados por la aplicación de la normas constitucionales, se desarrolló todo un movimiento que ha resultado incontenible a partir de la terminación de la Segunda Guerra Mundial, ya que se han establecido un número considerable de Cortes y Tribunales Constitucionales primero en Europa continental pero con posterioridad en otros ordenamientos, incluso latinoamericanos, así como en los países de Europa del Este a partir de 1989, cuando se aproximaron a los ordenamientos occidentales, lo que ocurrió también con los países de la Comunidad de Estados Independientes, que surgió con la desaparición de la Unión Soviética en 1991, entre ellos la actual Federación de Rusia.

Si bien con anterioridad se había constituido un sistema de control constitucional de las leyes a partir de la Constitución de los Estados Unidos de 1787, que se desarrolló en la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal y se implantó paulatinamente en los países latinoamericanos, tradicionalmente no había tenido un carácter tan amplio en la resoluciones de las cuestiones políticas como lo han tenido los tribunales y las cortes constitucionales. Hoy se observa una evolución en este sentido en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos.

Esta evolución ha culminado en los últimos años con el establecimiento de tribunales electorales para resolver las controversias jurídicas en esta materia, que se había considerado como de naturaleza política más acentuada. Esto significa que la solución de los conflictos políticos motivados por la aplicación de las normas jurídicas electorales ya no está en manos, como anteriormente, de los organismos políticos, sino mediante la intervención de jueces ordinarios o resueltos por organismos jurisdiccionales especializados en la materia electoral. A este desarrollo me refiero con la expresión *judicialización de la política*, que es muy distinta de lo que se

conoce como justicia política, que es la influencia indebida de los políticos en la decisión de las controversias jurídicas.

En el ordenamiento mexicano también se observa esta evolución en los últimos años, que ha sido muy acentuada, ya que con base en las reformas constitucionales y legales de 1988 y 1995 nuestra Suprema Corte, si bien no de nombre, ha asumido desde el punto de vista material las funciones de un verdadero tribunal constitucional, especialmente si tomamos en cuenta la introducción de la acción abstracta de inconstitucionalidad que pueden interponer 33% de los miembros de los organismos legislativos contra las leyes aprobadas por la mayoría, así como la ampliación de las controversias constitucionales para incluir los conflictos de atribución entre los órganos del poder de las distintas esferas federal, estatal, del Distrito Federal e, inclusive, municipal.

Recientemente, la Suprema Corte de México ha resuelto varias controversias importantes de naturaleza política, y es previsible que esta función del Alto Tribunal adquiera mayor significación en los próximos años.

Por otra parte, en poco tiempo se ha desarrollado una justicia electoral, anteriormente conferida a los órganos políticos y que hace algunos años resultaba impensable, con la creación de un tribunal especializado que se introdujo de manera incipiente en 1986, pero que se perfeccionó posteriormente en las reformas de 1990 y 1993, hasta culminar con las modificaciones constitucionales y legales de 1996, que incorporaron dicho organismo jurisdiccional especializado al Poder Judicial Federal, con la facultad de resolver de manera definitiva sobre la elección de los diputados y senadores al Congreso de la Unión e incluso respecto del que debe ocupar el cargo de Presidente de la República, lo que ocurrió por vez primera con motivo de las elecciones del 2 de julio de 2000; pero además dicho Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación posee diferentes atribuciones para resolver otros conflictos electorales, de lo cual hemos tenido varios ejemplos en estos últimos meses.

He considerado que estos dos ensayos complementan los que se incluían en las ediciones anteriores, por lo que solicité a los editores de las obras en las cuales fueron originalmente publicados autorización para incluirlos en este volumen recopilativo, autorización que me fue conferida de manera expresa.

Reitero en esta ocasión lo que señalé en el prólogo de la primera edición de este libro, en el sentido de que los trabajos que se incluyen, inclusive los dos últimos, pretenden despertar el interés, no exclusivamente de los juristas, sino de todos los interesados en el tema fundamental de los Derechos Humanos, a fin de que continúen y profundicen en la promoción, enseñanza y tutela de los derechos fundamentales de la persona humana, que es uno de los temas esenciales de nuestro tiempo.

Finalmente, expreso mi reconocimiento al señor Eugenio Hurtado Márquez por la minuciosa revisión y las certeras sugerencias sobre el material que se incluye en este libro.

Ciudad Universitaria, abril de 2001

Héctor Fix-Zamudio

EL JUEZ ANTE LA NORMA CONSTITUCIONAL*

SUMARIO: I. El juez como figura central del derecho. II. Interpretación e integración del derecho. III. El derecho judicial y la estimativa jurídica. IV. Naturaleza de las normas constitucionales. V. Juez y Constitución. VI. La jurisdicción constitucional y su naturaleza jurídica. VII. Lógica y sentimiento en el juez. VIII. Conclusiones.

I. EL JUEZ COMO FIGURA CENTRAL DEL DERECHO

1. A partir de la Revolución Francesa y como una reacción contra las invasiones legislativas de los Parlamentos judiciales,¹ se estableció en casi todos los países occidentales, con excepción de los angloamericanos, la figura del juez como un aplicador mecánico de la ley, o para decirlo con palabras del Barón de Montesquieu: "...los jueces de la Nación, como es sabido, no son ni más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma".²

2. Al lado del juez autómatas se erguía el cuerpo legislativo como un poder omnipotente, representante de la voluntad general, y que, por lo mismo, debía considerarse infalible. Para Juan Jacobo Rousseau, el otro gran profeta del liberalismo, la voluntad general no era sino la que estatuye el pueblo sobre sí mismo, de manera que la ley, cuando reunía las condiciones de generalidad y abstracción, y constituía el resultado del consenso popular, no podía ser injusta, ya que "nadie lo es consigo mismo".³

* *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm 57, enero-marzo de 1965, pp. 25-79.

¹ Cfr. Piero Calamandrei, *La casación civil*, trad. de Santiago Sentís Melendo, tomo I, vol. I, Buenos Aires, 1961, pp. 208 y ss.

² *El espíritu de las leyes*, trad. de Nicolás Estévanez y Matilde Huici, Buenos Aires, 1951, p. 209, libro XI, capítulo VI.

³ *El contrato social*, trad. de Enrique de la Rosa, Buenos Aires, 1961, pp. 177-178, libro II, capítulo VI.

3. Nació así la confianza, o más bien, la fe ciega de los juristas en la justicia y en la plenitud de la ley, y consiguientemente, en la omnipotencia legislativa, y como contrapartida, una desconfianza para el juzgador, que debía estar sujeto hasta en los detalles a la supervisión del cuerpo legislativo.

4. Precisamente, como producto de estas ideas, fue creado el Tribunal de Casación francés, de acuerdo con el Decreto expedido por la Asamblea Constituyente los días 27 de noviembre y 1o. de diciembre de 1790, no como un órgano judicial, como lo es actualmente, sino, de acuerdo con las enseñanzas del propio Barón de Montesquieu,⁴ como un apéndice del cuerpo legislativo, que tenía por objeto vigilar que los tribunales se ciñeran estrictamente a la voluntad general expresada en el texto de la legislación.

5. Congruentemente con este sistema se establecieron los llamados *referé legislatif*, tanto *facultativo* (según el artículo 12 del Título II del Decreto de 16 de agosto de 1790), de acuerdo con el cual los jueces tenían la potestad de pedir aclaraciones al poder legislativo las veces que creyesen necesario interpretar una ley,⁵ como el *obligatorio*, o sea aquel que según el artículo 256 de la Constitución del 5 Fructidor del año III, consistía en la obligación a cargo del referido Tribunal de Casación para acudir al propio organismo legislativo solicitándole su interpretación auténtica, cada vez que, no obstante haber anulado un fallo judicial, se plantease por segunda vez la misma cuestión.⁶

6. Un movimiento similar se advierte en el derecho prusiano, ya que Federico El Grande quiso impedir la interpretación judicial de su obra de codificación, y en 1780 expidió un Decreto por virtud del cual, en caso de duda, el juez no dictara sentencia hasta haber oído la opinión de una comisión legislativa, encargada de interpretar las disposiciones legales.⁷

7. Con la obra codificadora de los comienzos del Siglo XIX, y particularmente con la admirable obra napoleónica, se creyó llegada a la perfección en el terreno legislativo, en opinión de la llamada escuela de la

⁴ *El espíritu de las leyes*, cit., pp. 209 y ss.

⁵ Cfr. Calamandrei, *La casación civil* cit., tomo I, vol. II, pp. 48 y ss.

⁶ Cfr. Calamandrei, *op. ult. cit.*, pp. 78 y ss. Emile Chenón, *Origines, conditions et effets de la cassation*. París, 1882, pp. 71 y ss.

⁷ Cfr. José Puig Brutau, *La jurisprudencia como fuente de derecho. Interpretación creadora y arbitrio judicial*, Barcelona. s.f., pp. 138-139.

exégesis, cuyos partidarios tenían la convicción romántica de que la ley constituía la fuente jurídica por excelencia, y que el juzgador estaba obligado a aplicarla en sus términos, de manera que sólo en los casos excepcionales en que existiera duda sobre su alcance, se le otorgaba, con bastante renuencia, la facultad de interpretarla.⁸

8. El tratadista español Puig Brutau advierte cómo en la época codificadora surgió la falsa noción de que por ser ella la obra del legislador, confiere a éste para lo sucesivo la primacía de la creación del derecho, y además muestra que los legisladores han considerado que la obra de los intérpretes era una labor destinada a desvirtuar el carácter de la obra legislativa.⁹

9. De acuerdo con este orden de ideas, el cuerpo judicial ocupaba un puesto muy secundario dentro de la división rígida y tripartita de los poderes del Estado, según fue preconizada por el mismo Barón de Montesquieu¹⁰ apoyándose con los antecedentes establecidos por el filósofo y publicista inglés John Locke,¹¹ de manera que según el referido Montesquieu, de los tres poderes, “el de juzgar es casi nulo” ...,¹² lo que equivalía a sostener que no era un verdadero poder.

10. Esto fue precisamente lo que se sostuvo durante bastante tiempo, y, en nuestra doctrina jurídica, la postura sustentada por el distinguido constitucionalista Emilio Rabasa, el cual afirmó terminantemente, que a la función judicial le faltaban las condiciones esenciales de los órganos del poder, como son la iniciativa, la unidad y la autoridad general.¹³

11. La realidad se encargó de desvanecer esta ilusión de los partidarios del imperio absoluto de la ley, pues la figura del juzgador como un aplicador automático de las disposiciones legislativas, a la manera de una verdadera máquina silogística, fue borrándose paulatinamente junto con el dogma de la infalibilidad del legislador, y así, por ejemplo, en tanto que

⁸ Cfr. Eduardo García Máynez, *Lógica del raciocinio jurídico*, México, 1964, pp. 24-25.

⁹ *La jurisprudencia como fuente del derecho*, cit., pp. 136 y ss.

¹⁰ *El espíritu de las leyes*, cit., pp. 202 y ss.

¹¹ *Ensayo sobre el gobierno civil*, trad. de José Carner, México, 1941, pp. 94 y ss., quien hablaba de los poderes legislativo, ejecutivo y federativo.

¹² *El espíritu de las leyes*, cit., p. 206.

¹³ *La Constitución y la Dictadura*, 3a. ed., México, 1956, pp. 189 y ss. La primera edición de esta obra fue publicada en esta Capital, en el año de 1912.

en 1798 se disolvieron las comisiones legislativas prusianas encargadas de formular la interpretación auténtica de los textos legales a petición de los tribunales,¹⁴ el Tribunal de Casación se fue desligando del poder legislativo, hasta que por virtud del Decreto de 10. de abril de 1837, con el nombre de Corte de Casación, obtuvo su plena independencia y se constituyó en el vértice de la organización judicial francesa.¹⁵

12. Aunque la doctrina de la exégesis conservó por algún tiempo su prestigio tanto en Francia como en los países influenciados por la codificación napoleónica, su posición se fue debilitando, al mismo tiempo que se fueron reconociendo prerrogativas al juzgador, especialmente en los países angloamericanos, en virtud de que en ellos la legislación tenía menos importancia frente a la doctrina de la creación judicial predominante en el *common law*,¹⁶ y posteriormente en los mismos países de “derecho escrito” surgieron una serie de movimientos que trataron de liberar a los tribunales de su esclavitud frente al legislador, como el encabezado en Alemania por Federico Carlos de Savigny, o sea, la llamada “Escuela Histórica del Derecho”¹⁷ y el más audaz que se conoce con el nombre de “Escuela del Derecho Libre”, cuyo expositor más conocido fue Germán Kantorowicz,¹⁸ reacción que culmina en Francia con la labor monumental de Francisco Geny.¹⁹

13. Con posterioridad a estos autores, la revolución antiformalista ha triunfado arrolladoramente en todas partes, en tanto que la corriente de la exégesis, calificada despectivamente de “doctrina bizantina” por el ilustre jurista estadounidense Roscoe Pound,²⁰ ha sufrido una verdadera desbandada, y apenas si quedan algunos pequeños núcleos de resistencia.

14. En el derecho angloamericano se han impuesto las teorías del realismo y del sociologismo jurídicos, en cuyo campo destacan las figuras

¹⁴ Cfr. Puig Brutau, *La jurisprudencia como fuente de derecho*, cit., p. 139.

¹⁵ Cfr. Calamandrei, *La casación civil*, cit., tomo I, vol. II, pp. 126 y ss.

¹⁶ Cfr. Roscoe Pound. *El espíritu del “common law”*, trad. de José Puig Brutau, Barcelona, s. f., al parecer, 1954, pp. 180 y ss.

¹⁷ *Los fundamentos de la ciencia jurídica*, trad. de Werner Goldschmidt, en el volumen “La ciencia del derecho”, Buenos Aires, 1949, pp. 54 y ss.

¹⁸ *La lucha por la ciencia del derecho*, trad. de Werner Goldschmidt, en el mismo volumen “La ciencia del derecho”, cit., pp. 325 y ss.

¹⁹ Especialmente: en: *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2a. ed., 2a. reimpresión 2 volúmenes, París, 1954.

²⁰ El espíritu del “common law”, cit., pp. 179 y ss.

de Oliver Wendell Holmes, Benjamín Cardozo, Roscoe Pound, Jerome Frank y Karl Llewellyn entre muchos otros.²¹

15. Por su parte, en el derecho continental se observa un notable resurgimiento del derecho natural, especialmente a partir de la primera postguerra, y que parece ir en aumento, movimiento que ha traído como resultado una mayor libertad del juzgador frente al derecho positivo.²²

16. El libro magistral de Piero Calamandrei *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, constituye no sólo una serie de profundos pensamientos, poéticamente expresados sobre el “sacerdocio judicial”, sino también y fundamentalmente, un apasionado alegato en favor de la función eminentemente creadora del derecho judicial.²³

17. Se ha realizado así la reivindicación de aquel juez, que para el pensamiento tradicional tenía la facultad casi nula de pronunciar las palabras de la ley; y de personaje insignificante frente a la majestad del legislador, se ha transformado lenta pero inexorablemente en el personaje central del drama capital del derecho: la justicia.

18. En el mundo angustiado de nuestra época, resultan plenamente justificadas las profundas palabras del ilustre jurista italiano Francesco Carnelutti: “El juez es la figura central del derecho. Un ordenamiento jurídico se puede pensar sin leyes, pero no sin jueces.”²⁴

II. INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN DEL DERECHO

19. Una de las razones fundamentales que inclinaron a la doctrina tradicional para considerar secundaria y pasiva a la función judicial, fue la

²¹ Cfr. Luis Recaséns Siches, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, México, 1956, pp. 74 y ss.; *Id.*, *Lo razonable —a contrario de lo racional— en la vida del derecho*, en el volumen “X aniversario de la generación de abogados 1948-1953, Universidad de Guadalajara”, México, 1963, pp. 24 y ss. Julio Cueto Rúa, *El “common law”. Su estructura normativa. Su enseñanza*, Buenos Aires, 1957, pp. 55 y ss.; Puig Brutau, *La jurisprudencia como fuente del derecho*, cit., pp. 56 y ss.

²² Cfr. Erik Wolf, *El problema del derecho natural*, trad. de Manuel Entenza, Barcelona, 1960, pp. 20 y ss.; Alfred Verdross, *La filosofía del derecho del mundo occidental*, trad. de Mario de la Cueva, México, 1962, pp. 391 y ss.

²³ Segunda edición en castellano, por varios traductores, Buenos Aires, 1956.

²⁴ Diritto consuetudinario e diritto legale, en *Rivista di diritto processuale*, año XVIII, núm. 4, Padova, octubre-diciembre de 1963, p. 520.

separación tajante que establecieron entre la aplicación de la ley y su interpretación jurídica.

20. Deslumbrados por el principio de la omnipotencia legislativa, los partidarios de la doctrina de la exégesis consideraban que el juez debía aplicar el texto de la ley cuando fuera claro y preciso —lo que, en concepto de ellos, ocurría en la mayor parte de los casos— y que sólo en situaciones excepcionales de oscuridad o insuficiencia de la ley, podía éste realizar la labor interpretativa.²⁵

21. Ya hemos visto que, en los inicios de la euforia codificadora, se encomendó al mismo legislador la función interpretativa, como lo demuestran las comisiones legislativas prusianas y el primitivo Tribunal de Casación francés, en tanto que al juzgador correspondía únicamente la simple aplicación de la ley.

22. Paulatinamente llegó a comprenderse que no era posible separar estas dos actividades, aun cuando todavía persisten algunos vestigios de la división tradicional en los ordenamientos contemporáneos, y así, por lo que a nuestro derecho se refiere, podemos citar como un ejemplo lo que dispone en su parte relativa al artículo 14 de la Constitución vigente, de 5 de febrero de 1917, en el sentido de que "... En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho..." Lo que significa que en el pensamiento del Constituyente, cuando la ley es clara, no se requiere de su interpretación.

23. La doctrina contemporánea ha destacado no sólo la necesidad de unir estas dos actividades, sino su imprescindible vinculación, ya que no es posible la aplicación de una norma jurídica a los casos concretos de la experiencia, sin que previamente se hubiese interpretado. El ameritado jurista mexicano Eduardo García Máynez, ha puesto de relieve que el acto de aplicación *presupone* el conocimiento de la regla que se trata de aplicar, y, por ende, la indispensable labor de interpretación.²⁶

24. El jurisconsulto italiano *Emilio Betti*, en su fundamental estudio sobre la materia, considera certeramente que la aplicación de la norma

²⁵ Cfr. Geny, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, cit., tomo 1, pp. 28 y ss.

²⁶ *Lógica del raciocinio jurídico*, cit., p. 23.

jurídica tiene normalmente su premisa indispensable en la interpretación, en virtud de que su correcta inteligencia garantiza también la recta aplicación de la norma al caso concreto.²⁷

25. En consecuencia, si por interpretación entendemos la operación necesaria para desentrañar el sentido de una norma jurídica, la finalidad del intérprete consiste en la comprensión del sentido de las *formas de expresión* de que hacen uso los órganos creadores del derecho, o, en otras palabras, en el conocimiento de las normas expresadas, de acuerdo con el pensamiento del propio García Máynez.²⁸

26. Todo esto nos lleva de la mano a la conclusión de que la función judicial es una actividad dinámica, puesto que la aplicación de las disposiciones normativas abstractas a los casos concretos de la realidad, forzosamente tiene que presuponer una labor interpretativa, indispensable para adecuar el mandato genérico a las modalidades específicas, infinitamente variables, de la práctica.

27. De tal manera se ha considerado importante la interpretación, que algunos autores, como Bruno Meneghello, la consideran como el momento esencial de la actividad dirigida a la administración de la justicia.²⁹

28. Pero si hasta aquí hubiese culminado la evolución del pensamiento sobre la actividad judicial, tendríamos que seguir considerando a ésta como una función secundaria en relación con la legislativa, pues por muy importante que estimemos a la hermenéutica, en todo caso se trataría sólo de una simple adaptación de un derecho ya creado y, por tanto, la figura del juez, rescatada de su concepción puramente mecánica, no por ello dejaría de estar en un plano de inferioridad respecto de la del legislador, ya que este último sería el único autorizado para crear el derecho, o para conferir obligatoriedad a otras disposiciones jurídicas, como las provenientes de la costumbre o de los principios generales del derecho, en tanto que los tribunales tan sólo tendrían que moverse dentro del estrecho círculo trazado por el mismo poder legislativo.

²⁷ *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1949, p. 9.

²⁸ *Lógica del raciocinio jurídico*, cit., p. 23.

²⁹ "Il formalismo nella interpretazione giuridica", en *Jus*, año XV, fascículo II y III, Milano, abril-septiembre de 1964, pp. 226 y ss.

29. Pero entonces nos tropezamos con otra función judicial, estrechamente ligada con la interpretativa, es decir, descubrimos la existencia de la “integración” del derecho, cuyos alcances se encuentran apasionadamente controvertidos en la actualidad, hasta el extremo de que podemos afirmar que ha llegado a constituir uno de los problemas fundamentales del pensamiento jurídico de nuestra época.³⁰

30. En su acepción más común, la integración consiste en la facultad atribuida al juzgador para colmar las llamadas “lagunas de la ley”, o sea, en la operación que éste realiza cuando tiene que dictar un fallo no obstante que el legislador no previó, o no haya podido prever, el caso particular sometido al conocimiento judicial.

31. Hay lagunas —expresaba el jurisconsulto alemán Ernesto Zitelman, en su fundamental trabajo sobre la materia—³¹ cuando el derecho positivo, ante un caso que la práctica le presenta, no proporcione disposición alguna, o cuando la respuesta a una cuestión determinada no pueda inferirse del mismo.³²

32. La frase “lagunas de la ley o del derecho positivo” no es un vocablo correcto, ya que en estricto sentido no significa, como se pretende, un espacio vacío, sino que con mayor corrección podría hablarse de casos no previstos.³³

33. De acuerdo con el criterio dominante, la integración sólo opera en el supuesto de existencia de lagunas o de casos no previstos, constituyendo una actividad excepcional del juzgador, ya que normalmente los tribunales no hacen otra cosa sino aplicar las disposiciones legales a los casos concretos, o sea, que deben limitarse a “decir el derecho”, puesto que ésa es precisamente la etimología del vocablo *Jurisdicción*.

34. Se piensa que en la mayor parte de los casos sometidos a su conocimiento, el juez se limita a interpretar y aplicar el derecho, a través

³⁰ Cfr. Recaséns Siches, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, cit., pp. 17 y ss.

³¹ *Las lagunas del derecho*, trad. de Carlos G. Posada, en el volumen ya citado, “La ciencia del derecho”, pp. 289 y ss.

³² En un sentido muy amplio considera Menechello, que todo el sistema normativo puede considerarse desde cierto punto de vista, como una laguna, *Il formalismo nella interpretazione giuridica*, cit., p. 233.

³³ Cfr. Eduardo J. Couture, “Interpretación de las leyes procesales”, en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, núm. 43, México, julio-septiembre de 1949, pp. 98 y ss.

de un silogismo simple, o silogismo judicial, cuya premisa mayor está constituida por la norma abstracta, la premisa menor por los supuestos de hecho, y la conclusión o ilación, por la aplicación del mandato legal al caso particular.³⁴

35. Pero esta operación tan sencilla del silogismo ha resultado demasiado simplista para la complejidad de la función judicial, por lo que contra este logicismo o formalismo de la aplicación del derecho, se ha producido una verdadera revolución, que inclusive llegó al extremo, como ocurre con el tratadista español Joaquín Dualde,³⁵ de querer sustituir la lógica con la intuición judicial.

36. En el derecho angloamericano, y más específicamente, estadounidense, el movimiento contra el llamado formalismo en la interpretación (aplicación) del derecho, ha tomado grandes proporciones, lo que se explica fácilmente en virtud del predominio de la jurisprudencia sobre el derecho legislado, de acuerdo con el principio del “*judge-made law*”.³⁶

37. Por otra parte, los jueces angloamericanos, a pesar de la profusa legislación de los últimos años, no han abandonado por completo su postura tradicional de tomar como punto de partida para la interpretación de una disposición legal, no el texto mismo de la norma, sino los precedentes jurisprudenciales sobre la misma.³⁷

38. Toda esta reacción antiformalista, aun sin aceptar sus consecuencias extremas, ha llevado a un gran número de juristas, no sólo angloamericanos sino también a cultivadores del derecho continental, al convencimiento de que la función judicial es creativa en todos sus aspectos, y no sólo cuando colma las lagunas de la ley o del derecho positivo.

³⁴ Cfr. entre muchos otros, Francesco Messineo, *Manual de derecho civil y comercial*, trad. de Santiago Sentís Melendo, tomo I, Buenos Aires, 1954, pp. 119-120.

³⁵ *Una revolución en la lógica del derecho (Concepto de la interpretación en el derecho privado)*, Barcelona, 1933. Un análisis de la doctrina de este tratadista puede consultarse en la obra de Recaséns Siches, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, cit., pp. 91 y ss., y una certera crítica de esta postura en el fundamental estudio de Alcalá-Zamora y Castillo, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, México, 1947, pp. 202 y 203.

³⁶ Cfr. Benjamín N. Cardozo, *Naturaleza de la función judicial*, trad. de Eduardo Ponssa, Buenos Aires, 1955, pp. 119 y ss.

³⁷ Cfr. Jorge N. Williams, *Interpretación de las leyes en el derecho norteamericano*, Buenos Aires, 1959, pp. 35 y ss.

39. En consecuencia, así como el primer paso en la evolución del concepto dinámico de la función judicial consistió en la unificación de la interpretación y aplicación del derecho, el segundo y fundamental avance ha consistido en incorporar la integración, como parte inseparable de las otras dos actividades judiciales.

40. De esta manera, la función jurisdiccional, aun en el supuesto de los casos previstos por el legislador, y naturalmente con mayor fuerza tratándose de “lagunas”, se compondría de tres etapas inseparables; primero la interpretación, para lograr el pleno conocimiento del mandato jurídico; en segundo lugar, la aplicación del imperativo normativo al caso concreto; y, finalmente, como consecuencia de esa aplicación, la actividad integrativa, o sea, la creación de una disposición jurídica particular, de acuerdo a las modalidades del caso concreto, lo que podríamos expresar de otra manera, según el profundo pensamiento del malogrado Flavio López de Oñate: “La vitalidad ínsita en la norma-ordenamiento, es la razón de la fuerza expansiva que caracteriza a las normas singularmente consideradas.”³⁸

41. Claro es que todos aquellos que, en número siempre creciente, asignan a la función judicial un papel creativo, consideran que la integración debe estimarse como actividad inseparable de la interpretación y de la aplicación, pero inclusive algunos de los que niegan la existencia de un verdadero derecho judicial como Alessandro Groppali³⁹ y Georges Ripert⁴⁰ reconocen la unión indisoluble entre interpretación e integración.

42. De acuerdo con lo anteriormente expuesto, podemos concluir que la integración se resuelve en la creación de la norma particular para el caso concreto, que va moldeando, adaptando y vivificando las disposiciones normativas de carácter abstracto, pudiendo considerarse como una función “reconstructiva”, según la certera frase de Castán Tobeñas.⁴¹

43. El juez, en este sentido, vendría a ser un verdadero creador de normas jurídicas, pero en un plano diferente al del legislador, pues mien-

³⁸ *Filosofía del derecho*, trad. de Alberto S. Bianchi, tomo I. Buenos Aires, 1961, p. 264.

³⁹ “I giudizi di valore ed in nuovi metodi d'interpretazione della legge”, en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, año XXXIV, fasc. 1, Milano, enero-febrero de 1957, pp. 13-14.

⁴⁰ *Les forces creatives du droit*, París, 1955, pp. 384-386.

⁴¹ *La formulación judicial del derecho (Jurisprudencia y arbitrio de equidad)*, 2a. ed., Madrid, 1954, p. 26.

tras este último se encuentra en la esfera de las abstracciones, por el contrario el juzgador está situado dentro de la corriente dinámica de la vida misma. El tratadista español Luis Legaz Lacambra, lo califica “como un colaborador más —como el legislador y administrador— en el proceso dinámico de creación del orden jurídico”.⁴²

44. En cuanto a las clases o sistemas de integración, sería muy conveniente utilizar, aunque en distinta dirección, la atinada terminología creada por el ilustre Carnelutti, en cuanto divide la integración judicial en “auto-integración” y “hetero-integración”, estimando que de acuerdo con la primera, el caso no previsto se decide según los principios extraídos del mismo sistema jurídico, en virtud de los sistemas de la analogía y del argumento a contrario; en la segunda, la laguna se colma ya sea con el uso o con la equidad.⁴³

45. Pero para nuestro modo de pensar, si hemos concluido en el sentido de que la integración se realiza en todos los casos de aplicación del derecho por el juzgador, y no sólo en el supuesto de la existencia de las llamadas “lagunas”, la *autointegración* se presentará precisamente en los casos en los cuales la creación de la norma judicial se produce de acuerdo con las direcciones trazadas por el legislador, en tanto que la *hetero-integración*, funcionaría en los casos no previstos, comprendiendo tanto los elementos internos de que habla Carnelutti, como todos los que este ameritado autor considera como externos al ordenamiento, pero que en realidad vienen a incorporarse al mismo, por virtud del principio de la llamada plenitud del orden jurídico.

46. Claro es que no todas estas normas judiciales creadas por los tribunales en su diaria tarea de impartir justicia, poseen el mismo alcance ni los mismos efectos, sino que varían según cada sistema jurídico les vaya otorgando eficacia, y desde luego presentan una mayor intensidad en el derecho angloamericano, debido al principio fundamental del *stare decisis*, de acuerdo con el cual se llegan a establecer principios generales a través de casos concretos similares, los que sirven de base para la decisión de situaciones futuras.⁴⁴

⁴² *Filosofía del derecho*, Barcelona, 1953, p. 424.

⁴³ *Sistema de derecho procesal civil*, trad. de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, tomo I, Buenos Aires, 1944, pp. 127 y ss.

⁴⁴ *Cfr.* Cueto Rúa, El “*common law*”, cit., pp. 121 y ss.

47. En cuanto a nuestro ordenamiento, no existe duda de que el derecho judicial, al menos el formado por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, siempre que se refiera a la Constitución y leyes federales, y cumpla con determinados requisitos formales, debe considerarse como una fuente formal de derecho, ya que la *Ley Reglamentaria del Juicio Constitucional* le otorga obligatoriedad frente a todos los tribunales del país (artículos 192, 193 y 193 bis).

48. Pero aun cuando no exista disposición legal, ni impere la autoridad del precedente, sino que la creación judicial se limite a lo que el ameritado jurista Hans Kelsen considera como la “norma individual”, que debe ser obedecida sólo una vez, pues ha sido dictada para un caso concreto,⁴⁵ de cualquier manera el conjunto de disposiciones individuales sobre casos similares van estableciendo una serie de principios complementarios de los más generales determinados por el legislador, formando lo que se ha denominado “jurisprudencia constante”,⁴⁶ y que sirve de orientación fundamental para la resolución de los casos similares, con mayor razón cuando los lineamientos jurisprudenciales provienen de los tribunales supremos.

49. En esta dirección nos parece muy acertada y significativa la expresión hispánica que califica como “doctrina legal” a los principios jurisprudenciales, ya que tales lineamientos vienen a complementar a las disposiciones legales, que por contener mandamientos abstractos y generales constituyen sólo un marco trazado por el legislador, que el derecho judicial va colmado de contenido vital.⁴⁷

III. EL DERECHO JUDICIAL Y LA ESTIMATIVA JURÍDICA

50. Ya hemos visto que la creación jurídica efectuada por el juzgador está sometida a los lineamientos abstractos trazados por el legislador, o que se desprenden implícitamente del orden jurídico al cual pertenece, ya que el

⁴⁵ *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. Eduardo García Máynez, México, 1949, pp. 38-39; *Teoría general del Estado*, trad. de Luis Legaz Lacambra, México 1951, pp. 304-305.

⁴⁶ Cfr. Castán Tobeñas, *La formulación judicial del derecho*, pp. 9 y ss. A este respecto expresa el jurisconsulto alemán Helmut Coing, que las ideas jurídicas de la ciencia y de la judicatura manifiestan en su evolución una determinada lógica inmanente y una clara continuidad, incluso cuando no vale el principio de *stare decisi*, *Fundamentos de filosofía del derecho*, trad. de Juan Manuel Mauri, Barcelona, 1961, p. 108.

⁴⁷ Cfr. Alcalá-Zamora y Castillo, “Ensayo de diferenciación entre jurisprudencia y los usos forenses”, en *Estudios de derecho procesal*, Madrid, 1934, pp. 263y.ss. Castán Tobeñas, *La formulación judicial del derecho*, cit., p. 11.

derecho judicial no es un “derecho libre” sino una serie de normas particulares que coordinan, reconstruyen y vivifican las normas de carácter abstracto.

51. Pero el interrogante que se nos plantea llegado este momento es el relativo al alcance racional de la función jurisdiccional, determinar hasta qué punto el juez debe limitarse a desentrañar el sentido de la norma y conformarla a las exigencias de la realidad, en el plano estrictamente objetivo, y si le es permitido introducir en la sentencia los sentimientos y los juicios de valor imperantes en la época y el ordenamiento jurídico al cual pertenece.

52. El jurista florentino Piero Calamandrei ha sintetizado admirablemente este apasionado problema cuando nos habla de la *sentencia como creación de la conciencia del juez*. He aquí sus bellas palabras: La justicia es algo más que la simple actividad de hacer silogismos; es algo mejor: “es la creación que emana de una conciencia viva, sensible, vigilante, humana. Es precisamente este calor vital, este sentido de continua conquista, de vigilante responsabilidad que es necesario apreciar e incrementar en el juez”.⁴⁸

53. Se presentan así dos actitudes al parecer irreconciliables; por un lado la sujeción (que no esclavitud) del juzgador a los lineamientos del derecho positivo y, por otro, los imperativos de su conciencia a los que, como ser humano, no puede renunciar.

54. Esta aparente contradicción fue la que dio lugar a aquella actitud emotiva que aparece en varias de las sentencias dictadas por el tribunal de primera instancia de Chatêau Thierry, inspiradas por su Presidente Magnaud, y que en su época provocaron una controversia apasionada. Esta postura emocional del “buen juez”, calificada de impresionismo judicial, fue vista con poca simpatía hasta por un espíritu tan innovador como el de Geny, que lo calificó como “fenómeno Magnaud”.⁴⁹

55. Pero si estas resoluciones pueden considerarse en algunos casos de “irreflexivas”, deben destacarse por su actitud de sustituir el aforismo “*dura lex sed lex*”, atemperando el rigor abstracto de la ley, a través de una valoración, de una estimación, de las circunstancias concretas de la realidad.

⁴⁸ *Proceso y democracia*, trad. de Héctor Fix-Zamudio, Buenos Aires, 1960, pp. 80 y ss.

⁴⁹ *Méthode d'interprétation et sources en droit privé*, op. cit., vol. II, pp. 287 y ss.

56. La actividad del juez debe ser reflexiva, sujeta a las reglas de la lógica, pero también debe estar orientada por el sentimiento de la justicia. El juez dejó hace tiempo de ser un autómatas, pero tampoco es un matemático o un lógico abstracto es, ante todo, un hombre y, como tal, no puede separar en su espíritu la razón del sentimiento. Sentimiento y lógica en las sentencias, dos factores destacados también por el genio de Calamandrei.⁵⁰ O dicho de otra manera, el juez debe interpretar la ley de acuerdo con su ciencia y conciencia.⁵¹

57. Pero sentimiento o conciencia del juzgador no significa sentimentalismo o arbitrariedad, pues lo que se quiere expresar al hacerse mención de este aspecto, es que la actividad judicial no es puramente lógica y racional, sino también axiológica o estimativa, como lo subraya Betti, se trata de dos momentos inseparables en la interpretación judicial: el momento lógico y el momento teleológico.⁵²

58. La función que realiza el juzgador al decidir sobre la norma abstracta aplicable al caso concreto y que se traduce en la creación de la norma particular, es profundamente reflexiva, pero esa reflexión no es idéntica a la que se utiliza para el conocimiento de los problemas relativos a las ciencias naturales, sino que requiere sus propias reglas de raciocinio, o para decirlo con las palabras de Meneguello: “Toda norma vive y se encuadra en el ordenamiento jurídico, no como un teorema en un sistema deductivo cualquiera, sino como un acontecimiento de los hombres en el tejido vivo de la historia. Es un hecho de la naturaleza —si así lo queremos— pero de naturaleza humana, no física.”⁵³

59. La circunstancia de que las normas jurídicas constituyen un producto de la naturaleza humana, es decir, que forman parte de la vida humana objetivada, en el pensamiento de Recaséns Siches,⁵⁴ determina que la interpretación judicial esté penetrada de estimativa jurídica, puesto que al decidir el caso controvertido el Juez tiene que elegir los principios éticos implícitos en la norma positiva, y que van a determinar la justicia del caso concreto, o más precisamente, la equidad, entendida

⁵⁰ *Elogio de los jueces hecho por un abogado*, cit., pp. 175 y ss.

⁵¹ Cfr. Carlos Cossío, *El derecho en el derecho judicial*, 2a. ed., Buenos Aires, 1959, pp. 131 y ss.

⁵² *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., pp. 181 y ss.

⁵³ *Il formalismo nella inuerpretazione giuridica*, cit., p. 249.

⁵⁴ *Vida humana, sociedad y derecho*, 3a. ed., México, 1953, pp. 98 y ss.

en el sentido de individualización correctora de la generalidad del derecho positivo.

60. Independientemente del método para alcanzar la comprensión de los valores supremos de derecho, materia sumamente controvertida,⁵⁵ debe reconocerse que el derecho judicial, o sea, el derecho de los casos concretos que van modelando los jueces en diaria e ímproba labor, está, y forzosamente tiene que estar, orientado por la estimativa jurídica, debido a la necesidad de otorgar un contenido axiológico a las fórmulas generales del derecho positivo, y tan imperiosa es esa coloración valorativa de la función judicial, que el tratadista argentino Carlos Cossío considera que constituye el sentido mismo del derecho.⁵⁶

61. El ameritado jurisconsulto mexicano Rafael Preciado Hernández señala cómo la equidad juega un papel importantísimo en la aplicación del derecho y exige una particular prudencia en los jueces encargados en general de interpretar la ley y de aplicarla⁵⁷ (aunque nosotros diríamos que con mayor fuerza en los jueces), en tanto que el tratadista español José Castón Tobeñas destaca que la sujeción o sometimiento del juez a la ley no impide de ninguna manera su aplicación equitativa, estimada como la adaptación a las exigencias y formas cambiantes de la vida, o sea, que opera como elemento individualizador y dinámico del derecho.⁵⁸

62. Por otra parte, tampoco se puede renunciar al aspecto lógico de la actividad judicial, ya que estamos de acuerdo con Ulrich Klug cuando sostiene que la lógica tiene significación fundamental para la ciencia del derecho, aunque reconoce que no es la única forma del conocimiento de la materia jurídica.⁵⁹

63. Pero sin desconocer la vinculación del derecho con los principios fundamentales de la teoría general de la lógica, como ocurre con los diversos campos del conocimiento humano, cada uno de ellos, además de los principios generales posee aspectos particulares, derivados de la natu-

⁵⁵ Una exposición sintética de los diversos métodos para alcanzar la apreciación de los valores jurídicos, puede consultarse en la obra de Helmut Coing, *Fundamentos de la filosofía del derecho*, cit., pp. 108 y ss.

⁵⁶ *El derecho en el derecho judicial*, cit., pp. 88 y ss.

⁵⁷ *Lecciones de filosofía del derecho*, 3a. ed., México, 1960, p. 230.

⁵⁸ *La Formulación judicial del derecho*, cit., p. 149.

⁵⁹ *Lógica jurídica*, trad. de J. David García Bacca, Caracas, 1961, p. 18.

raleza de su objeto, y de aquí los grandes movimientos contemporáneos para descubrir y desarrollar estos lineamientos del sector jurídico y entre los cuales ocupa un lugar destacado el tratadista mexicano Eduardo García Máynez,⁶⁰ cuyas investigaciones sobre la lógica jurídica han establecido la posibilidad de una disciplina autónoma y no una simple parte de la lógica general, como lo quiere el propio Klug,⁶¹ y que se configura como una lógica de lo normativo, diversa de la de tipo apofántico o de enunciados.

64. Al lado de esta nueva disciplina de la lógica jurídica, que se ocupa de las formas exteriores de las normas de derecho, ha surgido otro movimiento relativo al contenido fundamentalmente axiológico de dichas formas, debiendo destacarse a este respecto la profunda teoría expuesta por Recaséns Siches, sobre lo “razonable” en la interpretación del derecho.⁶²

65. Ambas corrientes o movimientos se complementan y de ninguna manera se excluyen, puesto que los principios de la lógica normativa rigen el aspecto externo o formal del raciocinio del juzgador, pero lo “razonable” se refiere al contenido de la reflexión judicial, y las dos corrientes corresponden a la necesidad de que habla el jurista italiano Betti, de “espiritualizar la lógica jurídica”.⁶³ A este respecto afirma Calamandrei que la justicia es un fluido vivo que circula por las fórmulas vacías de las leyes, como la sangre por las venas.⁶⁴

66. Debemos hacer la aclaración, que con todo el respeto que nos merece el profundo pensamiento de Recaséns Siches, no podemos aceptar como absolutamente correcta su postura en cuanto afirma que “el juzgar del juez entraña siempre el juicio estimativo, no un juicio cognoscitivo”,⁶⁵ porque haciendo abstracción de que desde cierto punto de vista, los juicios de valor (aunque no sea la única forma de apreciarlos) son también juicios de conocimiento,⁶⁶ al mismo tiempo o inclusive antes de realizar una elección

⁶⁰ En varios trabajos, pero en especial *Lógica del juicio jurídico*, México, 1955, pp. 58 y ss., y particularmente para la materia que examinamos, *Lógica del raciocinio jurídico*, cit., pp. 8 y ss.

⁶¹ *Lógica jurídica*, cit., pp. 18-20.

⁶² Cfr. sus trabajos ya citados, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, cit., pp. 173 y ss., y *Lo razonable —a contrario de lo racional— en la vida y en el derecho*, pp. 21 y ss.

⁶³ *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., p. 176 y ss.

⁶⁴ *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, cit., p. 266.

⁶⁵ *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, cit., p. 176.

⁶⁶ Cfr. Groppali, *I giudizi di valore ed i nuovi metodi d'interpretazione della legge*, cit., p. 8.

axiológica, el intérprete tiene que conocer tanto el derecho positivo que pretende aplicar o los principios jurídicos en que debe apoyarse, como los hechos o situaciones previstas por las hipótesis de las disposiciones abstractas.

67. El juez, y esto es lo que hace tan difícil la labor judicial, tiene que equilibrar los principios de la lógica con la estimativa jurídica, la forma racional y el contenido axiológico, y no puede prescindir de ninguno de estos aspectos si pretende alcanzar la serena imparcialidad en la cual radica la verdadera grandeza de su función.⁶⁷

68. Pero este equilibrio no es matemático, sino que como ocurre con la simbólica balanza de la justicia, se inclina hacia uno u otro extremo, de acuerdo con las exigencias de la situación concreta sometida a su conocimiento y la naturaleza de las normas jurídicas abstractas que pretende aplicar.

69. Existen numerosas ocasiones en que el mismo legislador otorga a los miembros de la judicatura un amplio margen valorativo, que permite un mayor margen axiológico sobre el puramente cognoscitivo o racional, como ocurre cuando se hace referencia a aspectos valorativos de la conducta como la buena fe, las buenas costumbres, la moral, el prudente arbitrio e inclusive la misma equidad; por el contrario existen otras disposiciones minuciosas respecto de las cuales el juzgador tiene poco margen de libertad correctora, como son especialmente las de carácter técnico, las que fijan plazos perentorios para el cumplimiento de determinados actos, señalan medidas o calidades, etc.⁶⁸

70. También influye en la relación entre la razón y el sentimiento el grado de generalidad de las disposiciones legales, y esto lo veremos más claramente al hablar de las normas constitucionales, ya que mientras más abstracta sea la hipótesis normativa, mayor es la libertad del juzgador para adaptarla y conformarla a las infinitas modalidades de los casos concretos.

71. Finalmente, debemos hacer mención a los sectores del derecho positivo que por estar inspirados en la protección de los sectores débiles

⁶⁷ La interpretación jurídica en el concepto de Gustavo Radbruch, constituye una mezcla inseparable de elementos teóricos y prácticos, cognoscitivos y creadores, productivos y reproductivos, científicos y supracientíficos, objetivos y subjetivos, *Filosofía del derecho*, trad. castellana, Madrid, 1952, p. 148.

⁶⁸ Cfr. Meneghello, *Il formalismo nella interpretazione giuridica*, cit., pp. 241 y ss.

de la sociedad, dan lugar a una mayor apreciación valorativa por parte del juzgador, en virtud de que tales disposiciones se inspiran en los ideales de la moderna justicia social. Nos referimos a ese campo extremadamente dinámico y evolutivo que ha recibido el nombre de “derecho social”, y que comprende disposiciones sobre el trabajo, determinados aspectos agrarios y de la seguridad social, etc.,⁶⁹ en los cuales el mismo legislador otorga un campo muy amplio a la apreciación axiológica de la judicatura.

72. Podemos citar como ejemplo a nuestra Ley Federal del Trabajo, que reconoce expresamente a la equidad como una fuente subsidiaria de las disposiciones laborales (artículo 16) y concede a los tribunales del trabajo la facultad de apreciar en conciencia las pruebas rendidas por las partes (artículo 550),⁷⁰ sin dejar de reconocer que también en otros campos del derecho, que tradicionalmente se han estimado como muy elaborados, se han presentado corrientes renovadoras bajo el nombre de “socialización del derecho”, que también han influido sobre la axiología judicial.⁷¹

73. Esta combinación entre lógica y sentimiento, entre ciencia y conciencia del juez, es la que exige una decidida vocación para la judicatura y cualidades morales e intelectuales para sus integrantes, que deben entregarse en forma decidida a su función con espíritu de sacrificio.

74. La función judicial, idealmente considerada, requiere, para ser fructífera, la especial prudencia de que habla el tratadista mexicano Preciado Hernández;⁷² el amor a la justicia a que se referían tanto Stamm-

⁶⁹ Existe una amplísima bibliografía sobre el derecho social, y sólo citaremos en vía ilustrativa a los siguientes autores: Gustavo Radbruch, *Introducción a la ciencia del derecho*, trad. de Luis Recaséns Siches, Madrid, 1930, pp. 108 y ss.; *Id.*, *Introducción a la filosofía del derecho*, trad. de Wenceslao Roces, México, 1951, pp. 157 y ss.; Jorge Gurvitch, *Sociología del derecho*, trad. de Ángela Romero Vera, Buenos Aires, 1945, pp. 230 y ss.; José Campillo Sáinz, *Derechos fundamentales de la persona humana*, México, 1952, pp. 47 y ss.; Francisco González Díaz Lombardo, *El concepto del derecho social*, en el volumen “X Aniversario de la Generación de Abogados 1948-1953; Universidad de Guadalajara”; cit., pp. 61 y ss. *Id.*, *Variaciones sobre el tema del derecho social*, en su libro *Proyecciones y ensayos sociopolíticos de México*, México, 1963, pp. 154 y ss.; Alberto Trueba Urbina, *Tratado de legislación social*, México, 1951, pp. 83 y ss.; etc.

⁷⁰ Idéntica disposición se establece en el artículo 21 del Título especial sobre la justicia de paz en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorio Federales, y en los términos similares, el artículo 137 de la reciente Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, de 27 de diciembre de 1963.

⁷¹ Magistralmente previsto por León Duguit, en su clásica monografía *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*, trad. de Carlos G. Posada, 2a. ed., Madrid, s.f.

⁷² Ver nota 57. Frecuentemente las disposiciones legales y las tesis jurisprudenciales se refieren al “prudente arbitrio” del juzgador.

ler⁷³ como Carnelutti,⁷⁴ y se traduce también en una “angustia por el derecho” como lo ha señalado el magistrado de la Suprema Corte de México, José Rivera Pérez Campos.⁷⁵

75. Todos estos factores: prudencia, amor y angustia por el derecho, nos están indicando la naturaleza profundamente humana de la función judicial, unida indestructiblemente a la valoración ética tanto de la ley como de los casos concretos, pues como lo expresa en sus bellas páginas el propio Calamandrei: “juzgar a los demás implica a cada instante el deber de ajustar cuentas con la propia conciencia”.⁷⁶

IV. NATURALEZA DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES

76. Hasta aquí nos hemos referido a la interpretación, aplicación e integración de las disposiciones jurídicas ordinarias, pero trataremos ahora de establecer si los principios que hemos examinado resultan aplicables a los preceptos de mayor jerarquía, situados en la cúspide de todo ordenamiento jurídico, y que en su conjunto forman la “superlegalidad constitucional”.⁷⁷

77. Se nos presenta de inmediato la cuestión relativa al concepto de norma constitucional, con el fin de poder diferenciarla de las restantes disposiciones del ordenamiento jurídico.

78. El problema no es tan simple como aparece a primera vista, si tomamos en consideración que son numerosas las ideas que se han expuesto sobre la naturaleza de los preceptos fundamentales, y a título ilustrativo podemos mencionar las opiniones de dos de los más destacados tratadistas que se han ocupado de la dogmática constitucional. Carl Schmitt, por ejemplo, señala cuatro acepciones distintas de Constitución: en sentido

⁷³ *El juez*, trad. de Emilio F. Camus, La Habana, 1941, pp. 124 y ss.

⁷⁴ Prólogo a la edición castellana de las *Lecciones sobre el proceso penal*, trad. de Santiago Sentís Melendo, tomo I, Buenos Aires, 1950, p. 33.

⁷⁵ *La angustia por el derecho*, en “Revista de la Facultad de Derecho de México”, núms. 35-36, julio-diciembre de 1959, pp. 301 y ss.

⁷⁶ *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, cit., p. 257.

⁷⁷ Denominación utilizada por el ilustre constitucionalista francés Mauricio Hauriou, *Principios de derecho público y constitucional*, trad. de Carlos Ruiz del Castillo, 2a. ed., Madrid, s.f., pp. 304 y ss. Ver también Fausto Legón, *Tratado de derecho político general*, tomo II., Buenos Aires, 1961, pp. 357 y ss.

absoluto, relativo, positivo e ideal,⁷⁸ en tanto que Hermann Heller analiza cinco conceptos diversos: dos sociológicos y tres jurídicos.⁷⁹

79. Cuando en el orden jurídico positivo se habla de normas constitucionales, se entienden aquellas que establecen las reglas de conducta de carácter supremo y que sirven de fundamento y de base a todas las otras disposiciones del orden jurídico, aunque existen ordenamientos como el británico, en el cual, al menos al principio, y desde un punto de vista formal no hay distinción precisa entre las disposiciones ordinarias y las fundamentales, en cuanto emanan de las mismas fuentes de creación jurídica.⁸⁰

80. Este doble sistema de concebir las normas superiores de todo régimen jurídico desde un punto de vista estrictamente formal, dio lugar a la clasificación expuesta por James Bryce en su clásico estudio, en el cual distinguió entre *Constituciones flexibles*, como la inglesa y las antiguas de Grecia, Roma y Cartago, que poseen elasticidad y se adaptan y alteran sus formas sin perder sus características principales; y las *rígidas*, que los son casi todas las modernas, en las cuales su estructura es dura y fija.⁸¹

81. Esta división es sumamente gráfica y de ahí su gran divulgación, pero no la podemos aceptar en toda su extensión, ya que ni la organización constitucional inglesa es tan variable, debido a su gran apego a la tradición, ni las llamadas rígiditas son en realidad inmutables.

82. Lo cierto es que existe un elemento que permite distinguir las disposiciones constitucionales de las ordinarias, con independencia de su fuente formal, y este elemento consiste en su rango superior, en su situación privilegiada, en su autoridad suprema.

83. Desde un punto de vista lógico-normativo, el ilustre jurista vienés Hans Kelsen ha establecido una diferenciación muy clara a través de una jerarquía normativa conocida con el nombre significativo de "pirámide jurídica", de acuerdo con la cual existe un escalonamiento de todas las disposiciones jurídicas, a partir de las individuales, que se encuentran en la base, y se va ascendiendo en jerarquía y abstracción hasta llegar a la cima

⁷⁸ *Teoría de la Constitución*, trad. de Federico Ayala, México, 1952, pp. 3-41.

⁷⁹ *Teoría del Estado*, trad. de Luis Tobío, 4a. ed., México, 1961, pp. 267 y ss.

⁸⁰ Cfr. Manuel García Pelayo, *Derecho constitucional comparado*, 4a. ed., Madrid, 1957, pp. 285 y ss.

⁸¹ *Constituciones flexibles y constituciones rígiditas*. ed. castellana, Madrid, 1952, pp. 26 y ss.

que está coronada por una norma hipotética fundamental, que sirve de apoyo y fundamento de validez a todo edificio.⁸²

84. Pero la diferenciación no es únicamente de carácter lógico, sino también desde el punto de vista de su contenido, el cual ha sido caracterizado por Schmitt como “las decisiones políticas fundamentales sobre modo y forma de la unidad política”.⁸³

85. Además de estas decisiones políticas fundamentales se han incorporado al cuerpo de normas constitucionales cuando las mismas constan en un documento escrito, una serie de disposiciones que carecen de una orientación axiológica suprema, pero que regulan instituciones que se han querido sustraer al control de los órganos ordinarios de creación jurídica. Se trata de preceptos secundarios y aun reglamentarios, verdaderos agregados constitucionales que desde un punto de vista dogmático no deben formar parte de la Ley Suprema.⁸⁴

86. Otra característica de las normas constitucionales radica en su origen, ya que con excepción de las que forman parte del sistema “flexible”, son producto de un órgano especial y transitorio, que recibe el nombre de “poder constituyente”, definido por Schmitt como la voluntad política cuya fuerza y autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política.⁸⁵

87. Este órgano extraordinario de creación constitucional, puede concebirse como el poder político fundamental que en un momento dado representa los valores esenciales de una comunidad nacional y los cristaliza en un documento o conjunto de documentos, que desde un punto de vista externo conforman la Ley Fundamental o Constitución escrita.⁸⁶

⁸² *Teoría general del Estado*, cit., p. 306; *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., pp. 128 y ss., 271 y ss.

⁸³ *Teoría de la Constitución*, cit., pp. 23 y ss.

⁸⁴ *Cfr.* Segundo V. Linares Quintana, *Tratado de la ciencia de derecho constitucional argentino y comparado*, tomo II, Buenos Aires, 1953, pp. 412 y ss.

⁸⁵ *Teoría de la Constitución*, cit., p. 86; Carlos Sánchez Viamonte, *El poder constituyente*, Buenos Aires, 1957, pp. 563 y ss.

⁸⁶ La objetividad escrita de la Ley Fundamental —nos dice Hermann Heller— representa, en general, un amplio e importante avance en el proceso de emancipación relativo a las formaciones del espíritu, *Teoría del Estado*, cit., p. 289.

88. Este documento es único en la mayoría de los casos, pero puede repartirse en varios, como ocurrió con nuestras leyes constitucionales de 1836 o las francesas de 1875, pero en todo caso deben estimarse conjuntamente como una sola Ley Fundamental.

89. Además del poder constituyente, se establece en la mayoría de las Constituciones escritas un procedimiento dificultado de reformas, para otorgar cierta permanencia a los postulados fundamentales, y al mismo tiempo evitar su absoluta inmutabilidad, encomendando a ciertos órganos constituidos la elaboración y aprobación de estas modificaciones.

90. En nuestro país este poder revisor de la Constitución o “constituyente permanente”,⁸⁷ está encomendado al Congreso de la Unión y a las Legislaturas de los Estados, exigiéndose una mayoría especial en el primero, que es el que debe acordarlas, con aprobación de las segundas (artículo 135).

91. Todo lo anterior nos lleva a la conclusión de que las normas constitucionales se distinguen de las ordinarias desde tres puntos de vista. En su aspecto externo o formal, las disposiciones fundamentales están consignadas en un documento expedido por el Poder Constituyente y sólo pueden ser modificadas a través de un procedimiento dificultado de reformas. Desde un ángulo normativo, los preceptos constitucionales son el fundamento de validez de todo el orden jurídico, por los que se encuentran en la base de la pirámide jurídica.

92. En cuanto a su contenido, la distinción ya no resulta tan sencilla, en la medida en que, como ya hemos manifestado, existen disposiciones constitucionales que, por su materia, poco se distinguen de las secundarias, aunque se les ha querido revestir formalmente de la dignidad de la supremacía constitucional. Sin embargo, al menos esa es la tendencia de todo documento constitucional, la esencia de sus preceptos radica en los valores supremos de toda comunidad política y en la organización de sus poderes supremos, caracterizándose por lo que Linares Quintana ha denominado “fundamentabilidad”.⁸⁸

⁸⁷ Cfr. Felipe Tena Ramírez, *Derecho constitucional mexicano*, 7a. ed., México, 1964, pp. 51 y ss. Fausto E. Rodríguez, ¿Qué es el poder reformador de la Constitución?, en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núm. 28, enero-abril, 1957, pp. 9-32.

⁸⁸ *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, cit., tomo II, pp. 412 y ss.

93. Estos tres aspectos de la norma constitucional: forma, estructura lógica y contenido, están unidos indisolublemente, y en su conjunto son los que determinan la supremacía de la Constitución, de modo que todas las disposiciones que integren el ordenamiento jurídico y todos los actos que regulan, deben conformarse a los postulados de la Ley Fundamental.⁸⁹

94. En consecuencia, podemos concebir a las normas constitucionales como aquellas que sirven de fundamento y apoyo a todo el ordenamiento jurídico del Estado, al cual otorgan unidad armónica a través de sus principios orientadores.

95. No obstante esta característica de “Fundamentabilidad” que es común a todas ellas, existen varias categorías de preceptos constitucionales, los cuales poseen diversa fuerza fundatoria desde el punto de vista de las disposiciones que les están subordinadas dentro de la jeraquía normativa.

96. En primer término, advertimos que dentro de los preceptos fundamentales existen algunos que determinan la forma y la esencia misma del Estado y que, por lo mismo, se han establecido con una pretensión de validez inmutable, hasta el extremo de que en muchas ocasiones el mismo poder constituyente prohíbe su modificación, aun por los órganos de revisión constitucional, de manera que sólo un movimiento revolucionario, que transformase radicalmente las bases políticas de la Ley Suprema, puede alterar estos principios o disposiciones que podemos considerar como *capitales*.⁹⁰

97. Podemos citar en nuestro derecho, entre estos principios *capitales*, los contenidos en el artículo 40 de la Constitución Federal, de acuerdo con el cual: “Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, pero unidos en una Federación establecida según los principios de esta Ley Fundamental.”

⁸⁹ Heller sostiene que ni el logicismo normativo de Kelsen ni el decisionismo schmittiano se dan cuenta de la función que para la continuidad histórica de la Constitución real desempeña la norma jurídica, *Teoría del Estado*, cit., p. 284.

⁹⁰ Por su parte, Hauriou afirma que el establecimiento o la revisión de las constituciones es frecuentemente un hecho revolucionario en la forma y lo es siempre en el fondo, *Instituciones de derecho público y constitucional*, cit., pp. 310 y ss.

98. Es cierto que en nuestro régimen constitucional no existe una limitación expresa para modificar estos principios capitales a través del poder revisor o “constituyente permanente”, pero tenemos la convicción de que si cambiasen estos postulados, que son los que configuran al Estado mexicano, se estaría adoptando, en realidad, una nueva organización constitucional.⁹¹

99. Al lado de estas reglas esenciales, que vendrían a constituir la verdadera “superlegalidad constitucional” de que habla Hauriou⁹² existen otras disposiciones que, en cierto modo, derivan de los postulados supremos y que establecen, ya sea los derechos públicos de la persona humana y de los grupos sociales (parte dogmática o material) o la organización de los poderes públicos (parte orgánica o estructural), así como las que regulan, como sostiene Kelsen, la creación de normas jurídicas generales y, especialmente, la creación de leyes,⁹³ estas últimas repartidas entre los dos sectores anteriores. Estos serían los preceptos estrictamente *fundamentales*.

100. Desde otro punto de vista, estas disposiciones *fundamentales* se dividen, por la doctrina contemporánea especialmente la italiana, en *disposiciones de principio* (entre las cuales destacan las llamadas *programáticas*), y *disposiciones preceptivas*, que determinan la conducta de los destinatarios.⁹⁴ La importancia de estas normas que contienen declaraciones de principios, y especialmente las programáticas, es esencial para la interpretación armónica de la Ley Fundamental, porque en ellas el constituyente ha trazado los principios axiológicos esenciales, y la ruta que deben seguir en el futuro los poderes constituidos para alcanzar las metas del perfeccionamiento social.

101. Tanto las Constituciones del Siglo XIX como las aparecidas en nuestra época contienen numerosas disposiciones de principio, pero las normas programáticas se advierten especialmente en las surgidas después de la primera y segunda posguerras, que persiguen una modificación sustancial de la realidad político-social imperante.

⁹¹ El artículo 39 de la Ley Fundamental establece en su parte conducente. “... El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno”.

⁹² *Principios de derecho público y constitucional*, cit., pp. 330 y ss.

⁹³ *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 129.

⁹⁴ Cfr. especialmente Vezio Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*. Milano, 1952, pp. 32 y ss., 51 y ss.

102. En nuestra Constitución vigente de 5 de febrero de 1917, que como es bien sabido se adelantó a las demás Leyes Fundamentales del mundo⁹⁵ al consagrar derechos fundamentales de carácter social o “garantías sociales”⁹⁶ estableció varios principios programáticos de redención, como los del artículo 27 sobre la reforma agraria, las modalidades a la propiedad privada que dicte el interés público, la distribución equitativa de la riqueza pública y su conservación; y del 123, sobre los derechos mínimos de los trabajadores y los postulados de la seguridad social, etc.

103. Finalmente, al lado de los preceptos capitales y fundamentales, encontramos otros de contenido secundario que, como hemos dicho, obedecieron a la intención del constituyente, tanto originario como permanente, de otorgar fijeza a determinadas instituciones revistiéndolas de prestigio y autoridad, por considerarlas de una gran trascendencia política, jurídica o social.

104. En el régimen constitucional mexicano encontramos numerosas disposiciones reglamentarias que han adquirido categoría constitucional, como los preceptos relativos a los procedimientos de la reforma agraria (artículo 27); a los lineamientos fundamentales del juicio de amparo (artículo 107); a las reglas fundamentales de la legislación del trabajo (artículo 123), a las cuales se les ha agregado muy recientemente, de acuerdo con el Decreto de 21 de octubre de 1960, las reglas esenciales del estatuto de los empleados públicos (apartado B del mismo artículo 123 constitucional).

105. Una vez que trazamos un panorama de las diversas categorías de las normas constitucionales y su carácter fundamental (en sentido amplio) surge ahora la interrogante sobre si estas disposiciones supremas requieren principios particulares de interpretación, que justifiquen la existencia de una verdadera hermenéutica constitucional.⁹⁷

106. La doctrina no se había preocupado, sino hasta muy recientemente, del problema específico de la interpretación de las normas constitucionales, pero paulatinamente se ha ido destacando su importancia, hasta el

⁹⁵ La segunda Carta Constitucional que consagró derechos sociales fue la de la República Alemana, de 11 de agosto de 1919, llamada también “Constitución de Weimar”.

⁹⁶ Cfr. Ignacio Burgoa, *Las garantías individuales*, 3a. ed., México, 1961, pp. 173 y ss.

⁹⁷ Cfr. Linares Quintana, *Teoría de la ciencia del derecho constitucional*, cit., tomo II, pp. 468 y ss.

extremo que la Sociedad para el Derecho Comparado (*Gesellschaft für Rechtsvergleichung*) organizó en el año de 1961 y en la ciudad de Tréveris unas Jornadas precisamente con el tema de los “métodos de la interpretación constitucional” (*Methoden der Verfassungsinterpretation*).⁹⁸

107. También en Latinoamérica esta materia ha despertado extraordinario interés, y al respecto pueden citarse, entre otros, los estudios monográficos de los tratadistas argentinos Juan Francisco Linares, *Control de constitucionalidad mediante interpretación*⁹⁹ y Segundo V. Linares Quintana, *La interpretación constitucional*.¹⁰⁰

108. Según el pensamiento del distinguido constitucionalista italiano Franco Pierandrei, la interpretación de las normas constitucionales debe adecuarse a la naturaleza fundamental de las disposiciones de la Ley Suprema y tomar en consideración los motivos políticos y los principios esenciales que se encuentran en la base de estos preceptos.¹⁰¹

109. Por su parte, Linares Quintana ha establecido una serie de reglas particulares, que deben servir de orientación para la interpretación de las disposiciones constitucionales, entre las cuales merecen destacarse las que se refieren a que en tal interpretación debe prevalecer el contenido teleológico y finalista; que debe utilizarse un criterio amplio, liberal y práctico; que debe considerarse la Ley Suprema como un conjunto armónico de disposiciones y de principios; que debe tomarse en cuenta no sólo las condiciones y necesidades existentes en el momento de la sanción, sino también las imperantes en la época de la aplicación, etc.¹⁰²

110. Esto nos indica que la interpretación de las disposiciones constitucionales requiere por parte del intérprete o aplicador una particular “sensibilidad”,¹⁰³ que le permita captar la esencia, penetrar en la entraña misma y comprender la orientación de las disposiciones fundamentales, y,

⁹⁸ Cfr. Franco Pierandrei, *L'interpretazione delle norme costituzionali in Italia*, en el volumen del propio autor *Scritti di diritto costituzionale*, vol. II, Torino, 1964, p. 645.

⁹⁹ *Jurisprudencia Argentina*, núm. 837, Buenos Aires, 18 de abril de 1961, pp. 1-3.

¹⁰⁰ *Jurisprudencia Argentina*, núm. 418, Buenos Aires, 22 de febrero de 1960, pp. 1-5.

¹⁰¹ “L'interpretazione delle norme costituzionali in Italia”, cit., pp. 654-655.

¹⁰² *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, cit., vol. II, pp. 468 y ss. *La interpretación constitucional*, cit., pp. 2-4.

¹⁰³ Cfr. Pierandrei, “L'interpretazione delle norme costituzionali in Italia”, cit., p. 655.

además, conocer y tomar en cuenta las condiciones sociales, económicas y políticas existentes en el momento en que se pretende desentrañar el sentido mismo de los preceptos supremos.

111. Lo anterior nos lleva a concluir que la interpretación constitucional, si bien participa de los lineamientos generales de toda interpretación jurídica, posee aspectos peculiares, que le otorgan una autonomía tanto dogmática como de carácter práctico, ya que resulta en términos generales considerablemente más difícil y complicado captar el pleno sentido de una norma fundamental, que desentrañar el significado de un precepto ordinario, lo cual ha venido a desvirtuar la ilusión de los políticos románticos del Siglo XIX, que pensaban que los textos constitucionales eran comprensibles para todos los ciudadanos.

112. Por el contrario, la interpretación constitucional se ha transformado paulatinamente en una labor altamente técnica que requiere de sensibilidad jurídica, política y social y, por tanto, ha sido inevitable que desembocara en el establecimiento de una justicia constitucional, de manera que actualmente impera el principio de que son los jueces ordinarios (en el sistema llamado indirecto o difuso) o los magistrados constitucionales (en el régimen concentrado o de tribunales especiales) los capacitados, por la índole de sus funciones, para interpretar con mayor precisión las disposiciones fundamentales y hacerlas vivir realmente en el medio social para el que fueron dictadas.

113. Finalmente, queremos hacer una última reflexión en cuanto a los diversos tipos de normas constitucionales, que si bien están situadas en el mismo plano desde un punto de vista formal, difieren en cuanto a su materia, ya que la importancia o transcendencia axiológica de las normas capitales y fundamentales y la mayor generalidad y abstracción de las disposiciones de principio, en contraposición con las reglamentarias, tienen que influir necesariamente en el alcance y sentido de su interpretación judicial, ya que el juzgador tiene que tomar en cuenta, no sólo el carácter formal o externo de la disposición aplicable, sino especialmente su contenido.

V. JUEZ Y CONSTITUCIÓN

114. Hemos establecido que la interpretación constitucional, considerada como una especie particular dentro del campo genérico de la interpretación jurídica, se ha convertido en una operación delicada y difícil que adquiere su plenitud sólo a través de la actividad judicial.

115. Claro que todos los destinatarios de los preceptos fundamentales; es decir, los funcionarios y autoridades de todos los órdenes y aun los particulares, tienen que interpretarlos para lograr su cumplimiento, pero son los miembros de la judicatura, por la naturaleza de su actividad, los que pueden fijar de una manera más precisa y con mayor técnica el significado de la norma constitucional.

116. El tratadista argentino, ya mencionado, Juan Francisco Linares ha puesto de relieve que todo juzgador tiene el deber de tomar en cuenta la Constitución al fallar un caso controvertido, así sea un simple asunto civil, de acuerdo con la regla "*iuris novit curia*" y por el mismo hecho de que exista vigente una Constitución.¹⁰⁴

117. Este principio determinó el establecimiento del control judicial de la Constitución, en la Ley Suprema de los Estados Unidos de 17 de mayo de 1787, a través de la Sección Segunda de su Artículo Segundo, que otorgó al poder judicial federal la facultad de conocer de todas las controversias, tanto de derecho escrito como de equidad, que surgieran de la Constitución, las leyes federales y los tratados internacionales, y también por medio de la regla del párrafo segundo de su Artículo Sexto, que consagró expresamente la supremacía de estos ordenamientos (Constitución, leyes y tratados) imponiendo además a los jueces de los Estados la obligación de aplicarlos con preferencia a las disposiciones en contrario de las leyes o constituciones locales.

118. Cuando se discutía la ratificación de esta Carta Fundamental, Alexander Hamilton explicó con toda claridad el alcance de las facultades del Poder Judicial, al considerar que debía existir un medio constitucional de impartir eficacia a las disposiciones fundamentales, y que el sistema más adecuado consistía en atribuir a los tribunales la facultad de hacer a un lado los preceptos que contravinieran de modo manifiesto las normas supremas de la Unión.¹⁰⁵

¹⁰⁴ *Control de la constitucionalidad mediante interpretación*, cit., p. 2.

¹⁰⁵ *El federalista*, trad. de Gustavo R. Velasco, México, 1957, pp. 338-339.

119. Nació así lo que el jurisconsulto estadounidense J. A. C. Grant ha considerado como la aportación fundamental de América a la ciencia política (en cuanto ha sido sustentada posteriormente por casi todas las naciones latinoamericanas y el Canadá), o sea, el reconocimiento de que los jueces son los intérpretes naturales de la Constitución.¹⁰⁶

120. Durante la visita que Alexis de Tocqueville, realizó a los Estados Unidos en el año de 1831, una de las situaciones peculiares que más llamó su atención, fue la atribución judicial de aplicar (e interpretar) la Constitución, prefiriéndola a cualquier otra disposición legal que la contradijera y, no obstante su formación francesa, tan apegada al dogma de la supremacía parlamentaria, reconoció expresamente que debía considerarse como un derecho natural del magistrado.¹⁰⁷

121. La obra de Tocqueville, como es bien sabido, ejerció una influencia considerable en los constituyentes latinoamericanos del Siglo XIX, los cuales acogieron, con algunas variantes, los principios estrechamente relacionados de la supremacía y de la garantía jurisdiccional de la Constitución,¹⁰⁸ correspondiendo a nuestro país la primacía en adoptarlos en la Constitución yucateca de 1841, que recogió las ideas de Manuel Crescencio Rejón, uno de los creadores del juicio de amparo.¹⁰⁹

122. Estas ideas que ahora nos parecen evidentes, fueron discutidas durante mucho tiempo, especialmente por los juristas europeos, que estaban influenciados por la teoría rusioniana de la omnipotencia de la

¹⁰⁶ *El control de la constitucionalidad de las leyes. Una contribución de las Américas a la ciencia política*, México, 1963, pp. 34 y ss. *Id.*, "Judicial Review in Canada. Procedural aspects", en *The Canadian Bar Review*, mayo de 1964, pp. 197 y ss. Eder Phanor, "Judicial Review in Latin America", en *Ohio State Law Review*, otoño de 1960, pp. 580 y ss.

¹⁰⁷ *La democracia en América*, trad. de Luis R. Cuéllar, México, 1957, p. 93. "En los Estados Unidos la Constitución está sobre los legisladores y no puede ser modificada por una ley. Es, pues, justo que los tribunales obedezcan a la Constitución preferentemente a todas las leyes. Esto deriva de la esencia misma del poder judicial: escoger entre las disposiciones legales aquellas que lo atan más estrechamente es en cierto modo, el derecho natural del magistrado."

¹⁰⁸ Conexión que puso de relieve el gran Presidente de la Suprema Corte de los Estados Unidos, John Marshall, en su famosísimo fallo en el asunto *Marbury versus Madison*, *Cfr.* Grant, *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes*, cit., p. 39; Robert Eugene Cushman, *Práctica constitucional*, trad. de Selva Hucha, Buenos Aires, 1958, pp. 220 y ss.; Carl Brent Swisher, *El desarrollo constitucional de los Estados Unidos*, trad. de Hugo Charny, tomo I, Buenos Aires, 1958, pp. 91 y ss.

¹⁰⁹ *Cfr.* Eder, *Judicial Review in Latin America*, cit., pp. 571-572. Suprema Corte de Justicia, *Homenaje a don Manuel Crescencio Rejón*, México, 1960, pp. 51 y ss.

voluntad general y el criterio derivado de la opinión de Montesquieu, antes analizada, sobre la pasividad de la función judicial.

123. Inclusive un espíritu tan agudo como el de Tocqueville, que había apreciado certeramente la importancia de la interpretación de las disposiciones fundamentales por parte de los jueces estadounidenses, consideró que tales principios eran inaplicables al ordenamiento jurídico francés, no obstante que estaba sujeto también a una Ley Fundamental escrita, y aun cuando sus razonamientos sobre este particular nos parecen ahora poco convincentes, seguramente que en la época en que redactó su inmortal libro sobre la democracia americana eran las imperantes en su patria.¹¹⁰

124. No debemos olvidar que, todavía en el año 1931, un jurista de la talla de Carl Schmitt dudaba de la eficacia de la jurisdicción como protectora de la Constitución, y consideraba que la Suprema Corte de los Estados Unidos se había convertido para ciertos juristas alemanes en una especie de mito.¹¹¹

125. No obstante esta tradición europea, especialmente francesa, calificada por el ameritado constitucionalista Georges Burdeau como “tradición política hostil” a la justicia constitucionada,¹¹² todavía bajo el imperio de la Ley Fundamental de 1875 tratadistas destacados de Francia como León Duguit,¹¹³ Gastón Jèze¹¹⁴ y Julián Bonnecase¹¹⁵ llegaron al convencimiento de que aún en ausencia de una disposición constitucional o legal expresa, los jueces poseían la facultad natural de aplicar la Carta Suprema sobre cualquier otra disposición legal.

126. El ilustre Mauricio Hauriou, por su parte, sostuvo con firmeza que la “superlegalidad constitucional” requería para su completa organización, además del sistema de la Ley Fundamental escrita, con procedi-

¹¹⁰ *La democracia en América*, cit., p. 93: “En Francia, la Constitución es igualmente la primera de las leyes y los jueces tienen igual derecho para tomarla como base de sus decisiones; pero al ejercitar ese derecho, podrían pasar sobre otro más sagrado aun que el suyo: el de la sociedad en cuyo nombre obran. Aquí la razón ordinaria debe ceder ante la razón del Estado.”

¹¹¹ *La defensa de la Constitución*, trad. de Manuel Sánchez Sarto, Barcelona, 1931, pp. 21 y ss.

¹¹² *Droit constitutionnel et institutions politiques*, París, 1957, p. 87.

¹¹³ *Manuel de droit constitutionnel*, París, 1918, pp. 304-306; *Traité de droit constitutionnel*, t. II, París, 1923, pp. 659 y ss.

¹¹⁴ *Cours de droit public*, París, 1924, pp. 192 y ss.

¹¹⁵ *Introducción al estudio del derecho*, trad. de José M. Cajica, Puebla, 1944, pp. 152 y ss.

mientos dificultado de reforma, el establecimiento de un control de la constitucionalidad de las leyes ordinarias a través del poder judicial.¹¹⁶

127. En la primera posguerra, a pesar de la fuerza de la tradición contraria, en la misma Europa fue abriendo paso la necesidad del establecimiento del control jurisdiccional de la Ley Fundamental, y de esta manera apareció como uno de los aspectos del fenómeno que Boris Mirkine Guetzevitch denominó con acierto y fortuna “racionalización del poder”, la necesidad de una verdadera jurisdicción constitucional específica, en tanto que otros países adoptaban expresamente el sistema estadounidense de la revisión judicial.¹¹⁷

128. El jurista vienés Hans Kelsen fue el principal sostenedor del establecimiento de una jurisdicción especializada con la atribución privativa de decidir sobre la constitucionalidad de las leyes ordinarias y, en general, de los actos de autoridades, motivo por el cual se le ha considerado como el sistematizador de una nueva disciplina que responde al nombre de “derecho procesal constitucional”.¹¹⁸

129. Estas ideas de Kelsen se llevaron a la práctica en la Constitución Austriaca de 1o. de octubre de 1920, reformada por la Ley Constitucional de 7 de diciembre de 1929, en la cual se creó una Alta Corte Constitucional, que tenía entre sus funciones principales decidir sobre la constitucionalidad de las leyes secundarias y de los actos de autoridad,¹¹⁹ sistema que fue introducido con una estructura muy similar por la Ley de 29 de febrero de 1920, preliminar a la Carta Constitucional de la República Checoslovaca.¹²⁰

130. La característica especial de este sistema propugnado por el fundador de la teoría pura del derecho, consiste en que además de que las

¹¹⁶ *Principios de derecho público y constitucional*, cit., pp. 309 y ss.

¹¹⁷ *Las nuevas Constituciones del Mundo*, Madrid, 1931, pp. 32 y ss. *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, París, 1931, pp. 33 y ss.

¹¹⁸ Cfr. el fundamental trabajo de este tratadista intitulado “La garantie juridictionnelle de la Constitution”, en *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'Étranger*, tomo 45, París, 1928, pp. 127-257. Sobre la importancia de la obra kelseniana en la sistematización de esta nueva disciplina, véase Alcalá-Zamora y Castillo, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, cit., p. 207.

¹¹⁹ Cfr. Mauro Cappelletti, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, trad. de Héctor Fix-Zamudio, México, 1961, p. 34.

¹²⁰ Cfr. Mirkine Guetzevitch, *Las nuevas Constituciones del Mundo*, cit., pp. 229-230.

cuestiones de constitucionalidad deben ser conocidas y resueltas por un tribunal especial, los fallos de esa jurisdicción constitucional tienen efectos generales, es decir, implican la nulidad *erga omnes* del precepto ordinario que se estime contrario a la Ley Fundamental (artículos 139 y 140 de la Constitución austriaca mencionada).¹²¹

131. Un sistema intermedio entre el austriaco y el estadounidense fue establecido en la Constitución de la República Española de 9 de diciembre de 1931, en cuyos artículos 121 y 124 reglamentados por la Ley de 30 de junio de 1933, con reformas de 10 de julio y 9 de septiembre del mismo año, crearon un Tribunal de Garantías Constitucionales, entre cuyas funciones esenciales existía la de conocer y resolver de un recurso sobre la inconstitucionalidad de las leyes, en la inteligencia de que dichas sentencias tendrían efectos generales cuando declararan que la ley no fue votada o promulgada en forma prescrita por la Constitución, y con efectos para el caso concreto, cuando se tratara de inconstitucionalidad material.¹²²

132. Después de la segunda posguerra, el movimiento en favor de una justicia constitucional resulta todavía más acentuado,¹²³ especialmente en los países que sufrieron bajo el imperio de los gobiernos totalitarios, como Italia y Alemania, destacándose entre las nuevas instituciones, la Corte Constitucional Italiana, según los artículos 134 a 137 de la Ley Fundamental republicana de 27 de diciembre de 1947, que es la vigente¹²⁴ y el Tribunal Federal Constitucional Alemán, consignado por los artículos 93 y 94 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana, promulgada el 23 de

¹²¹ Cfr. Cappelletti, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, cit., pp. 33 y ss.

¹²² Cfr. Alcalá-Zamora y Castillo, *Significado y funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales*, en su libro *Ensayos de derecho procesal civil, penal y constitucional*, Buenos Aires, 1944, pp. 503 y ss. Rodolfo Reyes, *La defensa constitucional*, Madrid, 1934, pp. 156 y ss.

¹²³ Cfr. Carlos Ollero, *El derecho constitucional de la posguerra (Apuntes para su estudio)*, Barcelona, 1949, pp. 137 y ss.

¹²⁴ La bibliografía sobre la Corte Constitucional italiana es realmente impresionante, por lo que citaremos a título ejemplificativo los siguientes trabajos: Cappelletti, "La justicia constitucional en Italia", trad. de Héctor Fix-Zamudio, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núms. 37-40, enero-diciembre de 1960, pp. 151 y ss. Calamandrei, "Corte Constitucional y autoridad judicial", trad. de Héctor Fix-Zamudio, en *Boletín de información judicial*, octubre y noviembre de 1956, pp. 685 y ss., hay traducción posterior de Santiago Sentís Melendo, en el libro del propio autor *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires, 1962, pp. 121 y ss. Enrico Tullio Liebman, "Contenuto ed efficacia delle decisioni della Corte Costituzionale", sobretiro de la *Rivista di diritto processuale*, Padova, 1957. Gian Galeazzo Stendardi, *La Corte Costituzionale*, Milano, 1955. Pasquale Curci, *La Corte Costituzionale*, Milano, 1956.

mayo de 1949,¹²⁵ que en sus rasgos esenciales siguen los principios de la jurisdicción constitucional austriaca inspirada por Kelsen, según expresamos, pero con algunos matices peculiares derivados de la doctrina americana.

133. Francia no pudo escapar a la fuerza de su tradición y en su primera Ley Fundamental de postguerra, o sea la de 1946, consagró el sistema de control político de la constitucionalidad de las leyes, a través de un organismo intitulado Comité Constitucional (artículos 91 y siguientes), pero con la particularidad de que si dicho cuerpo estimaba que una ley ordinaria pugnaba con la Ley Suprema, debía reformarse no el ordenamiento secundario como sería lógico de acuerdo con el principio de la supremacía constitucional, sino la Carta Fundamental.¹²⁶

134. Afortunadamente, la Constitución vigente, o sea, la promulgada el 4 de octubre de 1958, cambió el sistema anterior y creó un nuevo cuerpo denominado en esta ocasión "Consejo Constitucional" (artículos 56-63), al que el ameritado tratadista frances Maurice Duverger otorga naturaleza jurisdiccional,¹²⁷ y entre cuyas funciones principales se encuentra la de pronunciarse sobre la conformidad con la Carta Fundamental, de las leyes orgánicas, previamente a su promulgación y los reglamentos de las asambleas parlamentarias, antes de ser puestos en aplicación (artículo 61).

135. El mismo Duverger considera que aunque no existan disposiciones expresas, los jueces ordinarios tienen facultad de interpretar la Constitución y desaplicar las disposiciones de las leyes secundarias que estimen contrarias a la propia Carta Fundamental.¹²⁸

136. Sólo en el sector inspirado en el derecho soviético se advierte la tendencia de confiar la salvaguarda de la Constitución a organismos de carácter político, y no judicial, con lo cual los países sociales siguen, sin

¹²⁵ También la bibliografía sobre la Corte Federal alemana es sumamente amplia y nos limitaremos a mencionar los siguientes estudios: Otto Bachof, *Jueces y Constitución*, trad. de Rodrigo Bercovitz Rodríguez Cano, Madrid, 1963; Mario Stella Richter, Theo Ritterspach y Heinz Schuster, "La organización y las funciones de la Corte Federal Constitucional y de la corte Federal de Alemania Occidental", trad. de Héctor Fix-Zamudio, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núms. 31-32, julio-diciembre de 1958, pp. 285 y ss.; Edward Mc Whinney, "Judicial restraint and the West German Constitutional Court", en *Harvard Law Review*, noviembre de 1961, pp. 5 y ss.

¹²⁶ Cfr. Burdeau, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, cit., p. 90.

¹²⁷ *Institutions politiques et droit constitutionnel*, París, 1963, p. 643.

¹²⁸ *Op. ult. cit.*, p. 645.

proponérselo conscientemente, el mismo sistema tradicional del liberalismo del Siglo XIX, ya que además de observarse en ellos, al menos formalmente, un notorio predominio de los órganos legislativos, son éstos los que tienen a su cargo la función de examinar si las leyes ordinarias se adecuan a la Carta Fundamental como ocurre en la URSS con el Soviet Supremo y su Presidium; con las Asambleas Nacionales sus respectivos Presidiums, en varias de las Democracias Populares, y con la Asamblea Popular de China Comunista.¹²⁹

137. Sin embargo, en la Rusia Soviética se reconoce plenamente el derecho de la supremacía constitucional, en cuanto según los tratadistas A. Denisov y M. Korochenko: "La constitución soviética posee una fuerza jurídica especial, consistente en que toda la labor legislativa corriente se realiza en plena correspondencia con ella, y ninguna ley puede contradecirla. Por lo tanto, en cierto sentido predetermina el carácter de las demás leyes del Estado soviético."¹³⁰

138. Pero en el mismo campo socialista ya se advierte cierta aproximación al Occidente en el aspecto de la justicia constitucional, puesto que la nueva Constitución de la República Federal Socialista de Yugoslavia, promulgada en 1963, se ha establecido una Corte Constitucional, entre cuyas atribuciones existe la de decidir, con efectos *erga omnes*, sobre la conformidad de las leyes y de cualquier clase de disposiciones o decisiones generales con la Ley Fundamental (artículos 241 incisos 1, 2 y 3 y 244 y siguientes), por lo que puede decirse que en cierto modo resulta influenciada por los Tribunales Constitucionales austriaco, italiano y alemán.¹³¹

139. En resumen, podemos considerar que con escasas excepciones, casi todas provenientes del campo soviético, en los regímenes constitucionales de nuestra época predomina el principio de que corresponde a los jueces ordinarios o constitucionales establecer la interpretación definitiva de los preceptos de la Ley Fundamental, por constituir dicha interpretación

¹²⁹ Cfr. Paolo Biscaretti Di Ruffia, "Lineamenti generali dell'ordinamento costituzionale sovietico", en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1956, pp. 575 y ss. Id., "Le strutture organizzative e funzionali degli Stati Socialisti dell'Europa Centro Orientale", en la misma *Revista*, 1960, pp. 745 y ss. Giannini Amadeo, *Le Costituzioni delle "Repubbliche Popolari"* (Albania, Bulgaria, Ungheria), Milano, 1955. Mirkin Guetzevitch, *Les Constitutions Européennes*, París, 1951, tomo I, pp. 83 y ss.

¹³⁰ *Derecho constitucional soviético*, Moscú, 1959, p. 14.

¹³¹ Cfr. *Constitution of the Federal Republic of Yugoslavia*, Belgrad, 1963, pp. 84 y ss.

una de las atribuciones naturales de la función judicial, como ya lo habían previsto, desde fines del Siglo XVIII, los autores de la Constitución de los Estados Unidos.¹³²

140. Pero inclusive en los pocos países que no reconocen expresamente esta prerrogativa, ya sea por regirse por una Constitución de las llamadas flexibles, como Inglaterra,¹³³ o por confiar al mismo órgano legislativo la interpretación y control de la constitucionalidad de las leyes, como en los regímenes socialistas, los tribunales especialmente los supremos, tienen que realizarse forzosamente, por la naturaleza misma de sus funciones, una interpretación de las disposiciones legales aplicables que se adecue a los principios fundamentales establecidos en la Carta Constitucional, precisamente en virtud de que, como ya lo expresamos anteriormente, la interpretación es siempre integrativa, y esa integración debe inspirarse en los principios axiológicos de la Ley Fundamental.

141. Es por esto que Juan Francisco Linares habla de control de la constitucionalidad por medio de la interpretación judicial,¹³⁴ y desde ese punto de vista, al conformar el sentido de las leyes secundarias según los principios de la constitución, los jueces que pertenecen a los sistemas jurídicos que no reconocen una jurisdicción constitucional o la revisión judicial, realizan también una interpretación constitucional aun cuando no lo hagan con la amplitud y la plena conciencia que corresponde a los tribunales a quienes se les atribuye expresamente esa facultad.

142. En consecuencia, podemos afirmar que todos los jueces, cualquiera que sea su categoría, su denominación o la autoridad que se les reconozca, son en cierto sentido jueces constitucionales, ya que al aplicar las disposiciones legales a los casos concretos que se les sometan, tienen que crear la norma particular judicial de acuerdo con los principios de la Ley

¹³² Inclusive el Japón ha adoptado, por la influencia estadounidense, la revisión judicial, en su Ley Fundamental que entró en vigor en el año de 1947, Cfr. Kotaro Takana, "La democratización de la justicia japonesa", trad. de Salvador Laborde, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 10, abril-junio de 1953, pp. 269-270; Ollero, *El derecho constitucional de la postguerra*, cit., pp. 272-273.

¹³³ Sin embargo, en la autorizada opinión de García Pelayo, el Parlamento inglés no puede modificar por la vía ordinaria las disposiciones que regulan sus relaciones con los miembros de la comunidad británica, y que están consignadas fundamentalmente en el Estatuto de Westminster de 1931, *Derecho constitucional comparado*, cit., p. 277. Ver también el libro de Ivor Jennings, *The British Commonwealth of Nations*, London, 1961, pp. 190 y ss.

¹³⁴ *Control de constitucionalidad mediante interpretación*, cit., p. 3.

Fundamental, y si no están autorizados a desaplicar o anular las normas que consideran contrarias a la propia Constitución, de cualquier manera, al menos de un elevado porcentaje de casos, pueden y deben, de acuerdo con el principio casi universal de la supremacía constitucional, interpretar esas normas de manera que se adapten lo más posible a las directrices fundamentales de la Carta Suprema. Sólo las disposiciones, afortunadamente poco frecuentes, que pugnan de manera manifiesta con la Constitución, no obstante la función correctora, integradora y creativa de la interpretación, si no pueden ser desaplicadas o anuladas por el juzgador, porque carece de facultades para ello, tendrá que obedecerlas, produciéndose así una de las grandes tragedias de la función judicial, y de la cual nos ocuparemos más adelante: la lucha entre la lealtad a la ley y los imperativos de la conciencia.

143. Esto último es lo que hace tan necesaria la justicia constitucional, que es la que con verdadera eficacia puede armonizar todo el orden jurídico y adecuarlo totalmente a los postulados constitucionales, eliminando toda disposición que contradiga los principios de la Ley suprema, o sea, que si bien todos los jueces pueden ir creando un derecho judicial conformado de acuerdo con los principios de la Constitución, no todos ellos pueden defender el orden fundamental contra los posibles atentados de los otros órganos del poder.

144. Pero sea que los tribunales tengan encomendada la salvaguarda de la Ley Fundamental, o que sólo puedan ejercer un control limitado a través de la interpretación constitucional, de cualquier manera el juez termina por encontrarse frente a la Constitución, y es entonces cuando debe orientar su función con los ideales plasmados por el constituyente en las normas supremas de todo el orden jurídico.

145. Por ello resultan tan certeras las hermosas palabras del ilustre Eduardo J. Couture: "La Constitución vive en tanto se aplica por los jueces, cuando ellos desfallecen, ya no existe más."¹³⁵

¹³⁵ "Las garantías constitucionales del proceso civil", en el volumen *Estudios de derecho procesal en honor de Hugo Alsina*, Buenos Aires, 1946, p. 213.

VI. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y SU NATURALEZA JURÍDICA

146. No obstante que en el derecho norteamericano, según se ha visto, se establecieron las bases del proceso constitucional, al confiarse al poder judicial la facultad de conocer de la cuestión relativa a la conformidad de las leyes ordinarias con las disposiciones de la Carta Fundamental, en los Estados Unidos no se ha llegado a establecer una verdadera y propia jurisdicción contitucional,¹³⁶ en cuanto sus tribunales carecen de la función privativa de conocer del problema de la constitucionalidad de las leyes, ya que actúan en esta materia dentro de la esfera de sus atribuciones ordinarias, de manera que la cuestión de inconstitucionalidad se plantea de modo “incidental” en un proceso ordinario, y por lo tanto la sentencia respectiva se traduce únicamente en la desaplicación de la disposición que se estima contraria a la Constitución y siempre con efectos para el caso concreto en el cual surge la referida cuestión.

147. Tomando en cuenta las características anteriores, al realizar el estudio de los diversos sistemas del control de la constitucionalidad de las leyes, Calamandrei consideró que el sistema estadounidense constituye un “control judicial incidental y especial”.¹³⁷

148. Es cierto que existen algunos medios directos para plantear por vía de acción, y no incidentalmente, ciertos problemas de inconstitucionalidad, por conducto de los que se han calificado como *extraordinary legal remedies*, tales como los “writ” de *injunction*, *mandamus*, *habeas corpus*, etc.,¹³⁸ pero estos instrumentos procesales no tienen el carácter de recursos estrictamente constitucionales, en cuanto se utiliza para toda clase de controversias y no privativamente de carácter fundamental.¹³⁹

149. Por otra parte, ni siquiera la Suprema Corte de los Estados Unidos puede considerarse en estricto sentido como un Tribunal constitucio-

¹³⁶ Cfr. Alcalá-Zamora y Castillo, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, cit., pp. 206-207.

¹³⁷ *La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil*, trad. de Santiago Sentís Melendo, en el libro del propio autor, *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires, 1962, pp. 61 y ss.

¹³⁸ Cfr. Óscar Rabasa, *El derecho angloamericano*, México, 1944, pp. 638 y ss. “Las diferencias entre el juicio de amparo y los recursos constitucionales americanos”, en *Revista Mexicana de Derecho Público*, núm. IV, abril-junio de 1947, pp. 385 y ss.

¹³⁹ Cfr. Grant, *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes*, cit., p. 39, de Lucio Cabrera, y William C. Headrick, “Notas sobre la justicia constitucional en México y en los Estados Unidos”, en *Revista Jurídica Interamericana*, New Orleans, julio-diciembre de 1963, p. 242.

nal, en cuanto los problemas de esta naturaleza los conoce en su calidad de órgano judicial supremo en la esfera federal, y no en competencia privativa.¹⁴⁰

150. Por el contrario, el sistema europeo, representado principalmente por los Tribunales Constitucionales de Austria, Italia, Alemania Occidental y Yugoslavia, sí implica de manera clara y definida, la configuración de una jurisdicción constitucional en sentido propio, puesto que los problemas de inconstitucionalidad se encomiendan de manera directa a órganos que poseen esencialmente la facultad de decidir, de manera privativa y con efectos generales, sobre la conformidad o contradicción de las leyes secundarias y de los actos de autoridad con los principios de la Ley Suprema.

151. A este respecto, el propio Calamandrei expresaba que estos ordenamientos determinan la existencia de un control “autónomo, principal y general”.¹⁴¹

152. Estos dos grandes sistemas no se presentan en la práctica con todas las características señaladas, ya que inclusive el norteamericano carece de la relatividad estricta que se atribuye a sus sentencias, puesto que tanto por el principio del *stare decisis*, como fundamentalmente por el gran prestigio moral de la Suprema Corte, prácticamente las declaraciones de inconstitucionalidad, aunque sean pronunciadas en una controversia concreta, alcanzan efectos generales, en cuanto resulta excepcional que vuelva a aplicarse una disposición legal que dicho Tribunal Supremo haya considerado contrario a la Carta Federal.

153. Podemos citar también el ejemplo de nuestro juicio de amparo, que no obstante inspirarse en la revisión judicial de los Estados Unidos, se ha configurado como un proceso por vías de acción que se plantea exclusivamente ante los tribunales federales, los cuales por este motivo poseen un doble carácter: el de jueces ordinarios en materia federal, y el extraordinario de naturaleza constitucional por lo que se refiere al propio amparo, de manera que puede hablarse de una jurisdicción constitucional mexicana.¹⁴²

¹⁴⁰ Cfr. Charles Evans Hughes, *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, trad. de Roberto Molina Pasquel, y Vicente Herrero, México, 1946, pp. 46 y ss.

¹⁴¹ *La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil*, cit., pp. 62 y ss.

¹⁴² Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *El juicio de amparo*, cit., pp. 199 y ss.

154. En otros países de América Latina, además de la revisión judicial o al lado de ella, se ha configurado un proceso constitucional según los moldes europeos, pero sólo en cierto sentido, puesto que dicho instrumento procesal no se tramita ante un tribunal especial, sino que se atribuye a la Suprema Corte, como órgano supremo del poder judicial. En este sentido, podemos citar la acción popular contra las leyes inconstitucionales existente en Colombia,¹⁴³ Venezuela,¹⁴⁴ Panamá,¹⁴⁵ El Salvador,¹⁴⁶ y la provincia argentina del Chaco,¹⁴⁷ de acuerdo con la cual cualquier ciudadano puede acudir ante el Tribunal Supremo a denunciar la inconstitucionalidad de una ley secundaria, en la inteligencia de que la resolución estimatoria tiene efectos *ergo omnes*.

155. Se plantea, entonces, la interrogante relativa a si la jurisdicción constitucional es realmente una jurisdicción.

156. En relación con el sistema implantado en los Estados Unidos y los similares, como nuestro juicio de amparo, que sólo se traducen en la desaplicación del precepto que se considera inconstitucional en cada caso concreto, ya sea que la cuestión se haga valer en vía principal o incidental, no existe duda en cuanto al carácter judicial de la función que realizan los órganos encargados de resolver esta materia, ya que su actividad no se distingue ni formal ni materialmente, de la que realizan los jueces ordinarios, sin olvidar que asume aspectos peculiares en cuanto, como la afirmamos anteriormente, implica una interpretación y una integración autónoma, de carácter constitucional.

157. No ocurre lo mismo con las atribuciones conferidas tanto a los tribunales constitucionales especializados, como a aquellos otros que no

¹⁴³ Artículo 215 de la Constitución de 1886, reformada en 1910 y 1945, *Cfr.* Grant, "Estudio comparativo de los sistemas de control de la constitucionalidad de las leyes", en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, núm. 32, México, octubre-diciembre de 1946, pp. 121-130; Álvaro Copete Lizarralde, *Lecciones de derecho constitucional*, Bogotá, 1960, pp. 228 y ss.; Francisco de P. Pérez, *Derecho constitucional colombiano*, 5a., Ed., Bogotá, 1962, pp. 439 y ss.

¹⁴⁴ Artículo 133, fracción I, Constitución de 11 de abril de 1953, reproducido en el artículo 211, fracción III, de la Ley Fundamental de 23 de enero de 1961, actualmente en vigor, *Cfr.* José Guillermo Andueza, *La jurisdicción constitucional en el derecho venezolano*, Caracas, 1955, pp. 32 y ss.

¹⁴⁵ Artículo 167 de la Constitución de 10 de marzo de 1946, y 65 a 78 de la Ley sobre recursos constitucionales y de garantía, de 24 de octubre de 1956.

¹⁴⁶ Artículo 95 de la Constitución de 7 de septiembre de 1950, y 6 a 11 de la Ley de procedimientos constitucionales de 14 de enero de 1960.

¹⁴⁷ Artículo 9o. y 170, fracción I, inciso a), de la Constitución provincial. *Cfr.* Armando O. Silva, *Acción de inconstitucionalidad*, Resistencia, 1962, pp. 66-87.

obstante pertenecer a la jurisdicción ordinaria, pueden declarar la nulidad *erga omnes* de la disposición secundaria que se considera contraria a la Carta Fundamental.

158. Sobre el particular se ha originado entre los jurisconsultos italianos y los alemanes una polémica apasionante y apasionada, en cuanto a la verdadera naturaleza de la jurisdicción constitucional de sus respectivos países, pudiendo advertirse tres corrientes diversas:

159. La tesis de Kelsen, compartida en cierto medio por Calamandrei, quienes consideran que se trata de una función similar a la legislativa.

160. Los que afirman que se trata de una actividad jurisdiccional en estricto sentido, con la variante introducida por Cappelletti, y compartida hasta cierto punto por Carnelutti, en el sentido de que corresponde al campo de la jurisdicción voluntaria.

161. La corriente que ha adquirido recientemente bastante fuerza y que fue preconizada por Gaetano Azzariti, en su calidad de Presidente de la Corte Constitucional Italiana, en el sentido de que dicho organismo realiza una función autónoma diversa de las que ejercitan los otros tres poderes tradicionales del Estado.

162. En primer término, Kelsen ha afirmado que los tribunales constitucionales de carácter especial realizan las funciones de un *legislador negativo*, en cuanto la actividad que desarrollan se traduce, por los efectos generales de sus resoluciones, en la derogación de la disposición legal secundaria que se declara contraria a la Ley Suprema.¹⁴⁸

163. Por su parte, Calamandrei, apoyándose también en el efecto general de las resoluciones dictadas por la Corte Constitucional Italiana, afirmó que dicho órgano posee facultades *paralegislativas o superlegislativas*.¹⁴⁹

164. Un segundo criterio, que es el que cuenta con el mayor número de adeptos tanto en Italia como en Alemania Occidental, considera que la

¹⁴⁸ *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., p. 282. Considera este ilustre autor, que inclusive la inaplicabilidad de la ley para el caso concreto, en cierto sentido también puede considerarse como una actividad legislativa de carácter negativo.

¹⁴⁹ *La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil*, cit., pp. 84 y ss.

jurisdicción constitucional especializada es precisamente eso, jurisdicción; pero donde ya no existe acuerdo es en relación con la nota específica de esa actividad, pues en tanto la gran mayoría de los partidarios de esta corriente le atribuye una naturaleza contenciosa, un sector minoritario, pero integrado por jurisconsultos muy destacados, le confiere el carácter de jurisdicción voluntaria.

165. Los afiliados a la naturaleza estrictamente procesal, o sea, contenciosa, de la función realizada por los tribunales constitucionales, sostienen que la misma en nada difiere de la que efectúan los jueces ordinarios, ya que la generalidad de los efectos de la sentencia deriva de la naturaleza también general de la materia sometida al conocimiento de los citados tribunales, que no hacen otra cosa sino aplicar una norma más general, o la más general de todas, si se quiere, como lo es la constitucional, a otra menos general, o sea la disposición legal secundaria.

166. Podemos citar entre los partidarios de este punto de vista, entre otros, ya que la lista es muy extensa, a Eduardo Garbagnati;¹⁵⁰ Gian Galeazzo Stendardi,¹⁵¹ Pascuale Curci;¹⁵² Carlo Cereti;¹⁵³ Ferruccio Pergolesi;¹⁵⁴ Carlo Esposito;¹⁵⁵ Virgilio Andrioli;¹⁵⁶ Giancarlo Gianozzi;¹⁵⁷ Livio Paladin;¹⁵⁸ Franco Pierandrei;¹⁵⁹ y Otto Bachof.¹⁶⁰

167. Apartándose de la doctrina mayoritaria, y con argumentos penetrantes y atrayentes, el destacado jurista florentino Mauro Cappelletti ha

¹⁵⁰ "Sull'efficacia della decisione della Corte Costituzionale", en *Scritti giuridici in onore di Carnelutti*, Francesco, vol. IV, Padova, 1950, pp. 208 y ss.

¹⁵¹ *La Corte Costituzionale*, cit., pp. 110-111.

¹⁵² *La Corte Costituzionale*, cit., pp. 24-25.

¹⁵³ *Corso di diritto costituzionale italiano*, 4a. ed., Torino, 1955, pp. 454 y ss.

¹⁵⁴ *Diritto costituzionale*, 11a. ed., Padova, 1956, pp. 390 y ss.

¹⁵⁵ "Il controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi", *Atti del Congresso Internazionale di diritto processuale civile*, Padova, 1953, pp. 27 y ss.

¹⁵⁶ "Profili processuali del controllo giurisdizionale della leggi", en las citadas *Atti del Congresso internazionale di diritto processuale civile*, pp. 43 y ss.

¹⁵⁷ "Riflessioni in torno all'oggetto del processo costituzionale", en *Jus*, Milano, julio-diciembre de 1963, pp. 395 y ss.

¹⁵⁸ "Leggittimatà delle leggi nel processo costituzionale", en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, marzo de 1964, pp. 304 y ss.

¹⁵⁹ "La decisione degli organi della giustizia costituzionale", en su libro *Scritti di diritto costituzionale*, cit., vol. III, Torino, 1964, pp. 87 y ss.

¹⁶⁰ *Juez y Constitución*, cit., pp. 35 y ss.

sostenido con gran firmeza que la justicia constitucional debe encuadrarse dentro del campo de la *jurisdicción voluntaria*, ya que, en su concepto, el procedimiento ante la Corte Constitucional Italiana constituye una cuestión autónoma respecto del proceso común en el cual se origina, y por tanto, configura una verdadera prejudicialidad constitucional, en el que no existe una controversia, puesto que en ella no figura necesariamente sino una sola parte, o sea, la solicitante, en la inteligencia de que las resoluciones desestimatorias carecen no sólo de la autoridad de la cosa juzgada, sino inclusive de efectos puramente preclusivos.¹⁶¹

168. Por su parte, el ilustre Carnelutti coincide con Cappelletti en cuanto al carácter voluntario del que llama “proceso al legislador”, por estimar que tiene estrechos puntos de contacto con el proceso penal, que en su concepto corresponde también al campo de la jurisdicción voluntaria,¹⁶² y en la materia que examinamos considera que las resoluciones de la Corte Constitucional Italiana no adquieren la autoridad de cosa juzgada, sino que implican una simple autorización para que los jueces ordinarios desapliquen en los asuntos sometidos a su conocimiento, las disposiciones legales que la citada Corte ha declarado contrarias a la Ley Fundamental.¹⁶³

169. Otro distinguido tratadista italiano, Enrico Allorio, aunque al parecer se inclina por considerar que la función de los jueces constitucionales se aproxima a la del legislador, según el criterio ya expuesto de Calamandrei, sin embargo, sigue muy de cerca a Cappelletti, en cuanto considera que en el proceso constitucional no existen partes ni se configura una controversia, por lo que las resoluciones que se dictan en ese proceso no adquieren autoridad de cosa juzgada.¹⁶⁴

¹⁶¹ Dentro de la abundante producción de este tratadista sobre el tema, merecen destacarse: “La jurisdicción constitucional de la libertad”, cit., pp. 97 y ss. “La pregiudizialità costituzionale nel processo civile”, Milano, 1967, pp. 25 y ss. “Pronunce di rigetto nel processo costituzionale della libertà e cosa giudicata”, en *Rivista di diritto processuale*, Padova, 1956, I, pp. 135-166; “Il controllo di costituzionalità delle leggi nel quadro delle funzioni dello Stato”, en el volumen *Studi in onore di Guido Zanobini*, vol. III, Milano, 1962, pp. 112 y ss.

¹⁶² *Lecciones sobre el proceso penal*, trad. de Santiago Sentís Melendo, vol. I, Buenos Aires, 1950, pp. 155 y ss. “Contra la cosa juzgada penal”, en su libro *Cuestiones sobre el proceso penal*, trad. también de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1961, pp. 273-280.

¹⁶³ “Aspetti problematici del proceso al legislatore”, en *Rivista di diritto processuale*, Padova, 1959, pp. 10-13.

¹⁶⁴ “Nuevas reflexiones críticas en tema de jurisdicción y cosa juzgada”, en el libro del propio autor, *Problemas de derecho procesal*, tomo II, Buenos Aires, 1964, pp. 55 y ss.

170. La tercera corriente, cuyos lineamientos podemos atribuir al ameritado juriconsulto Gaetano Azzariti, en su calidad de Presidente de la Corte Constitucional Italiana, se hace consistir en que la jurisdicción constitucional, debido a los efectos generales de la sentencia y la anulación *erga omnes* del precepto tachado de inconstitucional, implica una actividad diversa de la judicial y de todas las demás del Estado, pues al lado de los tres poderes tradicionales ha surgido uno nuevo: el poder de control o de legitimidad constitucional.¹⁶⁵

171. Este criterio lo ha seguido también el distinguido tratadista y Juez de la citada Corte Constitucional Italiana, Nicola Jaeger, quien afirma que la propia Corte constituye un órgano constitucional de carácter supremo, titular de soberanía y continuador de la obra y de la voluntad del constituyente, siendo este punto de vista el que ha prevalecido en algunas de las decisiones del citado tribunal y en varios de sus ilustres integrantes.¹⁶⁶

172. En nuestra opinión las Cortes Constitucionales especializadas son verdaderos tribunales que realizan una función jurisdiccional, y el motivo por el cual ha existido y existe una polémica sobre este aspecto se debe a dos elementos novedosos, que posee dicha jurisdicción constitucional y que no se concilian totalmente con la concepción tradicional de la actividad jurisdiccional como exclusivamente aplicadora de las disposiciones abstractas de la ley a los casos concretos de la vida jurídica. Estos elementos son: la generalidad de los efectos de las sentencias constitucionales y la aparente falta de controversia entre partes determinadas.

173. Es preciso advertir, primeramente, que la generalidad de los efectos de los fallos constitucionales no afecta su carácter jurisdiccional, ya que ella depende, no de la esencia de la función, sino del grado de abstracción de las cuestiones sometidas al conocimiento de los jueces constitucionales, como ya se había puesto de relieve tratándose de las llamadas "sentencias colectivas" en materia laboral, que deciden un conflicto sobre las condiciones generales de trabajo y que, por lo mismo, tienen

¹⁶⁵ Discurso publicado en la *Revista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, 1957, pp. 1443 y ss., y su artículo intitulado "Sulla illegittimità costituzionale delle leggi", en la misma *Revista*, 1959, pp. 437-450.

¹⁶⁶ "La Corte Costituzionale nei primi tre anni della sua attività", en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, septiembre de 1958, pp. 773 y ss. "Sui limiti di efficacia delle decisioni della Corte Costituzionale", en *Rivista di diritto processuale*, Padova, 1958, pp. 372-373.

efectos sobre todos los que deben sujetarse a dichas condiciones, aunque no hubiesen intervenido directamente en el litigio.¹⁶⁷

174. Podemos citar como ejemplo de tales sentencias colectivas en nuestro derecho laboral, las dictadas en el procedimiento establecido por los artículos 570 a 583 de la Ley Federal del Trabajo, para la resolución de los llamados “conflictos económicos”, que son siempre colectivos, de manera que las Juntas de Conciliación y Arbitraje al decidir esta clase de controversias están facultadas para cambiar las condiciones generales de trabajo en una negociación o grupo de negociaciones, de acuerdo con los resultados que arroje la tramitación y sin alterar las condiciones mínimas establecidas en la ley (artículo 576).¹⁶⁸

175. La verdadera naturaleza de la jurisdicción no debe buscarse en los efectos de la sentencia, sino en la estructura misma de la actividad que realizan los jueces constitucionales; tal como lo hacen Cappelletti¹⁶⁹ y Carnelutti,¹⁷⁰ en cuanto ese proceso, con independencia de las modalidades adoptadas por los constituyentes respectivos, es siempre un *proceso a base de acción*, ya que tanto el *sindacato costituzionale* italiano como la *Verfassungsbeschwerde* alemana, implican que la Corte Constitucional respectiva no puede actuar oficialmente, sino que sólo puede intervenir cuando se lo soliciten las personas jurídicas legitimadas por la ley respectiva y, además, debe limitarse a decir sobre la cuestión determinada que le ha sido planteada y no en forma discrecional sobre las materias que estime convenientes.

176. Ya el mismo Calamandrei, no obstante su postura favorable a la naturaleza legislativa de la justicia constitucional, reconoció que existe una diferencia sustancial entre ésta y la función que realiza el legislador, ya que “mientras los órganos legislativos obran libremente, bajo el impulso de la

¹⁶⁷ Eduardo J. Couture, “Algunas nociones fundamentales del derecho procesal del trabajo”, en su obra *Estudios de derecho procesal civil*, tomo I, Buenos Aires, 1948, pp. 271 y ss.; Juan D. Ramírez Gronda, *Los conflictos del trabajo*, Buenos Aires, 1942, pp. 25 y ss.; Ernesto Krotoschin, *Tendencias actuales en el derecho del trabajo*, Buenos Aires, 1959, pp. 185 y ss.; Francesco Carnelutti, *Aspetti problematici del processo al legislatore*, cit., pp. 6-8.

¹⁶⁸ Cfr. Mario de la Cueva, *Derecho mexicano del trabajo*, tomo II, México, 1949, pp. 748 y ss.; Euquerio Guerrero, *Manual de derecho del trabajo*, 2a. ed., México, 1963, pp. 401 y ss.; Armando Porras López, *Derecho procesal del trabajo*, Puebla, 1956, pp. 315 y ss.; Gustavo Naranjo Granada, “La intervención en los conflictos económicos”, en el volumen *X aniversario de la generación de abogados 1948-1953*, Universidad de Guadalajara, cit., pp. 51 y ss.

¹⁶⁹ *Il controllo di costituzionalità delle leggi nel quadro delle funzioni dello Stato*, cit., pp. 86 y ss.

¹⁷⁰ *Aspetti problematici del processo al legislatore*, cit., pp. 6-8.

sola oportunidad política, que los induce a abrogar una ley vieja para sustituirla por una ley nueva considerada mejor, la Corte Constitucional anula la ley no al objeto de sustituirla por una considerada políticamente más conveniente, sino tan sólo porque la misma está en contraste con una norma constitucional que debe ser hecha respetar; esto es, en principio, por un motivo *puramente jurídico* ...”¹⁷¹

177. Un razonamiento semejante es expresado por Canelutti, al sostener que los órganos legislativos pueden actuar en forma similar a los jueces constitucionales cuando derogan una ley que consideran contraria a la Constitución, pero la diferencia radica en que pueden hacerlo sin ser provocados por quien tiene interés, o puede abstenerse de actuar no obstante la petición respectiva.¹⁷²

178. Otro aspecto que debemos tomar en consideración es el carácter imparcial del juez constitucional en relación con la cuestión constitucional que se le plantea, sea que es un tercero respecto al problema de constitucionalidad que debe decidir,¹⁷³ imparcialidad de la cual carece el legislador, puesto que este último, aun en el supuesto de que conozca de una cuestión similar, decide sobre la conformidad de su propia conducta, es decir, de las disposiciones que ha creado, respecto de los principios establecidos por la Ley Fundamental; esto es, viene a ser juez y parte en la decisión correspondiente.

179. Finalmente, aun cuando los argumentos de juristas tan ameritados como Canelutti y Cappelletti son extremadamente sugestivos, no podemos aceptarlos, en virtud de que se oponen a nuestra convicción de que la llamada jurisdicción voluntaria, en realidad carece de naturaleza jurisdiccional,¹⁷⁴ ya que no implica la decisión de una controversia jurídica por un tercero imparcial, que situado por encima de las partes conozca de pretensiones contrapuestas, sino que constituye una actividad que sólo por razones de seguridad jurídica se otorga a los tribunales,¹⁷⁵ pero que única-

¹⁷¹ *La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil*, cit., p. 85.

¹⁷² *Aspetti problematici del processo al legislatore*, cit., p. 8.

¹⁷³ *Il controllo di costituzionalità delle leggi nel quadro delle funzioni dello Stato*, cit., pp. 12 y ss.

¹⁷⁴ Cfr. Alcalá-Zamora y Castillo, “Premisas para determinar la índole de la llamada jurisdicción voluntaria”, en *Revista de derecho procesal*, Buenos Aires, 1949, 1a. parte, pp. 336 y ss. *Examen crítico del Código de Procedimientos Civiles de Chihuahua*, Chihuahua, 1959, pp. 182 y ss.

¹⁷⁵ Cfr. Fix-Zamudio, “Breves reflexiones sobre la reglamentación de la jurisdicción voluntaria en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales, de 30 de agosto de

mente tiende a otorgar eficacia a determinados actos o situaciones de acuerdo con la solicitud de los participantes.

180. Por otra parte, con independencia de la forma en que pueda plantearse la cuestión de inconstitucionalidad —sea en un proceso ordinario o directamente ante el Tribunal Constitucional respectivo—, de cualquier manera se configura una controversia entre dos esferas opuestas de intereses jurídicos, pues, si bien es verdad que no siempre existe un litigio en el sentido carneltuttiano (que además la otorga un sentido privatista), es decir, un conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y la resistencia del otro,¹⁷⁶ necesariamente se enfrentarán a dos categorías de intereses jurídicos: por un lado, la pretensión de la persona jurídica, individual o colectiva, que sostiene la inconstitucionalidad de una disposición legal secundaria, y por el otro, el mismo legislador, que tiene el interés contrario aun cuando no intervenga activamente en la defensa del precepto combatido.¹⁷⁷

181. En tales condiciones, el juez constitucional debe resolver esta contradicción de intereses, de la misma manera que decide un litigio ordinario, es decir, examinando el pro y el contra de la cuestión de constitucionalidad, sin que desaparezca la situación controvertida por la circunstancia de que en ocasiones no participe activamente el órgano que tiene a su cargo la defensa de la ley, ya que de todas formas el juzgador debe tomar en consideración los intereses del legislador; con independencia de que, en un gran número de casos, existen interesados en sostener la constitucionalidad del ordenamiento controvertido, en virtud de que resultan beneficiados por el mismo.

182. En consecuencia, podemos concluir en el sentido de que la actividad que realizan los jueces constitucionales, inclusive aquella encomendada a tribunales especiales, cuyas resoluciones poseen efectos generales, tiene carácter jurisdiccional y, por lo tanto, que tales jueces y

1932", en *El Foro*, 4a. época, núm. 40, México, enero-marzo de 1963, p. 45: "Por jurisdicción voluntaria entendemos un conjunto de procedimientos a través de los cuales se solicita de una autoridad judicial, que fiscalice, verifique o constituya una situación jurídica de trascendencia social en beneficio del o de los participantes, situación que se mantiene en tanto no cambian las circunstancias del negocio que les dio origen y mientras no surja una cuestión litigiosa o controvertida."

¹⁷⁶ *Sistema de derecho procesal civil*, cit., tomo I, p. 44.

¹⁷⁷ *Cfr. Fix-Zamudio, Breves reflexiones sobre ... Jurisdicción Voluntaria*, cit., p. 30.

tribunales deben considerarse integrantes del poder judicial; así lo establece expresamente la Ley Fundamental de la República Federal Alemana en su artículo 92, y si bien la Constitución Italiana de 1948 reglamenta a la Corte Constitucional en un capítulo diverso al correspondiente a la magistratura, esto no altera su naturaleza jurídica, pues, además de que el nombre mismo del órgano indica su conformación judicial, desde el punto de vista material debe considerarse también como jurisdiccional, aunque en cierto modo independiente de los tribunales ordinarios, con los cuales, por otra parte, debe guardar las relaciones más estrechas, ya que sólo en estos últimos puede plantearse la cuestión de inconstitucionalidad de las leyes, constituyendo la puerta de entrada al tribunal constitucional.¹⁷⁸

VII. LÓGICA Y SENTIMIENTO EN EL JUEZ CONSTITUCIONAL

183. Al hablar de la función creativa de la interpretación judicial, expresamos nuestra convicción en el sentido de que la norma individual construida por el juzgador al aplicar la disposición legal a los casos concretos de la experiencia jurídica, debía constituir el resultado de la lógica y del sentimiento, de la ciencia y de la conciencia del juez.

184. Aplicando estos conceptos a la justicia constitucional, podemos observar que la reflexión del juez constitucional está impregnada, como en ninguna otra materia, de un contenido axiológico fundamental, ya que tiene que orientar su decisión según los principios de la Constitución.

185. Cuando hablamos de juez constitucional, nos referimos no sólo al que forma parte de los tribunales especializados, y que Carnelutti califica gráficamente como “super-juez”,¹⁷⁹ sino también a aquel que pertenece a la magistratura ordinaria o a un sector de la misma (como nuestros jueces federales en materia de amparo), pero que está investido de la facultad de desaplicar las disposiciones legales que estimen contrarias a la Ley Suprema.

¹⁷⁸ Cfr. Calamandrei, *Corte Constitucional y autoridad judicial*, cit., pp. 122 y ss., en la trad. de Sentís Melendo, donde sostiene que a la autoridad judicial corresponde exclusivamente calificar sobre la relevancia o fundamento de la cuestión de constitucionalidad, y sólo en caso positivo, el asunto puede tramitarse ante la Corte Constitucional.

¹⁷⁹ *Aspetti problematici del processo a legislatore*, cit., pp. 5-6.

186. Al describir las disposiciones constitucionales, expresamos que no todas tienen la misma naturaleza, no obstante estar consignadas en el mismo documento fundamental, ya que algunas de ellas, generalmente insertadas en la parte llamada “dogmática de la Carta Fundamental,¹⁸⁰ contienen los principios esenciales de todo el ordenamiento jurídico, por lo que la doctrina las ha llamado “disposiciones de principio”, siendo las que sirven de apoyo y fundamento a todas las disposiciones legales secundarias; y dentro de tales disposiciones de principio, se encuentran algunas otras normas aún más abstractas, en cuanto significan el establecimiento de un programa, de una orientación que deben seguir los órganos del poder para perfeccionar la realidad social, de donde su denominación de normas *programáticas*, a las que nos hemos referido con anterioridad.

187. Ahora bien, como lo sostiene acertadamente el distinguido tratadista mexicano Preciado Hernández, todo precepto jurídico es un juicio de valor de carácter imperativo, en el cual una relación de medio a fin, debido a la relación de necesidad moral que representa,¹⁸¹ y este aspecto axiológico se acrecienta notablemente en las citadas disposiciones de principio de carácter constitucional, ya que en ellas el Constituyente originario o permanente ha plasmado los valores superiores de acuerdo con los cuales debe estructurarse todo el sistema jurídico, toda la pirámide jurídica de un país.

188. Desde un punto de vista lógico-normativo, las citadas disposiciones constitucionales conforman una “superlegalidad”, pero además, en cuanto a su contenido, implican una “supervaloración” jurídica cuya custodia se confía a todas las autoridades, e inclusive a los ciudadanos, aunque la última palabra corresponda al juez constitucional, a quien se le confiere la delicadísima misión de salvaguardar el orden axiológico supremo de la Constitución.

189. Este principio lo encontramos claramente expresado en los artículos 214 y 167, respectivamente, de las Leyes Fundamentales de Colombia y de Panamá, cuando declaran: “A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución.”

¹⁸⁰ Cfr. Legaz Lacambra, *Filosofía del derecho*, cit., pp. 430 y ss., sostiene que toda Constitución contiene una parte dogmática en la que están contenidos los principios generales del derecho que se quiere realizar.

¹⁸¹ *Lecciones de filosofía del derecho*, cit., pp. 79-80.

190. El grado superior de abstracción de las normas constitucionales, especialmente las disposiciones de principio, y la proyección sobre el futuro que poseen las llamadas programáticas, se traduce necesariamente en un amplio margen de discrecionalidad para el juez constitucional, que le permite matizar su decisión con los principios de estimativa jurídica, sin que por ello esté autorizado para abandonar las reglas de la lógica jurídica, indispensables para otorgar estructura formal a esos juicios de valor.¹⁸²

191. Es, pues en el campo de la justicia constitucional, por la naturaleza misma de las normas fundamentales, que el juez posee una gran libertad de conciencia; es decir, de elección, en virtud del marco amplísimo de las disposiciones de principio, lo cual significa un gran poder (y una gran responsabilidad) para conformar y modelar, a través de la interpretación, todo el orden jurídico secundario, de acuerdo con los principios axiológicos supremos establecidos por la Ley Fundamental. Por este motivo, todo juez constitucional, aunque no integre un tribunal especializado, es en cierta forma un “super-juez”, lo que no ha dejado de alarmar a algunos juristas contemporáneos.¹⁸³

192. Al carácter de suprema abstracción de las disposiciones constitucionales y sus orientaciones axiológicas, debe agregarse, como una circunstancia que contribuye a reforzar el sector estimativo de la reflexión judicial, el hecho señalado agudamente por el distinguido jurista alemán Otto Bachof, en el sentido de que la función legislativa ha ido perdiendo su sentido clásico de productora de reglas generales y abstractas del comportamiento humano, ya que la ley, en términos generales y debido a las crecientes necesidades de justicia social, se ha convertido en un medio para la realización de cambiantes fines políticos, además de que la gran carga que soportan los Parlamentos contemporáneos, por el excesivo número de disposiciones legales que tienen que estudiar y expedir, ha hecho preciso una revisión posterior de toda esa legislación apresurada y variable, por un órgano que posea la serenidad y la técnica necesarias, para vigilar su conformidad con la Constitución.¹⁸⁴

¹⁸² Recuérdese que en el concepto acertado de Klug, toda sentencia o juicio jurídico tienen que constituirse de acuerdo con las leyes de la lógica. *Lógica jurídica*, cit., p. 23.

¹⁸³ Tanto Bachof, *Juez y Constitución*, cit., pp. 11 y ss., como Cappelletti, “L’attività e i poteri del giudice costituzionale in rapporto con il loro fine generico (Natura tendenzialmente discrezionale del provvedimento di attuazione della norma costituzionale)”, sobretiro de los *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, Padova, 1957, pp. 16 y ss., nos habla de toda una corriente jurídico-política contraria a la justicia constitucional.

¹⁸⁴ *Juez y Constitución*, cit., pp. 41 y ss.

193. El ameritado jurisconsulto italiano Mauro Capelletti ha elaborado una importante doctrina sobre esta función predominantemente axiológica y creativa de la justicia constitucional, afirmando con razones muy profundas que los jueces constitucionales poseen una gran potestad de elección, ya que, sin abandonar el razonamiento lógico, solamente se encuentran vinculados por los fines que la norma constitucional hubiese predeterminado; es decir, que únicamente están sometidos a los valores establecidos por las disposiciones fundamentales, y por ello concluye en el sentido de que los jueces constitucionales tienen facultades tendencial y acertadamente discrecionales, pues la función interpretativa que realizan constituye una interpretación *ad finem*, de acuerdo con el método que con gran penetración, califica de teleológico.¹⁸⁵

194. Las facultades discrecionales del juez constitucional no significan que actúe como juez de conciencia (llamado también, de equidad), sino que, por el contrario, está sujeto a los lineamientos amplísimos, pero al fin y al cabo limitaciones, trazados por el constituyente. “El juez —nos dice el ilustre Cardoso— ni aun cuando es libre, es completamente libre. Él no puede innovar a gusto y placer. No es un caballero errante que va de un lado a otro a voluntad, en procura de su propio ideal de belleza y bondad, él debe sacar su inspiración de principios consagrados. No puede ceder a sentimientos espasmódicos, a una benevolencia vaga y sin reglas. Debe ejercitar una discreción informada por la tradición, metodizada por la analogía, disciplinada por un sistema y subordinada a ‘la necesidad primordial del orden en la vida social’ (Geny).”¹⁸⁶

195. Lo que ocurre es que se ha llegado a confundir, inclusive por tratadistas tan distinguidos como Carnelutti y Pierandrei, las facultades discrecionales del juez constitucional con la llamada “justicia de equidad” (en rigor, justicia en conciencia), ya que el primero de dichos autores sostiene que las resoluciones “dispositivas”, o sea, aquellas que crean disposiciones jurídicas, sólo pueden ser pronunciadas por las jurisdicciones

¹⁸⁵ *L'attività e i poteri del giudice costituzionale ...* cit., pp. 56 y ss. En contra, Pierandrei, quien considera, que en términos generales las decisiones de los jueces constitucionales no pueden ser sino puramente declarativas de un derecho ya preexistente, pues si se dotara a los referidos juzgadores de facultades discrecionales, interferirían en la esfera de libre determinación de los órganos y entidades supremas, “Le decisione degli organi della giustizia costituzionale (natura, efficacia, esecuzione)”, en su libro *Scritti di Diritto costituzionale*, vol. III. Torino, 1964, pp. 97 y ss.

¹⁸⁶ *Naturaleza de la función judicial*, cit., pp. 113.

de equidad, en tanto que las sentencias provenientes de los jueces de derecho son “declarativas”, puesto que se limitan a declarar un derecho preexistente,¹⁸⁷ y esta misma opinión parece compartirla el segundo de los mencionados jurisconsultos.¹⁸⁸

196. Esta incertidumbre acerca del alcance de la equidad proviene de la diversidad de significados que se le han atribuido, y que también varían según se le considere en el campo del derecho angloamericano (*equity*) o dentro del terreno jurídico continental. En efecto, la “equity”, que en un principio constituyó una especie de derecho libre, aplicado en conciencia, se fue transformando en una serie de reglas jurídicas, tan rígidas y estrictas como el mismo “common law”, e inclusive tanto ambos sistemas como los tribunales respectivos se han unificado casi en su totalidad.¹⁸⁹

197. Las jurisdicciones de equidad en el sistema de derecho escrito o continental han sido definidas magistralmente por Calamandrei, como aquellas que se establecen transitoriamente durante los periodos revolucionarios o de rápidas transformaciones de la vida jurídica, para conformar nuevas normas jurídicas requeridas por las necesidades de la conveniencia social, aunque estas normas jurídicas se van cristalizando en disposiciones legales, y de justicia en conciencia se transforma en legal.¹⁹⁰

198. En realidad, no consideramos estrictamente justificado enfrentar tribunales de derecho y tribunales de equidad, pues con esta última expresión se quiere significar, según se ha visto, la existencia de una jurisdicción que está facultada, al menos hasta cierto punto, a decidir en conciencia; pero la equidad corresponde a toda clase de juzgadores, pues como lo ha puesto de relieve el jurista mexicano García Máynez, si bien es cierto que la equidad opera con mayor fuerza en el caso de lagunas de la ley, en realidad su función correctora, en el sentido aristotélico, se presta aun en los casos previstos por el legislador, ya que las hipótesis abstractas de la ley deben individualizarse de acuerdo con la naturaleza de las cosas (o de los casos), concluyendo dicho autor en el sentido de que: “atender a

¹⁸⁷ *Sistema de derecho procesal civil*, cit., tomo I, pp. 157 y ss.

¹⁸⁸ *Le decisioni degli organi della giustizia costituzionale*, cit., pp. 92 y ss.

¹⁸⁹ Cfr. Óscar Rabasa, *Derecho angloamericano*, México, 1944, pp. 136 y ss. Rodolfo Bledel, *Introducción al estudio del derecho público anglosajón*, Buenos Aires, 1947, pp. 32 y ss.

¹⁹⁰ “El significado constitucional de las jurisdicciones de equidad”, en el libro *Estudios sobre el proceso civil*, trad. de Santiago Sentís Melendo, reimpresión, Buenos Aires, 1961, pp. 100 y ss.

la naturaleza del caso singular y resolverlo equitativamente, es para nosotros lo mismo ...”¹⁹¹

199. Esta misma situación es caracterizada por Castán Tobefías, cuando habla de la “equidad interpretativa”, que se suele presentar en la práctica no como aplicación propia de un ministerio de equidad, sino como embebida en la interpretación racional lógica, o teleológica, ya que no se puede prescindir de la equidad entre los medios por los cuales se ha de indagar el verdadero contenido de la ley.¹⁹²

200. El mismo Carnelutti, sin abandonar sus anteriores puntos de vista, reconoce que la equidad o legalidad en el proceso constitucional constituye cuestión de medida, pues aún cuando el juez constitucional se encuentre vinculado, es libre para moverse dentro de los límites de la norma, cuando ésta admita varios significados.¹⁹³

201. Tomando en cuenta lo anterior, podemos concluir sosteniendo que, en principio, las resoluciones provenientes de la justicia constitucional, son tanto “declarativas”, en cuanto declaran los valores supremos de la Constitución, como “dispositivas”, en virtud de que conforman las normas particulares que el propio Carnelutti llama de “mediación”,¹⁹⁴ puesto que sirven para establecer un puente entre los lineamientos de principios trazados por el constituyente, y los menos generales con los cuales el legislador ha tratado de realizar esos principios, de acuerdo con las necesidades sociales que los preceptos legales pretenden regular.¹⁹⁵

202. Esto, desde del ángulo de la conciencia del juzgador; pero observando la justicia constitucional en su aspecto de lógica jurídica, notamos también determinadas peculiaridades, que si no le separan, sí la distinguen de la función jurisdiccional ordinaria. El propio García Máynez afirma certeramente, en cuanto a la actividad judicial común, que el elemento

¹⁹¹ *Lógica del raciocinio jurídico*, cit., pp. 88 y ss.

¹⁹² *La formulación judicial del derecho*, cit., p. 104.

¹⁹³ *Aspetti problematici del processo al legislatore*, cit., pp. 11-13.

¹⁹⁴ “In tema de interpretazione ed applicazione della legge”, en *Revista di diritto processuale*, Padova, 1958, pp. 25-26.

¹⁹⁵ A este respecto, el distinguido tratadista Recaséns Siches sostiene, en términos generales, que para que una norma general puede ser aplicada a unas relaciones sociales es necesario tejer un puente entre la generalidad de la norma y la particularidad del caso concreto. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, cit., p. 209.

lógico consiste en la reconstrucción del silogismo practicado por el legislador, al derivar de una norma o principio jurídico de mayor generalidad la conclusión constituida por la norma objeto de la labor hermenéutica; pero el establecimiento de la premisa mayor no es cuestión puramente lógica, sino fundamentalmente axiológica ya que la regla o el principio que sirvieron de base a la inferencia legislativa, pudieron formular de manera indeterminada ciertas exigencias de las que el mismo legislador obtuvo, por vía de determinación, el contenido de la norma menos amplia.¹⁹⁶

203. Ahora bien, ese silogismo judicial adquiere una mayor complicación en la materia constitucional, ya que como ha puesto de relieve Pierandrei, el juez constitucional tiene que realizar una doble interpretación normativa, puesto que por un lado debe interpretar la disposición legal ordinaria que se tacha de contraria a la Carta Fundamental, y también debe desentrañar el alcance y la proyección del precepto constitucional relativo, de manera que pueda constatar si la norma secundaria se encuentra dentro de la esfera valorativa de las disposiciones fundamentales; en la inteligencia de que en la realidad ambas interpretaciones no pueden separarse, sino que deben apreciarse de manera unitaria, pues sólo pueden dividirse conceptualmente.¹⁹⁷

204. Esta doble interpretación resulta indispensable, ya que, de acuerdo con un principio esencial de la hermenéutica constitucional, la inconstitucionalidad de una disposición legal sólo puede declararse a través de la jurisdicción constitucional cuando, no obstante la función correctora de la interpretación, no es posible adecuarla al orden valorativo de la Carta Suprema, pues, como lo expresa Linares Quintana, siempre debe preferirse la interpretación que armonice, de tal manera que los actos públicos (y entre ellos las leyes secundarias) se presumen constitucionales en tanto que mediante una interpretación razonable de la Constitución (y de los preceptos ordinarios) puedan ser armonizados con ésta.¹⁹⁸

205. A este respecto, debemos referirnos nuevamente a Carnelutti, quien sostiene que la premisa mayor del silogismo decisorio de carácter constitucional, está compuesta por la supernorma o superley constitucio-

¹⁹⁶ *Lógica del raciocinio jurídico*, cit., pp. 31-32.

¹⁹⁷ "L'interpretazione della norme costituzionali in Italia", cit., pp. 661 y ss.

¹⁹⁸ *La interpretación constitucional*, cit., p. 3.

nal, y que la premisa menor se integra con la disposición legal secundaria (o el acto de autoridad), que vale como hecho o como acto.¹⁹⁹

206. En el silogismo judicial ordinario, estimado en abstracto —ya que en la práctica la operación lógica es a veces muy complicada,²⁰⁰ la premisa mayor, cuyo establecimiento es de carácter axiológico, está constituido por una disposición normativa abstracta —o con mayor precisión, por el resultado de su interpretación— y la premisa menor por el caso concreto (que también debe interpretarse),²⁰¹ y que se obtiene por inferencia lógica.

207. En el razonamiento constitucional, por su parte, las dos premisas están integradas por normas (cuando no se trata, excepcionalmente, del control constitucional de actos de autoridad) de las cuales la mayor contiene uno o varios principios de carácter supremo y de mayor generalidad, cuya interpretación constituye una clara operación de estimativa jurídica y, la menor, la disposición o disposiciones secundarias, que tienen menor generalidad y que deben ser previamente interpretadas, a través de una actividad que en último extremo también es axiológica; pero esta doble interpretación se funde en una sola, con el objeto de establecer la posible armonización del orden valorativo supremo de la Carta Fundamental, con la significación “razonable” de los preceptos secundarios; y todavía, es necesario analizar la situación social a la cual pretenden aplicar las normas secundarias, ya que como lo han puesto de relieve las escuelas jurídicas estadounidenses de nuestros días, en la interpretación de la ley (y con mayor razón de la Constitución) no puede olvidarse su trascendencia social, su relieve sociológico.²⁰²

208. En consecuencia, podemos afirmar que la actividad que debe desarrollar el juez constitucional posee aspectos peculiares si la comparamos con la del juzgador común, tanto en relación a su conciencia valorativa, como respecto a la estructura lógica, ya que en primer término implica una doble labor interpretativa para armonizar y adaptar los preceptos fundamentales y los preceptos secundarios a las situaciones jurídicas, políticas y sociales imperantes en el momento histórico de su aplicación; con la consecuencia extremadamente delicada que se traduce en la desa-

¹⁹⁹ *Aspetti problematici del processo al legislatore*, cit., pp. 11-13.

²⁰⁰ *Cfr. García Máynez, Lógica del raciocinio jurídico*, cit., pp. 126 y ss.

²⁰¹ *Cfr. Recaséns Siches, Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, cit., pp. 229 y ss.

²⁰² *Cfr. Puig Brutau, La jurisprudencia como fuente del derecho*, cit., pp. 56 y ss.

plicación para el caso concreto o en la nulidad con efectos generales, según el sistema jurídico imperante, de la norma o normas secundarias, que no obstante la función depuradora y correcta de la interpretación, pugnan con el orden axiológico fundamentales de la Constitución.

209. La función jurisdiccional ha adquirido, por virtud la creciente tendencia hacia el establecimiento de una verdadera justicia constitucional, una dignidad y una fuerza moral extraordinaria, que justifican la denominación del Poder Judicial —artificial durante tantos años— y nos reafirman en nuestra convicción de que el juez ha llegado a constituir la figura central del derecho.

210. Esta afirmación no significa en modo alguno que seamos partidarios de una dictadura judicial o de un gobierno de los jueces, ya que el poder entregado al juzgador no es ni debe transformarse en fuerza material o en instrumento de predominio político.

211 Existe, desde luego, el riesgo de la arbitrariedad judicial, allí donde no se establezca un sistema adecuado de selección de los jueces, combinado con un régimen severo de responsabilidad oficial, pero no compartimos el temor que experimentan algunos autores contemporáneos, respecto a un posible desequilibrio de poderes, en cuanto el juez constitucional no puede actuar por razones de oportunidad, sino a instancia de parte; no puede resolver a su voluntad, sino dentro de los límites de la cuestión debatida; y sus fallos no pueden ejecutarse por la simple fuerza material, sino que su verdadero poder de cumplimiento reside en el convencimiento moral que contenga.²⁰³

212. La justicia constitucional rectamente entendida constituye uno de los instrumentos más adecuados para llegar a la conformación de un verdadero “Estado de Justicia”, entendido, según lo aprecia Giacomo Perticone, como el Estado de Derecho en el cual la mera legalidad formal puede ser sustituida o acompañada de consideraciones sobre el contenido, apoyadas no en los valores de individuo aislado, sino en los de la persona asociada, los cuales puedan constituirse en un orden basado en la solidaridad.²⁰⁴

²⁰³ Cfr. Bachof, *Jueces y Constitución*, cit., p. 51.

²⁰⁴ “Stato di Diritto e Stato di Giustizia”, en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, Milano, enero-febrero de 1963, p. 129.

VIII. CONCLUSIONES

213. *Primera.* La figura del juez, que a partir de la Revolución Francesa y de acuerdo con la concepción del Barón de Montesquieu, se consideraba como la boca que pronunciaba las palabras de la ley, sin facultades para atenuar o modificar su rigor, se ha ido transformando lentamente en un personaje activo, dinámico, cuya actividad no es ya simplemente mecánica, sino por el contrario, ha crecido en importancia hasta llegar a convertirse en la figura central del derecho, ya que como lo afirma Carnelutti, un ordenamiento jurídico se puede pensar sin leyes, pero no sin jueces.

214. *Segunda.* Una de las razones fundamentales por las cuales se consideraba que la función jurisdiccional era simplemente pasiva y mecánica, radicaba en la superación, sostenida radicalmente por la escuela de la exégesis, entre la interpretación y la aplicación del derecho, no obstante que se ha advertido que ambas operaciones son inseparables, y que la aplicación supone previamente la interpretación, ya que esta última debe utilizarse no sólo cuando existe oscuridad en la ley, sino en todos los casos en que se pretenda aplicar una disposición jurídica a una cuestión concreta, ya que es preciso desentrañar primeramente el sentido y el alcance de la norma respectiva.

215. Un paso adelante ha consistido en unir las dos operaciones anteriores a la integración, que anteriormente también se consideraba que sólo podía funcionar en el caso de las llamadas “lagunas de la ley” —en realidad, casos no previstos—, puesto que un fuerte sector de la doctrina ha llegado al convencimiento de que toda interpretación es integrativa, de manera que la función jurisdiccional, aun en el supuesto de los casos previstos por el legislador, y naturalmente, con mayor fuerza tratándose de lagunas, se compondría de tres etapas inseparables: primero la interpretación para lograr el pleno conocimiento del mandato jurídico; en segundo lugar, la aplicación del imperativo normativo al caso concreto y, finalmente, como consecuencia de esa aplicación, la actividad integrativa, o sea, la creación de una disposición jurídica particular, de acuerdo con las modalidades del caso concreto.

216. Utilizando la terminología carneluttiana, pero en diverso sentido, podemos afirmar que la integración puede dividirse en dos sectores: la *autointegración*, que se presenta precisamente cuando la creación

de la norma judicial se produce de acuerdo con las direcciones trazadas por el legislador, en tanto que la *hetero-integración* funcionaría en los casos no previstos, comprendiendo tanto los elementos internos de que habla Carnelutti, como todos los que este ameritado autor considera como externos al ordenamiento, pero que en realidad vienen a incorporarse al mismo por virtud del principio de la plenitud del orden jurídico.

217. *Tercera.* En la actividad del juzgador se encuentran combinados dos aspectos imprescindibles: el relativo a las formas lógicas, que rigen el aspecto externo o formal del raciocinio judicial, y el contenido de carácter axiológico de la propia reflexión, aspectos que se suelen comprender en la fórmula según la cual, la sentencia debe ser el resultado de la “ciencia y la conciencia del juez”.

218. El juez tiene que lograr un equilibrio de los principios de la lógica con los de la estimativa jurídica, entre la forma racional y el contenido axiológico, y no se puede prescindir de ninguno de estos aspectos, si se pretende alcanzar la serena imparcialidad en la cual radica la verdadera grandeza de su función.

219. Sin embargo, la relación entre ambos elementos no es matemática, sino que varía de acuerdo con el margen que el mismo legislador concede a los tribunales, cuando la ley hace referencia a determinados aspectos valorativos de la conducta o, de acuerdo, también, con el diverso grado de generalidad o abstracción de las normas jurídicas, o cuando se trata de materias inspiradas directamente en la justicia social, como ocurre en el sector llamado de “derecho social”.

220. *Cuarta.* Si hacemos un análisis de las normas consignadas en la Constitución, y las confrontamos con las que integran el orden jurídico secundario, llegamos a la conclusión de que se distinguen desde tres puntos de vista. En su aspecto externo o formal, las disposiciones fundamentales están consignadas en un documento expedido por el poder constituyente, y sólo pueden ser modificadas a través de un procedimiento dificultado de reforma.

221. Desde el ángulo normativo, los preceptos constitucionales son el fundamento de validez de todo el orden jurídico, por lo que se encuentran situados en la base de la pirámide jurídica.

222. Y en cuanto a su contenido, la distinción es menos sencilla, porque existen disposiciones constitucionales que por su materia poco se distinguen de las secundarias, pero la tendencia de todo documento constitucional radica en los valores supremos de la comunidad política y la organización de sus poderes supremos, y esta triple característica de las disposiciones fundamentales influye sobre su interpretación.

223. En efecto, la interpretación constitucional, si bien participa de los lineamientos generales de toda interpretación jurídica, posee aspectos peculiares, que le otorgan una autonomía tanto dogmática como de carácter práctico, ya que resulta, en términos generales, más difícil y complicado captar el pleno sentido de una norma fundamental, que desentrañar el significado de un precepto ordinario, por lo que se ha transformado en una labor altamente técnica que requiere de sensibilidad jurídica, política y social y, por tanto, ha sido inevitable que desembocara en el establecimiento de una justicia constitucional, de manera que en la actualidad impera el sistema de acuerdo con el cual son los jueces ordinarios (en el ordenamiento llamado indirecto o difuso) o los magistrados constitucionales (en el régimen concentrado o de tribunales especiales) los capacitados por la índole de sus funciones, para interpretar con mayor precisión las disposiciones fundamentales y hacerlas vivir realmente en el medio social para el que fueron dictadas.

224. *Quinta.* Podemos considerar que, con escasas excepciones —casi todas ellas provenientes del campo soviético—, en los regímenes constitucionales de nuestra época predomina el principio de que corresponde a los jueces ordinarios o constitucionales establecer la interpretación definitiva de los preceptos de la Ley Fundamental por constituir dicha interpretación una de las atribuciones naturales de la función judicial.

225. Pero inclusive en los pocos países que no reconocen expresamente esta prerrogativa, ya sea por regirse por una Constitución de las llamadas flexibles o por confiar al mismo órgano legislativo la interpretación y control de la constitucionalidad de las leyes, los tribunales, especialmente los supremos, tienen que realizar forzosamente, por la naturaleza misma de sus funciones, una interpretación de los principios fundamentales establecidos en la Carta Constitucional, precisamente en virtud de que la interpretación es siempre integrativa y esa integración debe inspirarse en los principios axiológicos de la Ley Fundamental.

226. En consecuencia, podemos afirmar que todos los jueces, cualquiera que sea su categoría, su denominación o la autoridad que se les reconozca, son en cierto sentido jueces constitucionales, ya que al aplicar las disposiciones legales a los casos concretos que se les someten, tienen que crear la norma particular judicial de acuerdo con los principios de la Carta Fundamental, y si no están autorizados a desaplicar o anular las normas que consideren contrarias a la propia Constitución, de cualquier forma, al menos en un elevado porcentaje de casos, pueden y deben, de acuerdo con el principio casi universal de la supremacía constitucional, interpretar las normas ordinarias de manera que se adapten lo más posible a las directrices fundamentales de la Ley Suprema.

227. *Sexta.* Son numerosas las teorías que se han expuesto sobre la naturaleza de la jurisdicción constitucional, o sea, la que tiene como finalidad establecer la conformidad de las disposiciones legales secundarias, y en ciertos casos, los actos de autoridad, con los preceptos fundamentales de la Constitución, ya que mientras algunos autores como *Kelsen* y *Calamandrei*, le atribuyen carácter similar a la función legislativa, otros consideran que se trata de una verdadera actividad jurisdiccional, dentro de las cuales existe un sector que estima que se trata de jurisdicción voluntaria (*Cappelletti* y *Carnelutti*); y, finalmente, una tercera corriente afirma con *Azzariti* y *Jaeger*, que debe estimarse como una actividad soberana y autónoma de control constitucional, diversa de las tres tradicionales del Estado.

228. Sin embargo, la actividad que realizan los jueces constitucionales, inclusive aquélla encomendada a tribunales especiales cuyas resoluciones poseen efectos generales, tiene carácter jurisdiccional y, por tanto, tales jueces y tribunales deben considerarse integrantes del poder judicial, si tomamos en cuenta que el juez constitucional sólo puede intervenir cuando lo soliciten las personas jurídicas legitimadas por la ley respectiva, y que debe limitarse a decidir sobre la cuestión planteada; por otro lado, constituye un tercero imparcial que resuelve por encima de las partes sobre una controversia de intereses contrapuestos, controversia que se integra cuando menos con la pretensión de la persona que sostiene la inconstitucionalidad, y la del legislador, que tiene el interés contrario, aun cuando de hecho no intervenga en la discusión; y sin que obste el carácter general de la declaración de inconstitucionalidad, que se presenta en el caso de los tribunales especializados, ya que esa generalidad depende del objeto mismo de la controversia.

229. *Séptima*. El grado superior de abstracción de las normas constitucionales, especialmente las llamadas disposiciones de principio, y la proyección sobre el futuro que poseen las consideradas como programáticas, se traduce necesariamente en un amplio margen de discrecionalidad para el juez constitucional, que le permite matizar su decisión con los principios de la estimativa jurídica, pero sin que por ello esté autorizado para abandonar las reglas de la lógica, indispensables para lograr la estructura formal de sus juicios de valor.

230. Las facultades discrecionales del juez constitucional no significan que actúe como juez de conciencia (llamado también de equidad) sino que por el contrario, está sujeto a los lineamientos amplísimos, pero al fin y al cabo limitaciones, trazadas por el constituyente, por lo que no debe confundirse la equidad interpretativa, que existe en toda actividad judicial, con los tribunales de conciencia, establecidos para juzgar libremente sobre determinadas situaciones que requieren de una nueva elaboración jurídica.

En principio, todas las resoluciones provenientes de la justicia constitucional son declarativas, en cuanto declaran los valores supremos de la Constitución, pero también “dispositivas”, en virtud de que conforman las normas particulares a los lineamientos trazados por el constituyente.

231. En el aspecto lógico, el silogismo judicial adquiere mayor complejidad en la materia constitucional, ya que el juez tiene que realizar una doble interpretación normativa, puesto que por una parte debe interpretar la disposición legal ordinaria, y al mismo tiempo desentrañar el alcance y la proyección de los principios fundamentales de la Ley Suprema; en la inteligencia de que ambas interpretaciones deben apreciarse de manera unitaria, en virtud de que de acuerdo con un principio de hermenéutica constitucional, los preceptos ordinarios deben armonizarse con los fundamentales, mediante una interpretación “razonable” de la Constitución.

232. En tal virtud, las dos premisas están integradas por normas, de las cuales la mayor contiene uno o varios principios de carácter supremo y la mayor generalidad, cuya interpretación constituye una clara operación de estimativa jurídica, y la menor se compone de la disposición o disposiciones secundarias, que poseen menor generalidad y que deben ser previamente

interpretadas, a través de una actividad que, en último extremo, también es axiológica; pero esta doble interpretación se funde en una sola, con el objeto de establecer la posible armonización del orden valorativo supremo de la Carta Fundamental, con la significación “razonable” de los preceptos secundarios; y todavía es necesario analizar la situación social a la cual se pretenden aplicar las normas secundarias, ya que en la interpretación de la ley (y con mayor razón de la Constitución) no puede olvidarse su trascendencia social, es decir, su relieve sociológico.

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN AMÉRICA LATINA*

SUMARIO: I. Introducción. II. Los dos grandes sistemas de justicia constitucional en América Latina: el americano y el austriaco. III. La influencia de la revisión judicial angloamericana. IV. La trascendencia del derecho continental europeo. V. Aproximación de ambos sistemas: la declaración de inconstitucionalidad. VI. El sistema socialista cubano. VII. La revisión judicial transnacional. VIII. Los grandes problemas contemporáneos: a) Las cuestiones políticas; b) Los estados de emergencia; c) La eficacia. IX. Resumen y conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

1. El examen panorámico, y por ello forzosamente superficial de la justicia constitucional en los ordenamientos latinoamericanos, debe partir de una concepción más amplia, la que ha sido objeto de sistematización a través de una nueva disciplina procesal cuyo origen científico se remonta a los trabajos del ilustre Hans Kelsen sobre esta materia, especialmente su clásica monografía publicada en la *Revista Francesa de Derecho Público* en el año de 1928,¹ y que podemos calificar de *Derecho procesal constitucional*, denominación que se utiliza cada vez con mayor frecuencia por la doctrina contemporánea.²

* *El Constitucionalismo en las Posrimeras del Siglo XX* tomo IV. Constitucionalismo (Colaboraciones extranjeras y nacionales). México, UNAM, 1989.

Este trabajo, con ligeras variantes, fue elaborado originalmente por encargo del profesor Albrecht Weber, de la Universidad de Osnabrück, de la República Federal de Alemania. Fue publicado en traducción al alemán por la doctora Monika Reckhorn-Hengemühlle, con el título de *Die Verfassungskontrolle in Lateinamerika* en la obra, *Richterliche Verfassungskontrolle in Lateinamerika, Spanien und Portugal* (Control constitucional judicial en Latinoamérica, España y Portugal, Baden Baden, R. F. A. Normos Velagsgesellschaft, 1989, pp. 129-219. Aparece en castellano con la autorización del mismo profesor Weber.

¹ "La garantie juridictionnelle de la Constitution" (La justice constitutionnelle), en *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, París, 1928, pp. 197-257.

² Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "Reflexiones sobre el derecho constitucional procesal mexicano", en *Memoria de El Colegio Nacional*, 1981, México, 1982, pp. 40-44; Jesús González Pérez, *Derecho*

2. En un intento de proporcionar un punto de partida para determinar el contenido de una disciplina científica tan reciente, hemos propuesto en trabajos anteriores una división en tres sectores.³ El primero está formado por el conjunto de instrumentos que en forma directa o indirecta están orientados hacia la tutela de los derechos del hombre, en su dimensión individual y social, consagrados en los ordenamientos constitucionales contemporáneos, y que de acuerdo con la certera denominación del conocido tratadista italiano Mauro Cappelletti, recibe el nombre ya consagrado de *jurisdicción constitucional de la libertad*.⁴

3. Un segundo aspecto en el estudio del derecho procesal constitucional se integra por el examen de las normas y de las instituciones que tienen por objeto la resolución de los conflictos entre diversos órganos del poder y que han recibido la denominación de "litigios" o controversias constitucionales. Este sector puede denominarse como *jurisdicción constitucional orgánica*.⁵

4. Finalmente, se advierte la creciente importancia de la resolución de las controversias entre las disposiciones constitucionales internas y las de carácter transnacional, en su doble aspecto, comunitario e internacional, ya que estas últimas asumen cada vez mayor trascendencia en los ordenamientos nacionales de nuestra época. Este tercer aspecto podemos denominarlo, así sea de manera provisional, como la *jurisdicción constitucional transnacional*, aun cuando esta terminología pueda parecer paradójica.⁶

procesal constitucional, Madrid Civitas, 1980; Christian Pestalozza, *Verfassunsprozessrecht*, 2a. ed., München, Verlag C. H. Beck, 1982.

³ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *op. ult. cit.*, pp. 42-43; *id.*, "La Constitución y su defensa", en el libro colectivo del mismo nombre, México, UNAM, 1984, pp. 49-50.

⁴ *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano, Giuffrè, 1955, trad. castellana de Héctor Fix-Zamudio, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, México, UNAM, 1961; José Luis Cascajo, "La jurisdicción constitucional de la libertad", en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, 1975, pp. 149-198; Héctor Fix-Zamudio, *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Madrid, UNAM-Civitas, 1982, pp. 57-59; *id.*, "La protección procesal de las garantías individuales en América Latina", en *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Ginebra, Suiza, diciembre de 1968, pp. 74-77.

⁵ Éstos son los que Carl Schmitt, denomina "litigios o conflictos constitucionales", *Teoría de la Constitución*, trad. de Francisco Ayala, México, Editora Nacional, 1952, pp. 131-139.

⁶ Cfr. Mauro Cappelletti, "Justicia constitucional supranacional. El control judicial de las leyes y la jurisdicción de la libertad a nivel internacional", trad. de Luis Dorantes Tamayo, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 110, mayo-agosto de 1978, pp. 337-366. Ahora en su libro *La justicia constitucional (Estudios de derecho comparado)*, México, UNAM, 1987, pp. 215-242.

5. Destacamos los tres sectores anteriores, en cuanto al análisis del control constitucional en los ordenamientos latinoamericanos comprende tanto el examen de los instrumentos de protección de los Derechos Humanos, como las controversias constitucionales y, además, la resolución de conflictos entre las disposiciones fundamentales internas y las de derecho transnacional.

6. Por otra parte, también mencionamos, así sea brevemente, la influencia decisiva que ha tenido sobre la mayoría, por no decir la totalidad de las constituciones latinoamericanas, el sistema norteamericano de la revisión judicial de las leyes inconstitucionales, y la incipiente pero vigorosa corriente hacia el establecimiento de tribunales constitucionales especializados de acuerdo con el modelo continental europeo que tuvo su origen en la Constitución austriaca de 1920, inspirada en el pensamiento keiseniano.⁷

7. Si se abordan exclusivamente los aspectos normativos del citado control de la constitucionalidad, tendríamos una panorámica incompleta que requiere complementarse con una visión, así sea aproximada, de la realidad político-social de nuestra región, la que ha experimentado una notoria inestabilidad en las últimas décadas, afectando de manera sustancial la eficacia de la justicia constitucional en todos sus aspectos. Por este motivo y sin pretender un examen de sociología política que corresponde a otras ciencias sociales, tenemos la pretensión de analizar, también de manera superficial, los grandes problemas que afectan al control constitucional latinoamericano: el predominio exagerado de las cuestiones políticas no justiciables; los frecuentes y en ocasiones permanentes estados de excepción, y la necesidad de dotar de mayor eficacia a los instrumentos jurídicos del propio control.⁸

II. LOS DOS GRANDES SISTEMAS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN AMÉRICA LATINA: EL AMERICANO Y EL AUSTRIACO

8. Desde un punto de vista predominantemente doctrinal, podemos señalar dos modelos importantes de justicia constitucional, que han influido,

⁷ Cfr. Jorge Carpizo y Héctor Fix-Zamudio, "Amérique Latine", en el libro editado por Louis Favoreau y J. A. Jolowicz, *La contrôle juridictionnel des lois. Légitimité, efficacité et développements récents*, Paris, Aix-en-Provence, Économica-Presses Universitaires d' Aix Marseille, 1986, pp. 121-125.

⁸ Cfr. Jorge Carpizo y Héctor Fix-Zamudio, *op. ult. cit.*, pp. 146-149.

según se ha dicho (ver, *supra*, párrafo 6), en los ordenamientos latinoamericanos.

9. En primer lugar, es preciso examinar brevemente el sistema que se ha calificado como "americano", no sólo por haberse establecido en sus lineamientos esenciales en la Constitución Federal de los Estados Unidos de 1787 (con antecedentes en la legislación, y en la jurisprudencia de las colonias inglesas en América)⁹ sino también por haber servido de paradigma a la abrumadora mayoría de los países americanos, de Argentina a Canadá.¹⁰

10. En principio, este sistema americano de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes se caracteriza, en forma abstracta, como la facultad atribuida a todos los jueces para declarar en un proceso concreto la inaplicabilidad de las disposiciones legales secundarias que sean contrarias a la Constitución y con efectos sólo para las partes que han intervenido en esa controversia.

11. Ese principio básico ha sido calificado por el tratadista estadounidense J. A. C. Grant, como una contribución de las Américas a la Ciencia Política.¹¹

12. Además, si pretendemos presentar una visión esquemática de este sistema llamado americano, podemos afirmar que sus elementos esenciales consisten en la facultad otorgada al órgano judicial difuso (es decir a todos los jueces sin importar su jerarquía), para resolver las cuestiones de constitucionalidad de las leyes, siempre que la cuestión respectiva sea planteada por las partes y aun de oficio por el juez que conozca del asunto, en una controversia concreta; lo que de manera incorrecta se ha calificado como "vía de excepción", pero que los procesalistas italianos han denominado, con mejor técnica, como "cuestión prejudicial",¹² si se toma en cuenta que el problema de la inconstitucionalidad debe considerarse como un

⁹ Cfr. Mauro Cappelletti, *Judicial Review in the Contemporary World*, Indianapolis-Kansas City-New York, Bobbs-Merryl, 1971, pp. 36-40.

¹⁰ Cfr. Phanor J. Eder, "Judicial Review in Latin America", en *Ohio Law Journal*, otoño de 1960, pp. 571-572.

¹¹ *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes*, México UNAM, 1963, cuyo subtítulo es precisamente: "Una contribución de las Américas a la Ciencia Política."

¹² Cfr. Mauro Cappelletti, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milano, Giuffrè, 1957, pp. 50-59.

aspecto incidental (procesalmente hablando) de la controversia principal en la cual se plantea.

13. Un factor muy importante consiste en los efectos de la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la ley, y que se traduce en la *desaplicación* de la propia ley en ese caso concreto, ya que el fallo únicamente surte efectos entre las partes en la controversia en la cual se planteó o surgió la cuestión de inconstitucionalidad.

14. La segunda categoría de control podemos calificarla como “austriaca”, si se toma en cuenta que surgió en la Constitución austriaca de 1920, como es bien sabido, en virtud de la participación del insigne Hans Kelsen.¹³

15. En forma esquemática podemos caracterizar el sistema que hemos denominado “austriaco”, o también europeo continental (por la influencia que ha tenido sobre los tribunales constitucionales europeos), como la atribución a un órgano especializado, denominado Corte o Tribunal Constitucional, cuya naturaleza sigue siendo debatida,¹⁴ para decidir todas las cuestiones relativas de la constitucionalidad de las leyes y, en general, de los actos de autoridad, cuestiones que no pueden ser resueltas por los jueces ordinarios, ya que deben plantearse en la vía principal por los órganos del Estado afectados por el ordenamiento inconstitucional, o en forma indirecta por los jueces o tribunales que carecen de la facultad para resolver sobre la constitucionalidad del ordenamiento aplicable, en la inteligencia de que el fallo dictado por el tribunal especializado, cuando declara la inconstitucionalidad, tiene efectos generales o *erga omnes*, es decir, implica ineficacia de la ley respectiva a partir del momento en que se publica la decisión de inconstitucionalidad, o en el plazo que fije el propio tribunal constitucional.¹⁵

16. En tal virtud, si se examinan en forma abstracta estas dos categorías, descubrimos en cada una de ellas las características contrarias de la otra,

¹³ Cfr. entre otros, René Marcic, *Verfassungsgerichtsbarkeit und reine Rechtslehre*, Wien, 1966, pp. 55-84; Volker Haak, *Normenkontrolle und verfassungskonforme Gesetzesauslegung*, Bonn, Ludwig Röhrscheid Verlag, 1963, pp. 216-221; Friedrich Koja, “Il concetto di Costituzione dei Hans Kelsen e lo sviluppo del diritto costituzionale austriaco”, en *Diritto e Società*, Padova, 1981, pp. 97-115.

¹⁴ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, “El juez ante la norma constitucional”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 57, enero-marzo de 1965, pp. 60-67.

¹⁵ Cfr. Mauro Cappelletti, *Judicial Review in the Contemporary World*, cit., *supra*, nota 9, pp. 85-96.

como lo puso de relieve de manera penetrante el notable procesalista florentino Piero Calamandrei, cuando afirmó que los lineamientos del binomio aparecen de ordinario agrupados según cierta necesidad lógica, de modo que el control judicial, es decir, el americano, es necesariamente *difuso, incidental, especial y declarativo*; y viceversa, al que califica como autónomo; es decir, el austriaco es *concentrado, principal, general y constitutivo*.¹⁶

17. En la práctica, estos elementos aparecen matizados, y si bien el predominio de varios de ellos nos permite calificar a un sistema de americano o austriaco, no podemos considerarlos en forma pura, en virtud de la tendencia hacia su combinación a través de sistemas mixtos, que utilizan las ventajas de ambos y eluden los inconvenientes de una estructura rígida.¹⁷

III. LA INFLUENCIA DE LA REVISIÓN JUDICIAL ANGLOAMERICANA

18. Es muy conocida la influencia que tuvieron en el pensamiento de los juristas y políticos latinoamericanos, con posterioridad a la independencia de España y Portugal, las obras fundamentales que divulgaron el sistema constitucional de los Estados Unidos, que se tomó como un paradigma para la mayoría de los constituyentes de nuestra región, que tenían el pensamiento ingenuo de que los textos constitucionales podrían por sí solos resolver los graves problemas sociales de nuestros países.¹⁸ Estas obras fueron en primer lugar el libro de Alexis de Tocqueville, *La democracia en América del Norte*, que fue bien conocida a través de la traducción castellana de Sánchez de Bustamante y que apareció en París en el año 1836.¹⁹

¹⁶ "La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile", en *Opere giuridiche*, Napoli, Morano, 1968, tomo III, p. 350.

¹⁷ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1965)*, México, UNAM, 1968, pp. 9-18; Jorge Carpizo, y Héctor Fix-Zamudio, *Amerique Latine*, cit., supra nota 7, pp. 125-127.

¹⁸ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "Estado social de derecho y cambio constitucional", en el volumen *Memoria del III Congreso Nacional de Derecho Constitucional (1983)*, México, UNAM, 1984, pp. 349-367.

¹⁹ Esta traducción castellana apareció en París en 1836. La primera edición de esta obra fue publicada en francés por Charles Gosselin (1835), y la primera traducción al inglés, como *Democracy in America*, debida a H. Reeve Clondon (1835). Es significativo que una reimpresión de la traducción de Sánchez de Bustamante se publicó en México en 1855, año en que se convocó al Congreso Constituyente que expidió la Carta Federal de 1857, la que consagró definitivamente a el amparo.

19. El famoso libro *El Federalista* que contiene artículos periodísticos de Alexander Hamilton, James Madison y John Jay, no tuvo una divulgación tan amplia en Latinoamérica como el libro de Tocqueville, pero también fue conocido en español, así fuera fragmentariamente, por nuestro publicista,²⁰ o bien se consultaron en las ediciones francesas de 1792 y 1795,²¹ además de la traducción portuguesa de 1840 y las versiones castellanas aparecidas en Argentina en 1828 y 1887.²²

20. Lo cierto es que se realizó paulatinamente un “trasplante” de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes que había sido establecida en la Constitución Norteamericana de 1787 y desarrollada por la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal, en las numerosas constituciones latinoamericanas. El primer documento en el cual se pretende adoptar el modelo “americano” se efectúa en México por conducto de la Constitución del estado de Yucatán, de 16 de mayo de 1841, cuyo proyecto fue elaborado por el destacado político yucateco Manuel Crescencio Rejón,²³ quien expresó en la exposición de motivos su intención de implantar la revisión judicial norteamericana, tal como había sido divulgada por Alexis de Tocqueville en *La democracia en América*, al otorgar a los tribunales judiciales la facultad de desaplicar las leyes inconstitucionales, ya sea en forma directa a través del *amparo*, que además debía utilizarse para proteger los derechos individuales de los gobernados (artículos 62.1, 80. y 90.), como también por todos los jueces en los procesos concretos según el control difuso (artículo 75, similar al artículo VI de la Constitución de los Estados Unidos).²⁴

²⁰ Según el tratadista mexicano, Jesús Reyes Heróles, *El liberalismo mexicano*, México, UNAM, 1958, tomo III, pp. 343-347, *El Federalista* fue publicado fragmentariamente en castellano en varios periódicos mexicanos entre los años de 1827 a 1830. A su vez, el argentino Enrico de Gandía afirma que una traducción parcial también al castellano apareció en Caracas en 1826, *Historia de las ideas políticas en Argentina*, I. *Las ideas políticas en la época hispánica*, Buenos Aires, Depalma, 1960, pp. 249-250.

²¹ Cfr. Enrique de Gandía, *op. ult. cit.*, p. 250.

²² Cfr. Gustavo R. Velasco, Prólogo y trad. castellana, *El federalista*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1957, p. XV.

²³ De acuerdo con lo sostenido por el tratadista norteamericano Phanor J. Eder, “Judicial Review in Latin America”, *cit. supra*, nota 10, p. 571, Rejón fue el primer latinoamericano que logró la consagración de la revisión constitucional norteamericana en un texto constitucional en nuestra región.

²⁴ Cfr. Suprema Corte de Justicia, *Homenaje a don Crescencio Rejón*, pp. 40-44. Debido a su importancia, conviene transcribir el texto de dichos preceptos. “Artículo 62. Corresponde a este tribunal (Corte Suprema de Justicia) reunido: 1o. *Amparar* en el goce de sus derechos a los que le pidan su protección contra las leyes y decretos de la Legislatura que sean contrarios al texto literal de la Constitución o contra las providencias del gobernador, cuando en ellas se hubiese infringido el código

21. Sin embargo, este trasplante legal²⁵ de la revisión judicial norteamericana, que se forjó en la tradición jurídica del *common law* o del derecho angloamericano, en un trasfondo hispánico y portugués de más de tres siglos, perteneciente al sistema romano canónico,²⁶ produjo instituciones peculiares que se apartan del modelo estadounidense, en cuanto se establecieron instrumentos procesales desarrollados en ordenamientos especiales, por lo que la propia revisión judicial se aplica a través de numerosos procedimientos, no obstante que la citada revisión judicial angloamericana debe considerarse como un principio y no como una vía particular, según lo ha puesto de relieve el distinguido tratadista J. A. C. Grant.²⁷

22. Otra institución que influyó decisivamente en los ordenamientos latinoamericanos del Siglo XIX, así fuera para la tutela del derecho de libertad personal, consagrado también en dichos documentos fundamentales, lo fue el *habeas corpus*,²⁸ que se desarrolló en los Estados Unidos por la influencia de la conocida ley inglesa de 1679,²⁹ y que también adquirió matices peculiares en algunos de los ordenamientos de nuestra región.³⁰

fundamental en los términos expresados, limitándose en ambos casos a reparar el agravio en la parte en que la constitución hubiese sido violada..." "Artículo 80. Los jueces de primera instancia *amparán* en el goce de los derechos garantizados por el artículo anterior a los que les pidan su protección contra cualquier funcionario que no correspondan al orden judicial, decidiendo breve y sumariamente las cuestiones que se susciten sobre los asuntos indicados." "Artículo 90. De los atentados cometidos por los jueces contra los citados derechos, conocerán sus respectivos superiores con la misma preferencia de que se ha hablado en el artículo precedente, remediando desde luego el mal que se les reclame y enjuiciando inmediatamente al conculcador de las mencionadas garantías." "Artículo 75. En la administración de justicia arreglarán los jueces sus fallos a lo prevenido en esta constitución, prescindiendo de lo dispuesto contra el texto literal de ella en las leyes o decretos del congreso del Estado."

²⁵ Cfr. Alan Watson, *Legal Transplants*, Edimburg, Scottish Academic Press, 1974, pp. 21-60, analiza los problemas relativos al encuentro de las dos influencias del *common law* y del derecho continental europeo de origen romanista, y que se ha presentado en el derecho escocés, claro que en forma diferente a América Latina.

²⁶ Cfr. entre otros, John Henry Merryman, *The Civil Law Tradition. An introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, 2a. ed., Stanford, Stanford University Press, 1985, pp. 133-141.

²⁷ *El control jurisdiccional*, cit., *supra* nota 11, pp. 29-47.

²⁸ Cfr. Phanor J. Eder, "Habeas Corpus Disembodied: The Latin American Experience", en *XX Century Comparative and Conflicts Law. Legal Essays in Honor of Hessel E. Yuerna* (K. Nadelmann, A. von Mehren y J. Hazard, editores), Leyden, Sitjoff, 1961, p. 473.

²⁹ Cfr. el extenso comentario "Developments in the Law, Federal Habeas Corpus", en *Harvard Law Review*, 1970, pp. 1039-1280; R. J. Sharpe, *The law of Habeas Corpus*, Oxford, Clarendon Press, 1976, pp. 1-18.

³⁰ Sobre los matices peculiares del *habeas corpus* en Latinoamérica, cfr. entre otros, Héctor Fix-Zamudio, *La protección jurídica y procesal*, id., *La protección procesal*, ambos citados *supra*, nota 4, pp. 71-77 y 77-81, respectivamente; Carlos Sánchez Viamonte, "Habeas corpus", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Omeba, 1975, tomo III, pp. 468-527.

23. De acuerdo con lo anterior, consideramos conveniente examinar de manera breve y panorámica los tres instrumentos que se desarrollaron en el derecho latinoamericano, debido a la mencionada influencia de la revisión judicial norteamericana. Dichos instrumentos pueden separarse para su análisis en tres sectores: a) el *habeas corpus*; b) el *proceso de amparo*, y c) la *acción o recurso de inconstitucionalidad de las leyes*.³¹

24. Por lo que se refiere al *habeas corpus*, que también recibe la denominación castellana de “exhibición personal”, se ha consagrado en la totalidad de las Constituciones latinoamericanas, con el significado clásico de un procedimiento judicial para la tutela de la libertad personal o de movimiento en contra de detenciones arbitrarias, generalmente de carácter administrativo, es decir, las ordenadas por el Ministerio Público o la policía, las que son muy frecuentes en nuestra región, y excepcionalmente respecto de resoluciones judiciales.³²

25. La razón por la cual este instrumento protector ha tenido una especial aceptación casi unánime en los ordenamientos latinoamericanos, se debe, en primer término, a la influencia del derecho angloamericano, tanto de manera directa en virtud de la ley británica de 1679, como a través de su aplicación en el derecho norteamericano,³³ pero también por el recuerdo de uno de los procesos forales aragoneses, el de “manifestación de las personas” o de “amparo”, que surgió también en la Edad Media, pero que tuvo su periodo de esplendor entre los Siglos XIV a XVI, con un desarrollo más amplio al del *habeas corpus* inglés, como lo han hecho notar los tratadistas que han realizado un análisis comparativo de ambas instituciones,³⁴ y por ello no resulta casual que en dichos ordenamientos exista

³¹ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, “Verfassungskontrolle in Lateinamerika”, traducción al alemán de Hans Dieter Nahme y Hans-Rudolf Horn, en *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Tübingen, J. C. Mohr (Paul Siebek), 1976, pp. 649-693.

³² Además de los autores mencionados en la nota 30 puede consultarse el volumen colectivo intitulado *Aniversario de los 300 años de habeas corpus. Cuadernos Jurídicos*, Santiago, Arzobispado de Santiago de Chile. Vicaría de Solidaridad, núm. 9, julio de 1979.

³³ Domingo García Belaúnde, *El habeas corpus en el Perú*, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1979, pp. 1-45; Néstor Pedro Sagües, *Habeas corpus. Régimen constitucional y procesal en la Nación y Provincias*, Buenos Aires, La Ley, 1981, pp. 7-72.

³⁴ Cfr. Víctor Fairén Guillén, “Consideraciones sobre el proceso aragonés de ‘manifestaciones de las personas’ en relación con el *habeas corpus* británico”, en su obra *Temas del ordenamiento procesal*, Madrid, Tecnos, 1979, tomo I, pp. 131-170; Francisco Sáenz de Tejada y de Olozaga, *El derecho de manifestación aragonés y el habeas corpus inglés*, Madrid, s.f., pp. 25 y ss; Ignacio L. Vallarta, *El juicio de amparo y el writ of habeas corpus*, México, 1896.

una confusión terminológica, en cuanto al propio *habeas corpus* se le dio el nombre de amparo en la Constitución Chilena de 1925, anterior a la actual de 1980,³⁵ y que se le conozca también como “amparo de la libertad”, en algunos ordenamientos argentinos de carácter provincial,³⁶ así como en el artículo 5o. transitorio de la Carta Fundamental venezolana de 1961;³⁷ y que se le hubiese incorporado como uno de los sectores de juicio de amparo mexicano.³⁸

26. Si pasamos revista a las Constituciones latinoamericanas, el *habeas corpus* o exhibición personal está regulado en las siguientes disposiciones: Bolivia (1967) artículo 18; Brasil (1967-1969), artículo 153.20; Costa Rica (1949), artículo 48; Chile (1980), artículo 21; Ecuador (1978), artículo 19.17; El Salvador (1983), artículo II; Guatemala (1985), artículo 263; Honduras (1962), artículo 182; México (1917), artículos 103 y 107 (como parte del amparo); Nicaragua (1987), artículo 189; Panamá (1972-1983), artículo 23; Paraguay (1967), artículo 78; Perú (1979), artículo 295; República Dominicana (1966), artículo 82g; Uruguay (1967), artículo 17, y Venezuela (1961), disposición transitoria quinta.

27. En cuanto a las modalidades del *habeas corpus* en Latinoamérica, podemos destacar que en varias ocasiones se ha hipertrofiado para utilizarlo, a falta de un instrumento específico, para la tutela de los derechos fundamentales de la persona humana consagrados constitucionalmente, lo que refuerza nuestra convicción de la necesidad de instrumentos ade-

³⁵ Cfr. Alejandro Silva Bascuñán, *Tratado de derecho constitucional*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1963, tomo II, pp. 324-332; Jorge Mario Quinzio Figueiredo, *Manual de derecho constitucional*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile 1969, pp. 243-246; Mario Bernaschina González, *Manual de derecho constitucional*, 3a. ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1958, tomo II, pp. 161-163; Elena Caffarena de Jiles, *El recurso de amparo frente a los regímenes de emergencia*, Santiago, 1957, pp. 151-206.

³⁶ Cfr. Pedro Néstor Sagües, *Habeas corpus*, cit., *supra*, nota 33, pp. 57-72.

³⁷ Cfr. Ángel Francisco Brice, *Habeas corpus* y derecho de amparo”, en *Revista de Derecho y Legislación*, Caracas, octubre-noviembre de 1959, pp. 201-202; José A. de Miguel S., “Amparo y *habeas corpus* en la Constitución de 1961”, en *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, Caracas, julio-diciembre de 1965, pp. 41 y ss., Morris Sierraalta, *Los recursos de amparo en el derecho constitucional venezolano*, Caracas, 1961; José Gabriel Sarmiento Núñez, y otros, “El amparo de la libertad y los actos judiciales”, en *Estrados. Revista Nacional de Jurisprudencia*, Caracas, julio-septiembre de 1968, pp. 991-1022; Esteban Agudo Freytes, “Algunos casos de amparo y *habeas corpus*”, en *Anuario 1969. Colegio de Abogados del Estado Lara*, Barquisimeto, Venezuela, 1969, pp. 250-256.

³⁸ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, “Verfassungskontrolle in Lateinamerika”, cit., *supra* nota 31, pp. 662-663, *id.*, “A brief Introduction to the Mexican Writ of Amparo”, trad. al inglés de Carl E. Schwarz, en *California Western International Law Journal*, primavera de 1979, pp. 317, 318.

cuados a la protección procesal de los Derechos Humanos, como se advierte tratándose del amparo y del *mandado de segurança*, que subsisten al lado del propio *habeas corpus*, según lo podremos verificar en las páginas siguientes: a este respecto podemos señalar los casos de Argentina, Bolivia, Brasil y Perú, que describimos en seguida:

28. Con anterioridad a la consagración del recurso o acción de amparo en las legislaciones nacional y provinciales de la República Argentina, se realizó el intento de extender el ámbito del *habeas corpus* para abarcar la protección no sólo de la libertad individual, sino de todos los restantes derechos de la persona humana consagrados constitucionalmente, con exclusión de los relativos a la tutela de los de carácter patrimonial, en esta dirección destaca la corriente doctrinal del tratadista Carlos Sánchez Viamonte.³⁹

29. Pero aun con posterioridad al establecimiento del juicio de amparo en otros ordenamientos provinciales, varias Constituciones locales argentinas han consagrado el *habeas corpus* con esta proyección tan amplia de la tutela de todos los derechos fundamentales de la persona humana, excluyendo únicamente los de naturaleza patrimonial, como lo demuestran los artículos 16 de la Constitución de la Provincia del Chaco, de 7 de diciembre de 1957; y 44 de la Constitución de la Provincia del Neuquén, de 28 de noviembre del mismo año, e inclusive se llegó a duplicar el *habeas corpus* y el amparo con amplitud protectora similar, en los artículos 14 y 20, respectivamente de la Ley Suprema de la Provincia de Formosa, de 30 de noviembre de 1957; preceptos que deben ser coordinados para no contradecirse, pues en las otras Cartas mencionadas el *habeas corpus* tiene una esfera protectora amplia en ausencia del amparo.⁴⁰

30. Es posible que esta situación sufra modificaciones con motivo de la reforma sustancial que se está realizando en las propias Constituciones locales, en virtud de la reciente restauración de la normalidad constitucional en Argentina, después de una prolongada dictadura militar.⁴¹

³⁹ Cfr. Carlos Sánchez Viamonte, *El habeas corpus. Garantía de libertad*, 2a. ed., Buenos Aires, 1956; José Faustino D'Hers, "Visión integral del amparo en el *habeas corpus* de Sánchez Viamonte", en *La Ley*, Buenos Aires, 7 de abril de 1966, pp. 1-6.

⁴⁰ Cfr. Segundo V. Linares Quintana, *Derecho constitucional de las Nuevas Provincias*, Buenos Aires, Depalma, 1962, pp. 97, 163-164 y 230.

⁴¹ Cfr. el libro colectivo publicado por la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, *La reforma de las constituciones provinciales*, Buenos Aires, Senado de la Nación, 1985.

31. Tanto la doctrina como la jurisprudencia bolivianas realizaron un intento de aplicar extensivamente el *habeas corpus*, regulado por el artículo 80. de las Constituciones de 1945 y 1947, respecto de todos los derechos fundamentales de la persona humana consagrados en las mismas Cartas Fundamentales,⁴² y posteriormente la Comisión Codificadora propuso la introducción de un capítulo especial en el Código de Procedimientos Penales (artículos 725 y siguientes), con el objeto de regular el juicio de amparo o modificar el *habeas corpus* regulado por dicho Código.⁴³ Esta evolución culminó con el establecimiento del amparo y del *habeas corpus* como instrumento independiente, en los artículos 18 y 19, respectivamente, de la Carta Fundamental vigente de 2 de febrero de 1967.⁴⁴

32. Una situación similar se advierte también en la llamada “doctrina brasileña del *habeas corpus*”, que se apoyó en las ideas del ilustre Ruy Barbosa, el cual sostuvo, en ocasiones con éxito, que este instrumento tutelar, tal como estaba regulado por el texto original del artículo 73, párrafo 22, de la Constitución de febrero de 1881 (es decir, con anterioridad a la reforma de 1926, que tuvo por objeto restringir el propio *habeas corpus* a sus límites tradicionales), era apto para proteger otros derechos fundamentales relacionados directa o indirectamente con la propia libertad individual,⁴⁵ criterio que se señala como un antecedente del *mandado de segurança*.

33. En el ordenamiento peruano se introdujo la acción de amparo hasta la actual Constitución de julio de 1979, por lo que anteriormente se impuso la necesidad de un instrumento tutelar que pudiese proteger los

⁴² Cfr. Enrique Oblitas Poblete, *Lecciones de derecho procesal penal*, Sucre, Bolivia, 1961, vol. II, pp. 232 y ss.; Manuel Durán P., “Doctrina y práctica del *habeas corpus*”, en *Revista de Estudios Jurídicos, Políticos y Sociales*, Sucre, Bolivia, mayo de 1950, pp. 155-194.

⁴³ Cfr. Enrique Oblitas Poblete, *Recurso de amparo constitucional*, 2a. ed., La Paz, Ediciones Populares Camarlinghi, 1979, pp. 35-42.

⁴⁴ Enrique Oblitas Poblete, *op. ul. cit.*, pp. 111-248, quien transcribe varias resoluciones dictadas por los tribunales bolivianos en los juicios de amparo interpuestos con apoyo en el precepto constitucional respectivo, durante los años de 1967 a 1971.

⁴⁵ Cfr. entre otros: Arnold Wald, “El mandato de seguridad (historia y naturaleza)”, trad. de Javier Elola, en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núm. 24, septiembre-diciembre de 1955, pp. 35-45; *id.*, *O mandado de segurança no prática judiciária*, 3a. ed., Río de Janeiro, Forense, 1968, pp. 19-35; J. M. Othon Sidou, *O mandado de segurança*, 3a. ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1969, pp. 50-61; *id.*, *As garantias ativas dos direitos coletivos. Habeas corpus, ação popular, mandado de segurança*, Río de Janeiro, Forense, 1977, pp. 168-178; Themistocles Brandao Cavalcanti, *Do mandado de segurança*, 4a. ed., Río-São Paulo; Freitas Bastos, 1957, pp. 50-78.

derechos fundamentales, para lo cual se utilizó el *habeas corpus* en forma extensiva, de acuerdo con lo establecido por el artículo 69 de la Constitución de 1933, el cual disponía: "Todos los derechos individuales y sociales reconocidos por la Constitución, dan lugar a la acción de *habeas corpus*."

34. Con apoyo en dicho precepto, la jurisprudencia, especialmente en la Corte Suprema, admitió la tutela de los Derechos Humanos a través del *habeas corpus*, no obstante que debía tramitarse de acuerdo con las normas del Código de Procedimientos Penales, que lógicamente sólo se refería a la libertad personal, sin tomar en cuenta las constantes declaraciones de emergencia que limitaron la procedencia de este instrumento protector.⁴⁶

35. Esta evolución culminó con el Decreto Ley número 17,083 de 24 de octubre de 1968, expedido por el gobierno militar y que estableció las reglas específicas para la tramitación de la *acción de habeas corpus*, tratándose de la impugnación de actos diversos a los que afectan la libertad personal, ya que respecto de estos últimos se seguía aplicando el Código de Procedimientos Penales, con lo cual se efectuó una separación procedimental del *habeas corpus* en sentido estricto, con el instrumento para tutelar los restantes derechos fundamentales, el que debe considerarse con el antecedente de la acción de amparo en la Carta de 1979.

36. El proceso de amparo, calificado como acción o recurso, también surgió en el derecho latinoamericano como un aspecto de la revisión judicial norteamericana, pues si bien la denominación se debe a la tradición hispánica,⁴⁷ los creadores de la institución en el ordenamiento mexicano, es decir, Manuel Crescencio Rejón en la Constitución Yucateca de 1841 (ver *supra*, párrafo 20), Mariano Otero en el documento Acta de Reformas (a la Constitución Federal de 1824), expedida en mayo de 1847, y final-

⁴⁶ Cfr. Ricardo Bustamente Cisneros, "Constitución y *habeas corpus*" y "*Habeas corpus* y acción popular", ambas en *Revista del Foro*, Lima, enero-agosto de 1950 y enero-abril de 1961, pp. 4-55 y 8-41, respectivamente; H. H. Cooper, "Apuntes críticos sobre el *habeas corpus* en el Perú", en *Derecho. Anuario de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, Lima, 1970, pp. 4-10; Domingo García Belaúnde, *El habeas corpus en el Perú*, cit. *supra*, nota 33; *id.*, "La evolución legislativa del *habeas corpus* en el Perú (1897-1979)", en el volumen *La nueva Constitución y el derecho penal*, Lima, 1980, pp. 67-98; *id.*, "Naturaleza jurídica del *habeas corpus*" en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, Lima, mayo-agosto de 1973, pp. 273-276; Héctor Fix-Zamudio, "Influencia del derecho angloamericano en la protección procesal de los Derechos Humanos en América Latina", en el volumen *Festschrift für Karl Loewenstein*, Tübingen, J. C., B. Mohr (Paul Siebeck), 1971, pp. 496-497.

⁴⁷ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "The Writ of Amparo en Latin America", trad. de Carl E. Schwarz, en *Lawyer of the Americas*, diciembre de 1981, pp. 361-391.

mente los constituyentes de 1856-1857, que consagraron definitivamente la institución en la Carta Federal de 5 de febrero de 1857, se inspiraron, y así lo reconocen de manera expresa, en el sistema judicial norteamericano, tal como había sido divulgado por Alexis de Tocqueville en su clásico libro *La democracia en América* (ver *supra*, párrafo 18).⁴⁸

37. Una vez establecido en México el Juicio de amparo en la citada Constitución Federal de 1857 (artículos 101 y 102), como instrumento específico para la tutela de todos los derechos consagrados constitucionalmente, incluyendo la libertad personal (y por tanto abarcó desde su inicio al *habeas corpus*), trascendió a varios ordenamientos de América Latina. El primer país que introdujo el amparo de acuerdo al modelo mexicano, fue la República de El Salvador, en su Constitución de 13 de agosto de 1886, y lo siguieron Honduras y Nicaragua, en su Carta Fundamental y Ley de Amparo, respectivamente, ambas de 1894; Guatemala, en la reforma constitucional de 11 de marzo, y Argentina, en la Constitución de la Provincia de Santa Fe de 13 de agosto, las dos de 1921; Panamá, en su Carta Fundamental de 2 de enero de 1941; Costa Rica, en su Ley Suprema de 1949; Venezuela, en la Carta de 1961; Bolivia, Paraguay y Ecuador (este último lo suprimió posteriormente), en sus Cartas promulgadas en 1967; Perú, en su Constitución expedida en julio de 1979, que entró en vigor plenamente en julio de 1980, y finalmente Uruguay, en el Decreto Constitucional o Acto Institucional número 19, de 1o. de agosto de 1984.

38. También se estatuyó el amparo en las dos constituciones federales de Centroamérica, es decir: en la Constitución Política de los Estados Unidos de Centroamérica (Honduras, Nicaragua y El Salvador), promulgada en 1898, y en la Carta de la República Centroamericana (Guatemala, El Salvador y Honduras), de 9 de septiembre de 1921.

39. En la actualidad el derecho de amparo está regulado por los ordenamientos fundamentales de: Argentina (si bien no se consagra en la Constitución federal, sí en varias cartas provinciales y en la legislación nacional y local); Bolivia (Constitución de 1967), artículo 19; Costa Rica

⁴⁸ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "The Confluence of Common Law and Continental European Law in the Mexican Writ of Amparo", en *The Mexican Forum. El Foro Mexicano*, Institute of Latin American Studies. The University of Texas at Austin, octubre de 1983, pp. 4-8; *id.*, "El juicio de amparo mexicano y el derecho constitucional comparado", en *Studi in onore di Paolo Biscaretti di Ruffia*, Milano, Giuffrè, 1987, tomo I, pp. 413-460.

(1949), artículo 48; El Salvador (1983), artículo 247; Guatemala (1985), artículo 265; Honduras (1982), artículo 183; México (1917), artículos 103 y 107; Nicaragua (1987), artículo 188; Panamá (1972-1983, artículo 50; Paraguay (1967), artículo 77; Perú (1979), artículo 295; Venezuela (1961), artículo 49, y Uruguay (Acto Institucional número 19 de 1984), artículo 60. inciso E. A los anteriores deben agregarse las disposiciones fundamentales que consagran instituciones similares, como el llamado "recurso de protección" establecido por el artículo 20 de la Constitución chilena de 1980, y el *mandado de segurança* (que algunos autores traducen al castellano como "mandamiento de amparo", consagrado por el artículo 153, parágrafo 21, de la Constitución Federal brasileña de 1967, reformada en 1969.⁴⁹

40. Con el objeto de sistematizar, así sea en forma relativa, esta materia tan compleja, consideramos necesario realizar una clasificación de derecho de amparo en su extensión protectora:

41. En un primer sentido el amparo se entiende de manera exclusiva como un instrumento equivalente al *habeas corpus*, pues sólo puede utilizarse para la tutela de la libertad de las personas físicas contra las detenciones indebidas o respecto de irregularidades en el procedimiento, y tal fue el significado que asumió en la Constitución chilena de 1925, artículo 16, reformado en 1943, y su regulación por el auto acordado de la Corte Suprema de Justicia de 19 de diciembre de 1932, sobre tramitación y fallo del propio recurso de amparo,⁵⁰ lo mismo sucede en algunos códigos procesales penales y constituciones locales de Argentina que se refieren indistintamente al *habeas corpus* o amparo de la libertad y también con la disposición transitoria quinta de la Constitución venezolana de 1961 (ver *supra*, párrafo 30).

42. En las legislaciones de Argentina, Venezuela, Guatemala, El Salvador, Costa Rica, Panamá, Bolivia, Paraguay, temporalmente en

⁴⁹ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "The Writ of Amparo in Latin America", cit., *supra*, nota 47, pp. 306-348; *id.*, "El juicio de amparo Latinoamericano", en *Estudios jurídicos en Memoria de Alberto Vázquez del Mercado*, México, Editorial Porrúa, 1982, pp. 193-245. También puede consultarse el excelente estudio panorámico del destacado tratadista brasileño José Afonso da Silva, "Da jurisdição obstativo constitucional no Brasil e na América Latina", en *Revista de Procuraduría Geral do Estado*, São Paulo, núm. 13-15, diciembre de 1979, pp. 105-171.

⁵⁰ Cfr. Carlos Estévez Gasmuri, *Elementos de derecho constitucional*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1949, pp. 143-144; Helena Caffarena de Giles, *El recurso de amparo frente a los regímenes de emergencia*, cit., *supra*, nota 35, pp. 152-187.

Ecuador y recientemente en Perú y Uruguay, el recurso o acción de amparo se regula como instrumento protector de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, con excepción de la libertad personal, que se tutela a través del tradicional *habeas corpus* o exhibición personal.

43. El derecho de amparo de la República Argentina ha sido objeto de una evolución muy acelerada, no obstante que su introducción es relativamente reciente, o sea en el artículo 17 de la Constitución de la Provincia de Santa Fe de 1921.

44. En cuanto a este instrumento argentino debemos distinguir dos sectores: el *ámbito provincial*, en virtud de que la regulación de las materias procesales corresponde en forma coincidente a la federación y a las entidades federativas y, en segundo lugar, la *esfera nacional*.

45. Por lo que se refiere a los ordenamientos provinciales, el recurso o acción de amparo se consagró primeramente, como se expresó con anterioridad, en el artículo 17 de la Constitución de Santa Fe de 1921, reglamentado por la Ley número 2994 de primero de octubre de 1935; luego en la Carta Fundamental de Santiago del Estero de 2 de junio de 1939, artículo 22, en los artículos 673 a 685 del Código de Procedimiento Civil de la misma entidad, expedido en 1944 (conservándose la institución en los artículos 818 a 829 del Código Procesal Civil y Comercial, de 14 de noviembre de 1969), y después en la Constitución de la Provincia de Mendoza, de 31 de mayo de 1949.

46. Con posterioridad al movimiento militar de 1955, que derrocó al primer gobierno del general Perón, el recurso o acción de amparo recibió un nuevo impulso, ya que fue regulado, entre otros, por los siguientes ordenamientos de carácter fundamental: Constituciones de las Provincias de Catamarca (1966); Corrientes (1960); Chubut (1957); Formosa (1957); Misiones (1958); La Pampa (1960); Río Negro (1957), Santa Cruz (1957) y Santa Fe (1962).

47. Pero además de los ordenamientos constitucionales de carácter local antes mencionados, se expidieron numerosas leyes reglamentarias, y sin pretender ser exhaustivos mencionaremos las siguientes, todas designadas como Ley de Acción de Amparo: Buenos Aires (1965-1966); Cata-

marca (1977); Córdoba (1967-1974); Corrientes (1970); Entre Ríos (1947-1963); Salta (1977); San Luis (1958); Santa Cruz (1955-1977, 1978), y Santa Fe (1935-1969-1973). Lo anterior, sin contar con otras legislaciones locales en las cuales la acción de amparo, como en el caso de Santiago del Estero mencionado anteriormente, se regula en los Códigos de Procedimientos Civiles o Penales, por lo que puede afirmarse que prácticamente todas las provincias argentinas han consagrado el derecho de amparo en sus ordenamientos constitucionales, leyes reglamentarias específicas o en sus códigos procesales.⁵¹

48. En la actualidad existe un movimiento de renovación constitucional en las provincias argentinas, con motivo de la restauración del orden democrático, y en los nuevos ordenamientos se conserva la regulación de la acción de amparo. Entre ellos podemos señalar en vía de ejemplo, las Constituciones de las provincias, de Córdoba (26 de abril de 1987), artículo 48; Jujuy (22 de octubre de 1986), artículo 41; La Rioja (agosto de 1986) artículo 28; Salta (2 de junio de 1986), artículo 85; San Juan (23 de abril de 1986), artículo 40; San Luis (14 de marzo de 1987), artículo 45, y Santiago del Estero (19 de marzo de 1986), artículo 38. También, como ejemplo, podemos transcribir la parte relativa del último precepto señalado, que establece:

...La acción de amparo de trámite sumarísimo puede deducirse contra cualquier decisión, acto u omisión de una autoridad pública o privada, que amenazare, restringiere, impidiere o pusiere en peligro inminente de forma ilegítima, el ejercicio de un derecho reconocido a las personas en la Constitución de la Nación o de la Provincia, siempre que no pudieren utilizarse los medios ordinarios sin daño grave o irreparable y no existieren recursos específicos de análoga naturaleza acordados por las leyes o reglamentos, y a fin de que el juez arbitre los medios para el inmediato restablecimiento del derecho afectado.⁵²

⁵¹ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "La protección procesal de las garantías individuales", *cit., supra* nota 4, pp. 91-94; "Verfassungskontrolle in Latinamerika", *cit., supra*, nota 31, pp. 603-604, Hans Cristoph Von Rohr, *Der argentinische Anparo Prozess unter Berücksichtigung ähnlicher Verfahrensarten in Brasilien, Mexiko und Peru*, Bonn, Ludwig Röhrscheid Verlag, 1969, pp. 35-77; Julio A. Barberis, "Verfassungsgerichtsbarkeit in Argentinien", en el volumen colectivo *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, Köln-Berlin, Heymanns, 1962, pp. 39-74; Néstor Pedro Sagués, *La Ley de Amparo*, Buenos Aires, Astrea, 1979, pp. 1-37; José Luis Lazzarini, *El juicio de amparo*, 2a. ed., Buenos Aires, La Ley, 1988, pp. 15-90; Adolfo Armando Rivas, *El amparo*, Buenos Aires, Ediciones La Rocca, pp. 7-14.

⁵² Cfr. Pedro Frías, Germán Bidart Campos, Humberto Quiroga Lavié, y otros, *La reforma de las Constituciones provinciales*, 2a. ed., Buenos Aires, Senado de la Nación, 1985.

49. En la esfera nacional de acción de amparo surgió primero en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia a través de los casos *Angel Siri* (27 de diciembre de 1957) y *Samuel Kot* (5 de septiembre de 1958),⁵³ habiéndose extendido en forma considerable en virtud de los fallos de los tribunales federales que admitieron el derecho de amparo no sólo en contra de actos de autoridad, sino también, respecto de organismos públicos descentralizados y de algunos grupos de presión.⁵⁴

50. El gobierno militar de entonces expidió la Ley Nacional sobre Acción de Amparo, número 16,986, de 18 de octubre de 1966, que restringió el ámbito de este instrumento procesal, especialmente en relación con los actos que afectan la seguridad nacional o la continuidad de los servicios públicos, limitando también su procedencia respecto a los grupos de presión, por lo que este ordenamiento ha sido objetado por parte de la doctrina.⁵⁵ Para sustituir el amparo en el último sector, se

⁵³ Han sido muy numerosos los comentarios a estos dos casos jurisprudenciales, inclusive en estudios monográficos como los de los tratadistas Genaro R. Carrió, *Recurso de amparo y técnica judicial*, Buenos Aires, Abelardo-Perrot, 1959, y que lleva el subtítulo de Análisis crítico del caso "Kot"; Abel Houssay, *Amparo judicial y su influencia en la jurisprudencia*, Buenos Aires, Depalma, 1961; Alfredo Orgaz, *El recurso de amparo. Comentarios a los casos "Siri y Kot"*, Buenos Aires, Depalma, 1961; pero además deben mencionarse los documentados artículos de Segundo V. Linares Quintana, "Modificación de la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el amparo de la libertad", en *La Ley*, Buenos Aires, 7 de marzo de 1958, pp. 1-2; Roberto Repetto, "El recurso de amparo en la nueva interpretación de la Corte Suprema de la Nación", en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 4 de noviembre de 1958, pp. 1-5. La parte esencial de estos dos fallos en los amparos Siri y Kot han sido traducidos al inglés y publicados en los trabajos recopilativos de Kenneth L. Karst, *Latin American Legal Institutions; Problems for Comparative Study*, Los Angeles, University of California, Latin American Center, 1966, pp. 652-658; y Kenneth L. Karst, Keith S. Rosenn, *Law and Development in Latin America. A Case Book*, Berkeley-Los Angeles, University of California Press, 1975, pp. 161-165.

⁵⁴ Sobre el desarrollo jurisprudencial de la acción de amparo en el ámbito nacional, a partir de los fallos Siri y Kot antes mencionados, *cf.* Eduardo Vocos Conesa, "La demanda de amparo en la jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional desde Siri y Kot hasta el 25 de octubre de 1969", en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 12 y 15 de diciembre de 1969, pp. 1-31 y 19-29, respectivamente; el comentario "Acción de amparo: condiciones de admisibilidad (actualización jurisprudencial 1964-1969)", en *La Ley*, Buenos Aires, 16 y 17 de septiembre de 1969, pp. 1-11, 3-10, respectivamente; José Luis Amadeo, "Interpretación Jurisprudencial del amparo y su inclusión en las Constituciones Provinciales (reseña jurisprudencial)", en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 20 y 21 de abril de 1961, pp. 1-7 y 1-3. Algunos fallos sobre esta materia se incluyen en traducción inglesa en las recopilaciones de Karst y de Karst y Rosenn, citadas en la nota anterior, pp. 658-673 y 165-183.

⁵⁵ *Cfr.* Alberto F. Robredo, "La acción de amparo en la reciente ley 16,986", en *La Ley*, Buenos Aires, 3 de noviembre de 1966, p. 3; Bartolomé A. Fiorini, "Acción de amparo. Graves limitaciones e inconsecuencias que la desnaturalizan", en *La Ley*, Buenos Aires, 24 de noviembre de 1966, pp. 1-3; Germán J. Bidart Campos, "La nueva Ley de Amparo", en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 29 de noviembre de 1966, pp. 1-3; Salvador Dana Montaña, "La reglamentación legal del amparo jurisdiccional de los derechos y garantías", en *La Ley*, Buenos Aires, 8 de diciembre de 1966, pp. 1-7.

estableció el llamado *proceso sumarísimo* o “amparo contra actos de los particulares”, en el artículo 321 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, de 20 de septiembre de 1967.⁵⁶

51. La Constitución venezolana de 26 de enero de 1961 estatuyó el amparo en su artículo 49, también como instrumento para tutelar todos los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, con excepción de la libertad personal protegida por las reglas de la disposición transitoria quinta de la propia Carta Constitucional (ver *supra*, párrafo 25).

52. En virtud de que la ley reglamentaria respectiva se expidió muy recientemente, con anterioridad se produjo un intenso debate doctrinal como jurisprudencial sobre la aplicabilidad inmediata del citado precepto constitucional, como ocurrió en Argentina en el ámbito federal con anterioridad a la expedición de la ley de octubre de 1966 (ver *supra*, párrafo 50). En una primera etapa los jueces aceptaron la procedencia de este instrumento tutelar, pero después de un periodo de incertidumbre, la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema en sus resoluciones del 14 de diciembre de 1970 y 24 de abril de 1972, decidió que el amparo no era admisible sin la previa expedición de la ley reglamentaria. En años posteriores se reanudó la polémica y se intentó nuevamente la procedencia del amparo por la vía jurisprudencial, desarrollo que culminó con la decisión de la propia Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema, de 20 de octubre de 1983, por la cual modificó su criterio de los años 1970-1972, al establecer la posibilidad de admisión del propio amparo, aun sin el apoyo de la ley respectiva, lo que produjo un renacimiento de la institución ante diversos jueces y tribunales, y además, la presentación de varios proyectos de legislación reglamentaria ante el Congreso Federal.⁵⁷

⁵⁶ Dicho artículo 321. establece: “*Proceso sumarísimo*. Será aplicable el procedimiento establecido por el artículo 498 (trámite rápido y concentrado), cuando se reclamase contra un acto u omisión de un particular que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta algún derecho o garantía explícita o implícitamente reconocida por la Constitución Nacional, siempre que fuere necesaria la reparación urgente del perjuicio o de la cesación inmediata de los efectos del acto y la cuestión, por su naturaleza, no deba sustanciarse por alguno de los procesos establecidos por este Código u otras leyes ...” Cfr. Germán J. Bidart Campos, *Régimen Legal y jurisprudencial del amparo*, Buenos Aires, Ediar, 1968, pp. 113-118.

⁵⁷ El estudio monográfico más significativo sobre el origen y evolución del amparo en Venezuela es el estudio monográfico del tratadista Ramón Escobar Salom, *El Amparo en Venezuela*, Caracas, Ediciones del Colegio de Abogados del Distrito Federal, 1971, especialmente pp. 57-92; véase también Héctor Fix-Zamudio, “Algunos aspectos comparativos del derecho de amparo en México y Venezuela”, en el *Libro Homenaje a la memoria de Lorenzo Herrera Mendoza*, Caracas, Fundación Rojas Astudillo, 1970, vol. II, pp. 333-390; Allan R. Brewer Carías, *Garantías Constitucionales de los derechos del hombre*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1976, pp. 74-85; *id.*, *Estado de derecho y control*

53. La última experiencia jurisprudencial y los diversos proyectos legislativos determinaron la expedición de la *Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales*, de 18 de diciembre de 1987, promulgada el 22 de enero de 1988. Este ordenamiento no sólo reglamenta el amparo propiamente dicho, regulado por el artículo 49 de la Carta Federal de 1961 (ver *supra*, párrafo 51), sino también el *habeas corpus*, a través de un procedimiento específico que califica: “Del amparo de la libertad y seguridad personales” (título V, artículos 38-48). En cuanto al proceso de amparo en estricto sentido, es decir, para proteger los Derechos Humanos diversos de la libertad personal, el citado ordenamiento, al recoger la *jurisprudencia mencionada en el párrafo anterior*, sigue un criterio muy flexible, similar al de la jurisprudencia nacional argentina anterior a la ley de octubre de 1966 (ver *supra*, párrafo 49), puesto que el citado instrumento procede no sólo en contra de actos de autoridades de cualquier nivel, sino también respecto de particulares, personas jurídicas colectivas, grupos y organizaciones privadas (artículo segundo). Además, la citada institución tutelar no sólo protege los Derechos Humanos consagrados en la Carta Fundamental, sino también aquellos derechos fundamentales de la persona humana que no figuren expresamente en la propia Constitución (artículo primero).⁵⁸

54. Por lo que se refiere al ordenamiento constitucional peruano, el derecho de amparo se introdujo en la Carta aprobada en julio de 1979, pero después de una larga evolución que se inicia en el artículo 69 de la Constitución anterior de 1933, en la cual se confundió con el *habeas corpus*, según se mencionó con anterioridad (ver *supra*, párrafos 33-35). Dicha evolución desembocó en lo dispuesto por el artículo 295 de la mencionada Constitución promulgada por la Asamblea Constituyente el 21 de julio de 1979, y que entró en vigor en julio de 1980, al iniciarse el gobierno constitucional que sustituyó al régimen militar, ya que dicho precepto distingue claramente entre el citado *habeas corpus*, al cual se le restringe a su dimensión tradicional de proteger la libertad personal, de la llamada *acción de amparo*, la cual, según la mencionada disposición constitucional “cautela los demás derechos reconocidos por la Constitución

judicial, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1987, pp. 589-657. Respecto a un caso importante planteado en la segunda etapa de la Jurisprudencia, Cfr. René Molina Galicia, *El amparo a Rondalera*, Caracas, Ediciones Síntesis Jurídica, 1984.

⁵⁸ Cfr. Allan R. Brewer Carías y Carlos M. Ayala Corao, *Ley Orgánica de Amparo sobre derechos y garantías constitucionales*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1988.

que sean vulnerados o amenazados por cualquier autoridad, funcionario o persona”.⁵⁹ La propia institución fue reglamentada por la Ley de *Habeas Corpus* y de Amparo, promulgada el 7 de diciembre de 1982, la que atribuye la instancia final de ambos instrumentos al Tribunal de Garantías Constitucionales.⁶⁰

55. El artículo 19 de la Constitución Política de Bolivia, promulgada el 2 de febrero de 1967, introduce el recurso de amparo con independencia del *habeas corpus* contra los actos ilegales o las omisiones indebidas de funcionarios o particulares que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos y garantías reconocidas por la propia Constitución. Dicho instrumento ha sido reglamentado por los artículos 762 y 767 del Código de Procedimiento Civil.⁶¹

56. La Constitución de la República de Paraguay de 25 de agosto de 1967, regula el derecho de amparo en su artículo 77, en forma muy similar a la Carta Fundamental de Bolivia, y en los primeros años de vigencia de este ordenamiento, este instrumento tutelar fue admitido con bastantes limitaciones por la jurisprudencia hasta que fue regulado, así sea formalmente, debido al régimen autoritario que impera en ese país, por la Ley de Amparo promulgada el 3 de enero de 1972.⁶²

57. En la República de Ecuador se hizo el intento de introducir el amparo en el artículo 28, inciso 15, de la Constitución de 25 de mayo de 1967, pero la falta de una ley reglamentaria imposibilitó su aplicación efectiva.⁶³ Debido a dos sucesivos golpes de Estado, uno por el mismo presidente Velasco Ibarra,

⁵⁹ Cfr. Domingo García Belaúnde, “Protección procesal de los derechos fundamentales en la Constitución Peruana de 1979”, en *Derecho*, Lima, Universidad Católica, núm. 35, 1981, pp. 75-76; Alberto Borea Odria, *La defensa constitucional: el amparo*, Lima, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, 1977; *id.*, *El amparo y el habeas corpus en el Perú de hoy*, Lima, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, 1985; *id.*, “La acción de amparo”, en la obra editada por el Ministerio de Justicia. *Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales. Ley de Habeas Corpus*, Lima, s.f., pero al parecer 1983, pp. 169-180; Fernando Zubiare Reina, *Acción de Amparo*, Lima, Cultura Cuzco Editores, 1986.

⁶⁰ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, “La ley peruana de *habeas corpus* y amparo”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 50, mayo-agosto de 1984, pp. 573-582.

⁶¹ Cfr. Poblete Oblitas, *Recurso de amparo constitucional*, *cit. supra*, nota 43, especialmente pp. 248-308.

⁶² Cfr. Justo J. Prieto, *La Constitución paraguaya comentada*, Asunción, 1981, pp. 43-45.

⁶³ Dicho precepto establecía: “Sin perjuicio de otros derechos que derivan de la naturaleza de la persona, el Estado le garantiza... 15. El derecho de demandar el amparo jurisdiccional contra

en el año de 1971 que suspendió la vigencia de la Constitución de 1967, para revivir la anterior de 1946; y otro de las fuerzas armadas el año siguiente, que curiosamente fue todavía más atrás, al declarar nuevamente en vigor la Constitución de 1945, ninguna de las cuales consignaba el juicio de amparo, lo que determinó la desaparición de la institución.

58. Un nuevo intento se efectuó con motivo de la restauración del orden constitucional en enero de 1978, ya que en uno de los proyectos de Constitución que se sometieron a referéndum en esa fecha, se propuso nuevamente el establecimiento de la mencionada institución protectora.⁶⁴

59. Uruguay es el más reciente de los ordenamientos sudamericanos que adoptó el juicio de amparo, en el mencionado Decreto Constitucional o Acto Institucional número 19, de 15 de agosto de 1984 (ver *supra*, párrafo 37) que estableció las bases para el retorno al régimen constitucional, y en cuyo artículo 6o., inciso e), dispuso en su parte conducente:

Cualquier persona podrá deducir la acción de amparo contra todo acto u omisión de las autoridades o de particulares que en forma actual o inminente lesionen, restrinjan o alteren, con ilegitimidad manifiesta cualesquiera de los derechos y libertades reconocidas por la Constitución (de 1967), con excepción de los amparados por el *habeas corpus*...

Si bien el mismo precepto establece la necesidad de una ley reglamentaria que determine el órgano competente, la procedencia de la acción, el alcance y contenido de la sentencia, así como el procedimiento, que será sumario y predominantemente oral, en virtud de que este ordenamiento no se ha expedido, los tribunales han admitido y tramitado dicho instrumento con apoyo en el argumento de que la falta de reglamentación no puede ser obstáculo para el cumplimiento de la citada disposición fundamental, por lo que las lagunas existentes deben integrarse mediante leyes

cualquier violación de las garantías constitucionales sin perjuicio del deber que incumbe al Poder Público de velar por la observancia de la Constitución y las Leyes."

⁶⁴ En la Constitución aprobada por referéndum de 15 de enero de 1978, se estableció exclusivamente el *habeas corpus* para tutelar la libertad personal, según el artículo 19, párrafo 16, inciso j), como se señala en el texto de este trabajo. Sin embargo en el segundo proyecto que no obtuvo la mayoría aprobatoria en dicho referéndum y que implicaba la reforma de la Carta de 1945, se propuso el referido derecho de amparo en el artículo 19, párrafo 20: "El Estado garantiza... 20. El derecho a demandar el amparo jurisdiccional contra cualquier violación de las garantías constitucionales." Tribunal Supremo del Referéndum, *Proyecto de Constitución Política*, Quito, 1977, p. 80.

análogas, principios generales de derecho y doctrinas generalmente admitidas.⁶⁵

60. Existe un tercer sector de ordenamientos constitucionales latinoamericanos que otorgan al amparo una amplitud mayor que los mencionados anteriormente, pues conservan más cercana la influencia del derecho mexicano, en cuanto a la institución no sólo comprende la protección de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente contra todo acto o resolución de autoridad, y en algunos supuestos inclusive de grupos sociales, sino también la impugnación de las disposiciones legislativas que afecten los propios derechos, tomando en consideración que en este último supuesto la sentencia protectora se traduce en la desapplicación de las disposiciones combatidas en beneficio exclusivo del promovente, es decir, que los efectos son individuales. En ese sentido podemos mencionar la mayor parte de las legislaciones centroamericanas, con excepción de los matices que se advierten en Costa Rica y Panamá.⁶⁶

61. En Guatemala, como se expresó anteriormente, el derecho de amparo se introdujo en la reforma constitucional de 1921 (ver *supra*, párrafo 37), y fue regulado por la Ley de Amparo de 1928, que mantuvo su vigencia bajo el imperio de las subsecuentes Cartas de 1944 y 1956,⁶⁷ hasta que fue sustituida por lo dispuesto en el artículo 84 de la Constitución de septiembre de 1965, el que a su vez fue reglamentado por la Ley de Amparo, *Habeas Corpus* y la Constitucionalidad, de 20 de abril de 1966 (artículos 1o. a 74).⁶⁸

⁶⁵ Cfr. Eduardo G. Esteva, "La acción de amparo ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en su nueva integración", y el texto de la sentencia de 21 de junio de 1985, en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, Montevideo, junio-julio de 1985, pp. 66-68.

⁶⁶ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "La protección procesal", *cit.*, *supra*, nota 4, pp. 98-100; *id.*, "Verfassungskontrolle in Lateinamerika", *cit.*, *supra*, nota 31, pp. 677-680.

⁶⁷ Cfr. Maximiliano Kestler Farnés, *Introducción a la teoría constitucional guatemalteca*, 2a. ed., Guatemala. Centro Editorial "José de Pineda Ibarra", 1964, pp. 272-274; Ramiro Auyón Barneod, *El procedimiento de amparo*. Guatemala, 1955, pp. 88 y ss.; César Humberto León Rodas, *El habeas corpus, garantía de libertad en la legislación de Guatemala*, 1960. Estos dos últimos trabajos son tesis profesionales.

⁶⁸ Para el amparo con posterioridad a la Constitución de 1965 y la ley reglamentaria de 1966, *cfr.* Mario Aguirre Godoy, *Protección procesal de los derechos humanos*, Quetzaltenango, 1972, pp. 8-16; Edmundo Vázquez Martínez, *El proceso de amparo en Guatemala*, Guatemala, Editorial Universitaria de Guatemala, 1985; Jorge Mario García Laguardia, "La Constitución y su defensa. Notas sobre el sistema de la República de Guatemala. Una visión histórico-jurídica", en la obra colectiva *La Constitución y su defensa*, México, UNAM, 1984, pp. 706-723, y las siguientes tesis profesionales: José

62. El régimen anterior ha sido sustituido por el artículo 265 de la Constitución de 1985, vigente a partir de febrero de 1986, con la restauración del gobierno constitucional, precepto que dispone:

Se instituye el amparo con el fin de proteger a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o para restaurar el imperio de los mismos cuando la violación hubiere ocurrido. No hay ámbito que no sea susceptible de amparo, y procederá siempre que los actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad lleven implícitos una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan.

63. Este precepto ha sido reglamentado por los artículos 80. a 81 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, expedida por la Asamblea Nacional Constituyente el día 6, publicado el 13 de enero de 1986. Debe advertirse que de acuerdo con la influencia del amparo mexicano y como se había establecido desde la Ley de Amparo de 1928, dicho instrumento tutelar procede contra disposiciones legislativas contrarias a la Constitución, con efectos concretos. Sin embargo, en el ordenamiento guatemalteco, el amparo no es la única vía para impugnar las leyes inconstitucionales, sino que a partir de la ley de 1966 (artículos 95 a 104), lo que se reitera en el ordenamiento vigente de 1986 (artículos 95 a 104), se puede plantear dicha inconstitucionalidad en casos concretos y ante cualquier tribunal, con independencia del amparo y con efectos exclusivamente particulares en dichos casos⁶⁹ (ver *infra*, párrafo 81).

64. Por lo que respecta a *El Salvador*, se expresó con anterioridad que fue el primer país centroamericano que adoptó el derecho de amparo de acuerdo con el modelo mexicano a partir de su Carta Fundamental de 1886 (ver *supra*, párrafo 37), y lo ha conservado en sus Cartas posteriores, hasta el artículo 246 de la Constitución vigente expedida el 15 de diciembre de 1983, en cuya parte conducente dispone: “Toda persona puede pedir amparo ante la Sala de lo Constitucional de la Suprema Corte de Justicia

Gabriel Larios Ochaíta, *El amparo en la Constitución y en la ley*, Guatemala, 1968; Antonio Rafael Calderón, *Fundamentación de los derechos humanos y su protección en la legislación guatemalteca: amparo y habeas corpus*, Guatemala, 1970, y Gregorio Fuentes Charnaul, *El amparo en la legislación guatemalteca*, Guatemala, 1970.

⁶⁹ El artículo 120 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de la Constitucionalidad de enero de 1986, situado en el título cuarto, capítulo tres, sobre “Tramitación de inconstitucionalidad en casos concretos, establece en lo conducente: *Competencia*. En casos concretos, la persona a quien afecte directamente la inconstitucionalidad de una ley puede plantearla ante el tribunal que corresponda, según la materia. El tribunal asume el carácter de tribunal constitucional...”

por violación de los derechos que otorga la presente Constitución...” Dicho precepto por su similitud a los de las Cartas anteriores, está reglamentado por la Ley de Procedimientos Constitucionales de 14 de enero de 1960 (artículo 12-37) y sólo comprende la impugnación de actos y resoluciones concretos de cualquier autoridad, incluyendo a los organismos descentralizados, ya que la impugnación de los ordenamientos legales se realiza en el proceso de inconstitucionalidad a través de acción popular al que nos referiremos posteriormente (artículos 6-11) (*ver infra*, párrafo 122).⁷⁰

65. *Honduras*, que también introdujo el amparo desde el siglo anterior, lo ha consagrado en sus diversos textos constitucionales y leyes reglamentarias, y actualmente en el artículo 183 de la Constitución vigente, expedida el 11 de enero de 1982, precepto en el cual se establece:

El Estado reconoce la garantía de amparo. En consecuencia toda persona agraviada o cualquiera otra en nombre de ésta tiene derecho a interponer recurso de amparo: 1. Para que se le mantenga o restituya en el goce o disfrute de los derechos o garantías que la Constitución establece; y 2. Para que se declare en casos concretos que una ley, resolución, acto o hecho de autoridad, no obliga al recurrente ni es aplicable por contravenir, disminuir o tergiversar cualesquiera de los derechos reconocidos por esta Constitución. El recurso de amparo se interpondrá de conformidad con la Ley.

Como puede observarse, también procede el amparo contra leyes inconstitucionales en casos concretos. Como dicho precepto es similar al de ordenamientos constitucionales anteriores, se ha conservado la vigencia de la Ley de Amparo promulgada el 14 de abril de 1936, con algunas modificaciones secundarias introducidas con posterioridad a 1982.⁷¹

66. El juicio de amparo fue introducido en *Costa Rica* por el artículo 48 de la actual Constitución de 7 de noviembre de 1948 y reglamentado por la Ley de Amparo, número 1161, de 2 de junio de 1950, reformada en 1952 para incluir la tutela de los derechos sociales. Este instrumento sólo protege los derechos de la persona humana, tanto individuales como sociales, consagrados constitucionalmente, exceptuando a la libertad personal, objeto del *habeas corpus*, regulada por la Ley número 35, de 24 de noviembre de 1932, y también excluye la impugnación de las leyes incons-

⁷⁰ *Cfr.* Francisco Bertrand Galindo, “La protección procesal de las garantías individuales en América Latina”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Madrid, 1967, pp. 496-498.

⁷¹ *Cfr.* Héctor Fix-Zamudio, “The Writ of Amparo in Latin America”, *cit.*, *supra*, nota 47, p. 376.

titucionales, la que se tramita de acuerdo con el Código de Procedimientos Civiles, pero en este último caso, la sentencia protectora tiene efectos de carácter general (ver *infra*, párrafo 125).⁷²

67. El ordenamiento fundamental que se ha aproximado más al modelo mexicano ha sido, al menos en teoría, el de *Nicaragua*, como lo advirtió respecto con la legislación de 1950 el destacado procesalista español Jesús González Pérez,⁷³ pero que se ha transmitido a las Cartas posteriores, tanto la somocista de 1974, como las que surgieron de la revolución sandinista, así como en el artículo 50 del Estatuto sobre Derechos y Garantías de los Nicaragüenses de 21 de agosto de 1979,⁷⁴ precepto que fue reglamentado por la Ley de Amparo promulgada el 28 de mayo de 1980.

68. El amparo está consagrado actualmente en el artículo 188 de la nueva Constitución expedida el 19 de noviembre de 1986 y publicada el 9 de enero de 1987, precepto que dispone: "Se establece el recurso de amparo contra toda disposición, acto o resolución y en general en contra de toda acción u omisión de cualquier funcionario, autoridad o agente de los mismos que viole o trate de violar los derechos y garantías consagrados en la Constitución Política."

69. Debido a la influencia del constitucionalista José Dolores Moscote, en la *Constitución panameña de 1941*, se incorporaron tanto el juicio de amparo, como otras instituciones calificadas de "garantía", con el objeto de reparar las violaciones de la propia Constitución.⁷⁵

⁷² Cfr. Roberto Vinicio Alfaro Valverde, *El recurso de amparo*, San José, 1959, pp. 49 y ss. (tesis profesional); Enrique Guier, "Sentencias de amparo", 1950-1962", en *Revista del Colegio de Abogados*, San José, julio y noviembre de 1969, los dos números dedicados en su totalidad a este estudio legal y jurisprudencial del amparo; Ismael Vargas Bonilla, *Lecciones de derecho constitucional costarricense*, San José, 1955, pp. 120-122; Eduardo Ortiz Ortiz, *Costa Rica, Estado social de derecho*, San José, 1977, pp. 92-93; Diana S. Donaldson, "The Costa Rican Amparo in the Period 1950-1962", en *Lawyer of the Americas*, junio de 1976, pp. 371-393; Asamblea Legislativa de Costa Rica, Departamento de Servicios Técnicos, *Constitución Política de la República de Costa Rica, Anotada y concordada*, San José, Editorial Juricentro, 1977, pp. 275-312.

⁷³ "El proceso de amparo en México y Nicaragua", en *Revista de Administración Pública*, Madrid, 1954, pp. 297-321.

⁷⁴ Dicho precepto disponía: "Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos por el presente Estatuto o en el Estatuto Fundamental promulgado el día 20 de julio de 1979, hayan sido violados, podrá interponer un recurso de amparo de conformidad con la Ley."

⁷⁵ Cfr. Carlos Bolívar Pedreschi, *El pensamiento constitucional del Dr. Moscote*, Panamá Universidad de Panamá, 1953, pp. 170 y ss.; Moscote, J. D., *El derecho constitucional panameño*, Panamá, "Edit. Star & Herald", 1943.

70. En las Constituciones panameñas posteriores, de marzo de 1946 y en la vigente de octubre de 1972, reformada sustancialmente en mayo de 1983, se regula el amparo en los artículos 51 y 50, respectivamente. Este último dispone:

Toda persona contra la cual se expida o se ejecute, por cualquier servidor público, una orden de hacer o de no hacer, que viole los derechos y garantías que esta Constitución consagra, tendrá derecho a que la orden sea revocada a petición suya o de cualquier persona. El recurso de amparo de garantías constitucionales a que este artículo se refiere, se tramitará mediante procedimiento sumario y será de competencia de los tribunales judiciales.

Este precepto estaba reglamentado por la Ley número 46, sobre Recursos Constitucionales y de Garantía promulgada el 24 de noviembre de 1956 (artículos 43-59) sustituida recientemente por el título III del libro cuarto (Instituciones de Garantía) artículos 2606-2623, del Código Judicial, expedido el 30 de mayo de 1986.⁷⁶

71. Haremos una breve referencia al *juicio de amparo mexicano*, en virtud de que posee una amplitud tutelar mucho más extensa que las instituciones similares en los ordenamientos latinoamericanos. Esta institución está consagrada en los artículos 103 y 107 de la Constitución Federal de 5 de febrero de 1917 y por la Ley de Amparo de 30 de diciembre de 1935, reformada en varias ocasiones posteriores, especialmente en 1951, 1963, 1968, 1976 y 1983, posee un ámbito protector que puede dividirse en cinco sectores: a) como instrumento protector de la libertad personal, similar al *habeas corpus* (ver *supra*, párrafo 25); b) como el único medio para impugnar las leyes inconstitucionales en casos concretos, y entonces recibe el nombre de *amparo contra leyes*; c) como medio de impugnación de último grado contra las resoluciones judiciales de todos los tribunales del país, tanto locales como federales, al que se ha denominado *amparo judicial o casación*, por su cercanía con el recurso de casa-

⁷⁶ En relación con el amparo y la acción popular de inconstitucionalidad, *cfr.* J. D. Moscote, *op. ult. cit.*, pp. 451-455; Víctor G. Goytia, *Las Constituciones de Panamá*, Madrid, Instituto de Cultura Hispánica, 1954, pp. 762-763; Carlos Bolívar Pedreschi, *El control de la constitucionalidad en Panamá*, Madrid, Guadarrama Ediciones, 1965, pp. 17 y ss.; *id.*, *Jurisprudencia constitucional*, Panamá, 1967, pp. 17 y ss.; Jorge Fábrega P., *El doctor Eusebio Morales y el control de la constitucionalidad*, Panamá, 1965, pp. 8-10; Sección de Investigación Jurídica de la Universidad de Panamá, *Jurisprudencia constitucional*, Panamá, 1967, tomo I, pp. 15 y ss.; César A. Quintero, "La jurisdicción constitucional en Panamá", en la obra colectiva editada por Jorge Fábrega, *Estudios de derecho constitucional panameño*, Panamá, Editora Jurídica Panameña, 1987, pp. 801-838.

ción; *d*) como instrumento para impugnar las resoluciones o actos de las autoridades administrativas cuando los mismos no pueden combatirse ante un tribunal administrativo, por lo que funciona este sector como un *proceso contencioso administrativo*, y *e*) finalmente, a partir de las reformas de febrero de 1963, se han introducido modalidades especiales para tutelar procesalmente a los campesinos sujetos a la reforma agraria (población ejidal y comunal y derechos individuales de ejidatarios y comuneros), las que se agrupan en 1976 en un libro de la Ley Reglamentaria que ha recibido la denominación doctrinal de *amparo social agrario*.⁷⁷

72. Dentro de este sector de los instrumentos protectores de los Derechos Humanos consagrados en las Constituciones latinoamericanas, debemos comprender también aquellos que asumen una función similar a la acción, recurso o juicio de amparo, descrito en los párrafos anteriores, y que son, como lo señalamos con anterioridad (ver *supra*, párrafo 39), el *mandado de segurança* brasileño y el recurso de protección chileno.

73. El citado *mandado de segurança*, se ha traducido al castellano por algunos tratadistas como “mandamiento de amparo”, por su similitud y puntos de contacto con el juicio de amparo de otros ordenamientos latinoamericanos.⁷⁸ Este instrumento tutelar fue introducido en el artículo 113, párrafo 33 de la Constitución Federal brasileña de 1934, y actualmente está regulado por el artículo 153, párrafo 21, de la Carta Federal de 24 de enero de 1967, reformada el 27 de octubre de 1969, todavía en vigor, aun cuando será sustituida por una nueva de carácter democrático. Dicho precepto está reglamentado por la ley número 1533, de 31 de diciembre de 1951 (expedida bajo la vigencia de la Carta Federal de 1946), reformada en varias ocasiones posteriores.⁷⁹

⁷⁷ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, “A Brief Introduction to the Mexican Writ of Amparo”, *cit.*, *supra*, nota 38, pp. 316-319; *id.*, “Verfassungskontrolle in Lateinamerika”, *cit.*, *supra*, nota 31, pp. 661-666.

⁷⁸ El tratadista español Manuel Fraga Iribarne, traduce dicha institución brasileña como “mandamiento de amparo” en su versión española de la Constitución de 1946, en la obra de T. V. Cavalcanti, *Las Constituciones del Brasil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958, pp. 685-686; y también se refieren a este instrumento procesal brasileño con el nombre de “amparo” los juristas argentinos Carlos Sánchez Viamonte, *Juicio de amparo*, Buenos Aires, Omeba, 1963, pp. 43-47; y José Luis Lazzarini, *El juicio de amparo*, Buenos Aires, La Ley, 1967, pp. 53-64.

⁷⁹ Se han elaborado varios estudios comparativos entre el juicio de amparo mexicano y el *mandato de segurança* brasileño, entre los que pueden mencionarse a los redactados por Alfredo Buzaid, “Juicio de amparo e *mandado de segurança*”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núms. 37-40, enero a diciembre de 1960, pp. 107-150; Héctor Fix-Zamudio, “Mandato de seguridad y juicio de amparo”, en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núm. 46, enero-abril de

74. El *mandado de segurança* o de amparo procede esencialmente contra los actos inconstitucionales o ilegales de autoridades administrativas, o en general contra actos administrativos de cualquier autoridad, que afecten los derechos de los gobernados, y sólo de manera excepcional puede promoverse contra resoluciones judiciales.⁸⁰ En principio tampoco puede interponerse directamente en contra de las disposiciones legislativas que se consideren inconstitucionales, ya que solamente pueden impugnarse los actos o resoluciones administrativas que se apoyen en dichos ordenamientos, si bien se han elaborado proyectos legislativos, a fin de que, por excepción, se puedan combatir leyes en abstracto cuando se demuestre que sus efectos futuros pudieran causar daños de difícil o incierta reparación.⁸¹

75. El llamado *recurso de protección* fue consagrado por el Acta Institucional número 3, publicada el 13 de septiembre de 1976 y expedida por el gobierno militar chileno. Fue reglamentado por el Auto Acordado de la Corte Suprema de 2 de abril de 1977. Este mismo instrumento fue incorporado al artículo 20 de la Constitución aprobada por plebiscito de septiembre de 1980. De acuerdo con estos ordenamientos, el citado recurso tiene por objeto proteger los Derechos Humanos consagrados constitucionalmente, contra los actos violatorios de las autoridades públicas, con excepción de la libertad personal tutelada por el *habeas corpus*,

1963, pp. 3-69; J. M. Othon Sidou, *O juízo de amparo*, Recife, Brasil, 1968; Héctor Fix-Zamudio, Alejandro Ríos Espinoza y Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Tres estudios sobre el mandato de seguridad brasileño*, México, UNAM, 1963; Alejandro Ríos Espinoza "Mandamiento de Seguridad", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 53, enero-marzo de 1964, pp. 77-110. Además de los estudios mencionados en la nota 45 de este trabajo que abordan tanto el *habeas corpus* como el amparo en el derecho brasileño, pueden consultarse también las obras siguientes: José Castro Nunes, *Do mandado de segurança*, 6a. ed., Río-São Paulo Forense, 1961; Celso Agrícola Barbi, *Do mandado de segurança*, 3a. ed., Río de Janeiro, Forense, 1977; Helly Lopes Meirelles, *Mandato de segurança e ação popular*, 2a. ed., São Paulo, Editorial Revista dos Tribunais, 1969. También pueden consultarse las traducciones al inglés sobre doctrina y jurisprudencia de esta institución en la obra del tratadista norteamericano Karst y del mismo autor conjuntamente con su compatriota Rosen, citados *supra*, nota 53, p. 646-651 y 99-125, respectivamente.

⁸⁰ Respecto a la procedencia de la institución brasileña contra resoluciones judiciales, la que sólo se admite de manera excepcional, *Cfr.* Estelita Guilhaume, "Mandado de segurança contra ato jurisdiccional", en *Ati de Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile*, Padova, Cedam, 1953, pp. 2237 y ss.; Casa Rui Barbosa, *O mandado de segurança e sua jurisprudência*, Río de Janeiro, 1961 tomo I, p. 278; Tito Galvão Filho, *Dicionário de jurisprudência no mandado de segurança*, Curitiba, Paraná, 1960, pp. 28-33; Alfredo Buzaid, "Juicio de amparo e mandado de segurança" citado nota anterior, p. 145.

⁸¹ Así en la doctrina, José Castro Nunes, *O mandado de segurança*, cit., *supra* nota 79, pp. 117-122; Themistocles Brandão Cavalcanti, *O mandado de segurança*, cit., *supra* nota 45, pp. 184-188; Alfredo Buzaid, *op. ult. cit.*, p. 145; Tito Galvão Filho, *op. ult. cit.*, pp. 156-160.

este último consagrado en el artículo 21 de la mencionada Constitución.⁸² Como puede observarse se trata en realidad de un proceso de amparo con otra denominación sólo por motivos de carácter político.

76. El tercer sector de los instrumentos que derivan de la influencia angloamericana y más estrictamente estadounidense, se refiere a la *acción o recurso de inconstitucionalidad*, que es el que tiene un vínculo más estrecho con la revisión judicial de la inconstitucionalidad de las leyes (ver *supra*, párrafos 20 y 21).⁸³

77. En América Latina, una vez lograda la independencia de España y Portugal, el sistema constitucional norteamericano ejerció una especie de fascinación entre los juristas y los políticos de nuestra región, y una de las instituciones que se consideraron como más avanzadas, además del régimen federal para varios de nuestros ordenamientos, lo fue precisamente la revisión judicial, que se divulgó ampliamente, según se ha dicho, por la obra de Alexis de Tocqueville, *La democracia en América*, y en menor grado en virtud del conocimiento de los artículos periodísticos reunidos bajo el nombre de *El federalista* (ver *supra*, párrafos 18 y 19).

78. Aun cuando la citada revisión judicial se implantó paulatinamente en las Constituciones latinoamericanas en combinación con la tradición hispánica y la atracción ejercida por las Cartas revolucionarias francesas,⁸⁴ significó el abandono, también en forma escalonada de los primeros intentos de control de la constitucionalidad de las leyes por el órgano legislativo, de acuerdo con el ejemplo de los artículos 372 y 373 de la Constitución española de Cádiz de 1812, la que además de haberse implantado, así sea formalmente, en las antiguas colonias españolas que entonces luchaban por su independencia, tuvo también considerable influencia, aun cuando no sea tan aparente, en los primeros años de vida independiente.⁸⁵

⁸² Cfr. Eduardo Soto Kloss, *El recurso de protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1982.

⁸³ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "Influencia del derecho angloamericano en la protección procesal", *cit.*, *supra*, nota 46, pp. 497-503; Enrique Vescovi, *El proceso de inconstitucionalidad de la ley*, Montevideo, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1967, pp. 17-38.

⁸⁴ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, trabajos mencionados en la nota 48.

⁸⁵ Cfr. Phanor J. Eder, *Judicial Review in Latin America*, *cit.*, *supra*, nota 10, pp. 572-573. Como ejemplo podemos mencionar los artículos 164 y 165 de la Constitución Federal Mexicana de 1824, la cual encomendó al Congreso General el control de la constitucionalidad, y en varias ocasiones, declaró la nulidad de disposiciones legislativas de carácter local. Cfr. Felipe Tena Ramírez, "El control

79. Según el documentado estudio del tratadista norteamericano Phanor J. Eder, el primer documento constitucional que estableció la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, lo fue la Carta del Estado de Yucatán, de mayo de 1841; instrumento que podía invocarse por conducto del proceso de amparo ante el Pleno de la Suprema Corte de Justicia (artículo 62, fracción I), es decir, funcionaba como régimen concentrado, pero también se adoptó el sistema difuso, en virtud de lo dispuesto por el artículo 75 del citado ordenamiento, el cual obligaba a los jueces a preferir la Constitución local sobre cualquier disposición legislativa en contrario (ver *supra*, párrafo 20). A continuación, introdujeron la revisión judicial con diversos matices las Constituciones de Haití (1843), artículo 162; México en el ámbito nacional (1847, como reforma a la Carta Federal de 1824), artículo 25; Bolivia (1851, artículo 82; Argentina (1853-1860), artículo 100, y así sucesivamente.⁸⁶

80. Inclusive los dos últimos reductos del control de la legislación por parte del parlamento, bajo la influencia europea de Juan Jacobo Rousseau, quien consideró al órgano legislativo como representante de la voluntad general,⁸⁷ es decir, los ordenamientos del Perú y Ecuador consagraron la revisión judicial en años recientes, el primero en el artículo 80. de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 25 de julio de 1963; y actualmente en el artículo 295 de la Carta vigente de 1979, y el último introdujo la institución en el artículo 178 de la Constitución vigente de 1978.

81. En la actualidad y en forma sintética podemos afirmar que consagran con diversas modalidades el sistema americano de revisión judicial, es decir, con efectos en los casos concretos en los cuales se plantean las siguientes Cartas Fundamentales: Argentina (1853-1860), artículo 100; Bolivia (1967), artículo 228; Brasil (1967-1969), artículo 119, fracción III; Colombia (1886), artículo 216; Costa Rica (1949), artículo 10 (pero con efectos generales); Chile (1980), artículo 80; Ecuador (1978), artículo 178; El Salvador (1983), artículo 174; Guatemala (1985), artículo 266; Honduras (1982), artículos 184-185; México

de la constitucionalidad bajo la vigencia de la Constitución de 1824", en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, núm. 46, abril-junio de 1950, pp. 31-38.

⁸⁶ Cf. Phanor J. Eder, *op. ult. cit.*, pp. 571-572.

⁸⁷ *El contrato social*, trad. de Enrique de la Rosa, libro II, capítulo VI a XII, sobre la ley y el legislador, Buenos Aires, Los libros del Mirasol, 1961, pp. 177-191.

(1917), artículos 103 y 107; Nicaragua (1987), artículo 187; Panamá (1972-1983), artículo 203; Paraguay (1967), artículo 200; Perú (1979), artículo 295; Venezuela (1961), artículo 215, y Uruguay (1967), artículos 256-257.

82. Se pueden señalar dos modalidades en el régimen de revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes. La primera, es la que consagra el sistema *difuso* del modelo norteamericano, es decir, la impugnación de las leyes puede plantearse por las partes en los procesos ordinarios concretos, o de oficio por todos los jueces, con independencia de su jerarquía, los que tienen facultad para decidir esta cuestión en vía incidental (erróneamente calificada como vía de excepción), sin perjuicio de que a través de los diversos recursos los asuntos puedan llegar a la Corte Suprema. La segunda categoría corresponde a los ordenamientos que han adoptado un régimen *concentrado*, en cuanto los jueces inferiores no pueden decidir sobre las cuestiones de inconstitucionalidad de las leyes que se les plantean en los procesos concretos de que conocen, sino que deben elevar dichas cuestiones a las Cortes Supremas para su decisión. En algunos supuestos deben suspender el procedimiento y en otros continuarlo.

83. Dentro del primer sector, podemos situar a las Cartas constitucionales de Argentina, Brasil, Colombia, Guatemala, Honduras, México (únicamente ante los tribunales federales), Nicaragua, Perú, Venezuela y Uruguay; y en la segunda categoría, es decir, que la decisión corresponde sólo a las Cortes Supremas, a los ordenamientos fundamentales de Bolivia, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Panamá y Paraguay.

84. En todos los casos mencionados debe señalarse, que el control judicial con efectos particulares para los casos concretos, no es incompatible con la declaración general de inconstitucionalidad, y en Costa Rica, esta última es la única posible. Por otra parte, la citada revisión judicial abarca los diversos sectores de las Cartas Fundamentales, es decir, que procede cuando las disposiciones legales violen los preceptos constitucionales relativos a los Derechos Humanos (jurisdicción constitucional de la libertad), los que establecen las competencias de los órganos públicos (jurisdicción constitucional orgánica), y los que regulan el régimen del derecho internacional o comunitario (jurisdicción constitucional transnacional) (ver *supra*, párrafos 2, 3 y 4).

85. Dentro de los ordenamientos latinoamericanos que consagran el *sistema difuso* de revisión judicial, podemos señalar como los ejemplos más evidentes, las legislaciones de Argentina y de Brasil, que además por su régimen federal, se aproximan bastante al modelo norteamericano a través del *recurso extraordinario de inconstitucionalidad*.

86. En ambos sistemas el mencionado instrumento de impugnación sólo procede contra las resoluciones judiciales de los tribunales locales y de los de carácter federal, cuando deciden sobre la constitucionalidad de una ley o sobre la oposición entre un ordenamiento local y otro de carácter nacional, es decir, únicamente en el supuesto de la existencia de un “*caso federal*”, ya que, de no presentarse este supuesto, los fallos respectivos deben considerarse firmes.⁸⁸

87. Por lo que se refiere a Argentina, el recurso extraordinario de inconstitucionalidad está regulado por los artículos 100 y 101 de la Constitución Nacional, y reglamentado por la Ley 48 de 1863 y en la actualidad, también por los artículos 256 a 258 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de 1967.⁸⁹ El citado recurso es definido por la doctrina como “una apelación excepcional que tiene por objeto el mantenimiento de la supremacía constitucional y cuyo conocimiento corresponde a la Suprema Corte de la Nación, en los términos del artículo 101 constitucional, por virtud de su jurisdicción de apelación”.⁹⁰ La jurisprudencia ha ampliado la procedencia del propio recurso extraordinario a otras dos cuestiones que no están relacionadas estrictamente con el “caso federal”, es decir, respecto a la impugnación de la “sentencia arbitraria”⁹¹ así como la “gravedad

⁸⁸ Para el concepto de “caso federal” en el régimen constitucional estadounidense, entre otros Bernard Schwartz, “Los poderes del gobierno. Comentario sobre la Constitución de los Estados Unidos”, tomo 1. *Poderes federales y estatales*, trad. de José Juan Olloqui Labastida, México, UNAM, 1956, pp. 490-497; Henry J. Abraham, *The Judicial Process*, 3a. ed., New York, Oxford University Press, 1975, pp. 138-142.

⁸⁹ Cfr. Sobre estos últimos preceptos, Julio A. de Gregorio Levié, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Doctrina y jurisprudencia*, Buenos Aires. Ediar, 1985, tomo 1, pp. 666-668.

⁹⁰ Cfr. Esteban Imaz y Ricardo E. Rey, *El recurso extraordinario*, 2a. ed., actualizada por Ricardo E. Rey y Lino Enrique Palacio, Buenos Aires, 1962, pp. 13-16; Néstor Pedro Sagües, *Recurso extraordinario*, Buenos Aires, Depalma, 1984, 2 vols.; Jorge Reinaldo Vanossi, *Recurso extraordinario federal: control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1984.

⁹¹ Cfr. Genaro R. Carrió, *Recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, Buenos Aires, Abelardo Perrot, 1967; Néstor Pedro Sagües, *op. ult. cit.*, tomo II, pp. 573-709; Jorge Reinaldo Vanossi, *op. ult. cit.*, pp. 146-190.

institucional”⁹² como aspectos de la razonabilidad constitucional, en cuanto afectan al derecho fundamental del debido proceso.⁹³

88. La situación es similar en el instrumento de apelación del derecho brasileño, que inclusive recibe el mismo nombre del argentino y está regulado por el artículo 119, fracción III, de la Constitución Federal de 1967-1969. También procede cuando se presenta la contradicción entre una ley local o federal con la Carta Fundamental, ordenamiento federal o tratado internacional, cuestión que puede plantearse ante cualquier juez o tribunal, los cuales tienen facultad para resolverla de acuerdo con el modelo norteamericano del control difuso, pero la decisión final corresponde al Supremo Tribunal Federal, a través del mencionado recurso extraordinario de inconstitucionalidad.⁹⁴

89. Como ejemplo de la segunda categoría de ordenamientos constitucionales latinoamericanos, que atribuyen en una sola instancia, es decir directamente y sólo a la Corte Suprema, la decisión sobre la inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas con efectos concretos, como control por órgano concentrado, podemos señalar el llamado “recurso de inaplicabilidad” del ordenamiento chileno, que se implantó en el artículo 89 de la Constitución anterior de 1925, como una atribución exclusiva de la Corte Suprema de Justicia, que podía interponerse en cualquier estado del juicio ordinario, sin suspender su tramitación. El procedimiento respectivo fue establecido por Auto Acordado de la propia Corte de 22 de marzo de 1932.⁹⁵ La Constitución vigente de septiembre de 1980, ha conservado el mismo sistema en el artículo 80, con alguna variante en cuanto a la suspensión del procedimiento ordinario. En efecto, dicho precepto dispone:

⁹² Cfr. Fernando N. Barrancos y Vedia, *Recurso extraordinario y “gravedad institucional”*, Buenos Aires, Abelardo Perrot, 1969; Néstor Pedro Sagüés, *op. ult. cit.*, tomo II, pp. 711-734.

⁹³ Cfr. Juan Francisco Linares, *Razonabilidad de las leyes, El debido proceso como garantía innominada de la Constitución argentina*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1970, pp. 159-227.

⁹⁴ Cfr. entre otros Luiz Pinto Ferreira, *Curso de direito constitucional*, 2a. ed., São Paulo, Saraiva, 1974, tomo II, pp. 378-379, 388-395; José Afonso da Silva, *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1963, esp. pp. 59-479; Paulino Jacques, *A Constituição*, explicada, 4a. ed., Río de Janeiro, Forense 1976, pp. 120-124; *id.*, *Curso de direito constitucional*, 9a. ed., Río de Janeiro, Forense, 1983, pp. 335-348.

⁹⁵ Cfr. Alejandro Silva Bascuñán, *Tratado de derecho constitucional*, tomo III, pp. 432-445; Jorge Mario Quinzio Figueiredo, *Manual de derechos constitucionales*, pp. 506-509, ambos citados *supra*, nota 35.

La Corte Suprema, de oficio o a petición de parte, en las materias que conozca o que le fueren sometidas en recurso interpuesto en cualquier gestión que se siga ante otro tribunal, podrá *declarar inaplicable* para esos casos particulares todo precepto legal contrario a la Constitución. Este recurso podrá deducirse en cualquier estado de la gestión, pudiendo ordenar la Corte la suspensión del procedimiento.

IV. LA TRASCENDENCIA DEL DERECHO CONTINENTAL EUROPEO

90. Hemos señalado en los párrafos anteriores que la influencia angloamericana se impuso de manera paulatina pero firme en la totalidad de las constituciones latinoamericanas; sin embargo, en época reciente, es decir, con posterioridad a la segunda posguerra, al extenderse considerablemente en Europa Continental y en otros ordenamientos, el llamado sistema "austriaco" de control de la constitucionalidad de los actos de autoridad (ver *supra*, párrafo 15);⁹⁶ se inició su trascendencia en algunos ordenamientos de América Latina, primero de manera incipiente, pero en los últimos años con mayor vigor, sin que ello se afectara la tradición "americana", o sea, sin que se produjera la incompatibilidad con la desaplicación de las disposiciones legislativas por jueces ordinarios o, en su caso, por la Corte Suprema, contrariamente a lo que ocurrió en el continente europeo, en el cual se impuso el criterio opuesto, de prohibir a los propios jueces ordinarios de decisión de las cuestiones de inconstitucionalidad en los casos concretos de los cuales conocen.⁹⁷

91. Este desarrollo se inició al menos formalmente, en la Constitución guatemalteca de 15 de septiembre de 1965, pero sin suprimir el sistema americano que se consagró en Cartas anteriores (ver *supra*, párrafo 81), al instroducirse un tribunal especializado para cuestiones constitucionales denominado *Corte de Constitucionalidad*, de acuerdo con los artículos 262 a 265, reglamentados por los artículo 105 a 111 de la Ley de Amparo, *Habeas Corpus* y la Constitucionalidad, de 3 de mayo de 1966.

⁹⁶ Cfr. entre otros, el excelente estudio comparativo y reciente sobre la extensión del sistema austriaco en Europa Occidental, elaborado por el destacado tratadista Louis Favoreu, "*Europe Occidentale*", en la obra editada por el mismo Favoreu y John Anthony Jolowicz, *Le contrôle juridictionnel des lois, légitimité, effectivité et développements récents*, Paris, Économica-Presses, Universitaire d'Aix-Marseille, 1986, pp. 17-68.

⁹⁷ Cfr. Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981, esp., pp. 49-59.

92. Dicha corte no tenía carácter permanente, sino que se integraba cada vez que se planteaba una reclamación denominada *recurso de inconstitucionalidad*, con cinco magistrados de la Suprema Corte de Justicia y el resto por sorteo hasta completar doce, entre los miembros de la Corte de Apelaciones y del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. La instancia podía presentarse por el Consejo de Estado (cuerpo consultivo); el Colegio de Abogados, por decisión de su asamblea general; el Ministerio Público, por disposición del presidente de la República, tomada en Consejo de Ministros; así como por cualquier persona o entidad a quien afectaba la inconstitucionalidad de la ley o disposición gubernativa impugnada, con el auxilio de diez abogados en ejercicio.⁹⁸

93. En el supuesto de que dicha Corte especializada declarase la inconstitucionalidad de una ley o decisión gubernativa de carácter general, dicha decisión asumía *efectos generales*, ya que los artículos 265, constitucional y 108 de la ley reglamentaria, disponía que los preceptos respectivos dejarían de surtir efecto desde el día siguiente de la publicación del fallo en el *Diario Oficial*.

94. La efectividad de dicha Corte constitucional fue muy restringida, debido a la grave situación política de Guatemala, durante el tiempo en que estuvo vigente, de manera formal, la Carta de 1965, la que fue suspendida por el golpe militar de 1981. De los escasos recursos de inconstitucionalidad planteados, sólo uno fue resuelto favorablemente, o sea, el presentado por el Procurador General por acuerdo del presidente de la República, y en el cual la citada Corte declaró la inconstitucionalidad, con efectos generales, del Decreto expedido por el Congreso de la República el 7 de diciembre de 1967. Las demás impugnaciones fueron desestimadas por la propia Corte.⁹⁹

95. Debido al intenso debate doctrinal que precedió a la expedición de la actual Constitución de 1985, que entró en vigor en febrero de 1986, se propuso por varios tratadistas, lo que se acogió por el constituyente, el restablecimiento de la Corte de Constitucionalidad, pero como tribunal

⁹⁸ Cfr. Mario Aguirre Godoy, "Protección procesal de los derechos humanos", en *Septem Partiarum*, Guatemala, 1976, pp. 938-993.

⁹⁹ Cfr. Jorge Mario García Laguardia, *La defensa de la Constitución*, 3a. ed., Guatemala, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM-Universidad de San Carlos de Guatemala, 1987, pp. 60-79. En las pp. 89 a 121 se transcriben las decisiones de la Corte de la Constitucionalidad anterior.

especializado de carácter permanente;¹⁰⁰ el que se consagró en los artículos 268 a 272 de dicha Carta Fundamental, reglamentados por los artículos 149 a 189 de la nueva Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, de 8 de enero de 1986.

96. Dicha Corte de Constitucionalidad se integra con cinco magistrados titulares, cada uno con su respectivo suplente, pero cuando conozca de asuntos de inconstitucionalidad en contra de la Corte Suprema de Justicia, el Congreso, el presidente o vicepresidente de la República, su número se elevará a siete, escogiéndose los otros dos magistrados por sorteo entre los suplentes. Los mencionados magistrados duran en sus funciones cinco años; y son designados, cada uno de ellos por el pleno de la Corte Suprema de Justicia; el Congreso; el presidente de la República en consejo de Ministros; el Consejo Superior Universitario de la Universidad de San Carlos y por la Asamblea del Colegio de Abogados (artículos 269-270 constitucionales y 150-162 de la Ley reglamentaria).

97. Las facultades de la actual Corte de Constitucionalidad son más amplias que las del organismo anterior, puesto que además del recurso de inconstitucionalidad, conoce en única o en última instancia de los procesos de amparo y en apelación de las impugnaciones de inconstitucionalidad en casos concretos; posee atribuciones consultivas sobre cuestiones de inconstitucionalidad a solicitud de cualquiera de los organismos del Estado, o en relación con el veto del presidente de la República, cuando este último alegue inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas (artículos 272 de la Constitución y 163-164 de la Ley reglamentaria).

98. La petición de inconstitucionalidad puede ser interpuesta por la Junta Directiva del Colegio de Abogados, a través de su presidente; el Ministerio Público por conducto del Productor General de la Nación; el Procurador General de los Derechos Humanos (*Ombudsman*); y cualquier persona con el auxilio de tres abogados colegiados activos (artículo 134 de la Ley); si la Corte de Constitucionalidad la considera fundada, la declaración de inconstitucionalidad que pronuncie, tiene efectos generales, en virtud de que, de acuerdo con el artículo 140 de la propia Ley reglamentaria, cuando la sentencia de la Corte de Constitucionalidad determine la inconstitucionalidad total de una ley, reglamento o disposi-

¹⁰⁰ Jorge Mario García Laguardia y Edmundo Vázquez Martínez, *Constitución y ordenamiento democrático*, Guatemala, Editorial Universitaria de Guatemala, 1984, pp. 183-191.

ción de carácter general, éstos quedarán sin vigencia, y si la inconstitucionalidad fuera parcial quedará sin vigencia en la parte que se declare inconstitucional. En ambos casos dichos ordenamientos dejarán de surtir efectos desde el día siguiente al de la publicación del fallo en el *Diario Oficial*.

99. El tribunal especializado en el derecho chileno fue introducido en las reformas a la Constitución de 1925, promulgadas el 21 de enero de 1970, con el nombre de *Tribunal Constitucional* artículo 78 b), el cual se constituyó el 10 de septiembre de 1971 y a través de sus autos acordados publicados en el *Diario Oficial* los días 23 de noviembre y 11 de diciembre del mismo año, el propio tribunal aprobó los estatutos jurídicos sobre su organización, funcionamiento, el régimen de su personal y el procedimiento aplicable. Dicho Tribunal funcionó activamente durante tres años, especialmente en cuanto a sus atribuciones de resolución de conflictos de atribución entre el Congreso, en el que había mayoría opositora, y el presidente Salvador Allende; pero cesó en sus actividades con motivo del golpe militar de 11 de septiembre de 1973, que suprimió el orden constitucional, y fue disuelto formalmente por decreto-ley del propio gobierno militar, de 10 de noviembre siguiente.¹⁰¹

100. El citado Tribunal Constitucional estaba facultado esencialmente para resolver las cuestiones constitucionales que se suscitaban durante la tramitación de los proyectos de ley o de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso; sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley; respecto a los problemas de constitucionalidad suscitados con motivo de la convocatoria a plebiscito; sobre las inhabilidades constitucionales que afectaran a una persona designada ministro de Estado; sobre las reclamaciones que se plantearan en caso de que el presidente de la República no promulgara una ley cuando debía hacerlo, o promulgara un texto diverso del que constitucionalmente correspondiese y, finalmente, podía decidir las contiendas de competencia que determinarían las leyes.¹⁰²

¹⁰¹ Sobre los antecedentes de este tribunal, cfr. Alejandro Silva Bascuñán, "El Tribunal Constitucional", en el libro colectivo *Reforma constitucional de 1970*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1970, pp. 207-219; Eduardo Frei, "La reforma constitucional en el contexto histórico político", en la misma obra, pp. 48 y ss., y respecto a su actuación, Enrique Silva Cimma, *El Tribunal Constitucional de Chile (1971-1973)*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1977, pp. 63-206.

¹⁰² Cfr. Alejandro Silva Bascuñán, *op. ult. cit.*, pp. 249-257; Enrique Silva Cimma, *op. ult. cit.*, pp. 37-43.

101. No obstante haber suprimido dicho Tribunal Constitucional en 1973, como se ha dicho, el mismo régimen militar, encabezado por el general Augusto Pinochet, restableció dicho Tribunal con funciones muy similares a las que tenía con anterioridad, en los artículos 81 a 83 de la nueva Constitución aprobada en plebiscito de 11 de septiembre de 1980. No obstante que el órgano legislativo se encuentra en receso, debido a varias disposiciones transitorias de la citada Carta Fundamental, la Junta de Gobierno expidió la ley orgánica de dicho tribunal, con fecha 12 de mayo de 1981, y constituyó dicho organismo judicial, el que tiene un funcionamiento artificial, puesto que sus principales facultades se refieren a la resolución de controversias entre los órganos de gobierno y la decisión sobre la constitucionalidad, con efectos preventivos, de los proyectos de ley aprobados por el Congreso; pero como este último todavía no se ha restablecido, sus atribuciones legislativas las ejerce la propia Junta Militar de Gobierno. Sin embargo, el asunto que puede considerarse de mayor trascendencia de los resueltos por el mismo organismo judicial, se refiere a un problema de Derechos Humanos, en cuanto decidió el 21 de diciembre de 1987, por una mayoría muy estrecha y con varios votos de disidencia, a petición del Ministro del Interior, la responsabilidad del conocido político, colaborador del presidente Allende, José Clodomiro Almeyda, por violación del artículo 80. de la Constitución, al sustentar una doctrina totalitaria.

102. La Constitución ecuatoriana aprobada en referéndum de 15 de enero de 1978, restableció el organismo denominado *Tribunal de Garantías Constitucionales*, el que, de acuerdo con las cartas anteriores funcionaba esencialmente como tribunal de lo contencioso administrativo. De acuerdo con los artículos 140 a 142 de la Ley Fundamental, el citado tribunal se integra por tres miembros elegidos por la Cámara Nacional de Representantes; por el presidente de la Suprema Corte de Justicia; por el Procurador General; por el Presidente del Tribunal Supremo Electoral; por un representante del presidente de la República; por un representante de los trabajadores; por un representante de las cámaras de producción, y por dos representantes de la ciudadanía, elegidos por sendos colegios electorales. Además, los Ministros de Estado y el Contralor General pueden concurrir a las sesiones con voz, pero sin voto.

103. Sus facultades iniciales eran predominantemente propositivas, ya que tenían por objeto velar por la ejecución de la Carta Fundamental, para lo cual podía exhortar a las autoridades y demás funcionarios de la admi-

nistración pública, y además formular observaciones acerca de los decretos, acuerdos, reglamentos o resoluciones dictados con violación de la Constitución o de las leyes, después de oír a la autoridad y organismo que las hubiere pronunciado, y si estas observaciones no fueren acatadas, el tribunal las publicará por la prensa y las pondrá a consideración de la Cámara Nacional de Representantes o del plenario de las comisiones legislativas, en receso de aquélla, a fin de que resolvieran lo pertinente.

104. Sin embargo, se ha avanzado hacia la concepción de un verdadero tribunal constitucional, en cuanto se modificó el artículo 141 de la citada Constitución de 1978, por reforma promulgada el primero de septiembre de 1983, adicionando dicho precepto con las disposiciones que considera ilícita toda resistencia de las autoridades para cumplir con las recomendaciones del citado Tribunal de Garantías Constitucionales, sobre la inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas, con lo cual se transforman en decisiones imperativas. Esta reforma entró en vigor el 10 de agosto de 1985.¹⁰³

105. La Constitución peruana en vigencia a partir de julio de 1980, estableció un organismo especializado con la denominación de *Tribunal de Garantías Constitucionales* (artículos 296-304), con facultades esenciales para conocer en última instancia de las acciones de *habeas corpus* y de amparo, así como en forma directa de la acción de inconstitucionalidad, cuya decisión, en este último supuesto asume efectos generales.¹⁰⁴

¹⁰³ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, 2a. ed., México, Editorial Porrúa, 1985, pp. 152-153 y 197; Rodrigo Saltos Espinoza, *Resoluciones del Tribunal de Garantías Constitucionales*. Quito 1983. En la parte relativa del artículo 141 de la Constitución ecuatoriana reformada en 1983, se establece: "...Se declara especialmente punible el desacato a las observaciones del Tribunal (de Garantías Constitucionales) pudiendo inclusive pedirse la remoción de quien o quienes incurran en el mismo, al respectivo superior jerárquico, sin perjuicio de la acción penal a que hubiere lugar. Cuando el acusado fuere uno de los funcionarios comprendidos en el literal c) del artículo 59 de esta Constitución (altos funcionarios dotados de inmunidad procesal), se elevará el expediente al Congreso, y cuando el desacato fuere cometido por organismo colectivo, se determinarán las responsabilidades individuales. La ley reglamentará el ejercicio de estas atribuciones y los límites de la competencia del Tribunal respecto de los órganos jurisdiccionales ordinarios..."

¹⁰⁴ Cfr. Domingo García Belaúnde, "La nueva Constitución peruana", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 40, enero-abril de 1981, pp. 269-342; *id.*, "La influencia española en la Constitución peruana. A propósito del Tribunal de Garantías Constitucionales", en *Revista de Derecho Político*, Universidad de Educación a Distancia, núm. 16, Madrid, invierno de 1982-1983, pp. 201-207.

106. Las citadas disposiciones constitucionales fueron reglamentadas por la Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, promulgada el 19 de mayo de 1982, cuyo complemento radica en la Ley de *Habeas Corpus* y de Amparo, promulgada el 7 de diciembre del propio año de 1982. Según lo dispuesto por los artículos 296 y 297 de la Constitución y 1o. a 18 de la citada Ley Orgánica, el Tribunal de Garantías Constitucionales de la República del Perú, es el órgano de control de la Ley Fundamental y por lo mismo, independiente de los restantes órganos constitucionales y sometido sólo a la propia Constitución y a su Ley Orgánica. Tiene su sede en la ciudad de Arequipa, pero excepcionalmente, y con el acuerdo de la mayoría de sus miembros, puede sesionar en cualquier otro lugar de la República.¹⁰⁵

107. En los términos de los artículos 296 de la Constitución y 10 de la Ley Orgánica, el Tribunal se compone de nueve miembros, tres designados por el Congreso; tres por el Ejecutivo, y los restantes por la Corte Suprema de Justicia por un periodo de seis años y pueden ser reelectos. Los magistrados deben renovarse por tercios cada dos años. Además de los requisitos de edad y nacionalidad, para ser magistrados del tribunal constitucional se requiere ser o haber sido miembro de la Corte Suprema o de una Corte Superior por lo menos durante diez años, o haber ejercido la abogacía o desempeñado cátedra universitaria en disciplinas jurídicas por un periodo no menor de veinte años, así como tener probados antecedentes democráticos y en defensa de los Derechos Humanos (artículo 12 de la Ley Orgánica).

108. De acuerdo con lo establecido por los artículos 298 de la Constitución y 24 a 47 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el mismo conoce de dos sectores de impugnación, el primero representado por la acción de inconstitucionalidad y el segundo por las diversas acciones de *habeas corpus* y de *amparo*. El primero implica el examen, para garantizar la supremacía de la Constitución de los decretos legislativos; de las normas regionales de carácter general y de los ordenamientos municipales, ya sea en su totalidad o en parte de sus disposiciones cuando infrinjan la Constitución, cuando no han sido aprobadas, promulgadas o publicadas en la forma prescrita por la Ley Suprema (artículo 19 y 20 de la Ley Orgánica). Por lo que se refiere a las acciones de amparo o de *habeas corpus*, el

¹⁰⁵ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *op. ult. cit.*, pp. 153-154, 187-192.

Tribunal de Garantías Constitucionales conoce exclusivamente de su último grado a través del recurso de casación, cuando exista resolución denegatoria de la Corte Suprema. En su procedencia y tramitación ante los tribunales ordinarios, dichas acciones están reguladas por la diversa Ley de *Habeas Corpus* y de Amparo antes mencionada, de 7 de diciembre de 1982.¹⁰⁶

109. La acción de inconstitucionalidad puede ser interpuesta por el presidente de la República, veinte senadores, sesenta diputados, la Corte Suprema de Justicia, el Fiscal de la Nación o por cincuenta mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones (artículos 299 de la Constitución y 24 de la Ley Orgánica). La demanda respectiva debe presentarse dentro del plazo de seis años, contados a partir de la publicación del ordenamiento legal impugnado, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 87 de la Carta Fundamental, según el cual la propia Constitución prevalece sobre toda otra norma legal (artículo 25 de la Ley Orgánica).

110. Cuando el Tribunal declara la inconstitucionalidad de leyes o decretos legislativos, comunica su fallo al Congreso a fin de que apruebe un nuevo ordenamiento que derogue la norma contraria a la Ley Fundamental, pero si en un plazo de cuarenta y cinco días el citado Congreso no expide la disposición derogatoria, el propio Tribunal ordena la publicación de la sentencia en el *Diario Oficial*, con lo cual se entiende, aun cuando no se establezca expresamente en los artículos 301 de la Carta Fundamental y 35 de la Ley Orgánica, que queda sin efecto la norma contraria a la Constitución. Si se trata de la inconstitucionalidad de normas regionales

¹⁰⁶ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Los Tribunales constitucionales y los derechos humanos*, cit. *supra*, nota 103, pp. 265-292, comentarios legislativos a los ordenamientos relativos al citado Tribunal peruano de Garantías Constitucionales y a la regulación del amparo y del *habeas corpus*; Domingo García Belaúnde, "Protección procesal de los derechos fundamentales en la Constitución peruana de 1979", cit., *supra*, nota 59, pp. 76-82; Víctor Julio Ortecho Villena, *Derechos y garantías constitucionales*, Trujillo, Perú, Masol Perú Editores, 1985, pp. 298-456; Alfredo Corso Masías, *El Tribunal de Garantías Constitucionales. Prontuario*, Arequipa, Perú, s.f., al parecer 1984; Jorge Power Manchego-Muñoz, "El Tribunal de Garantías Constitucionales", en la obra editada por el Ministro de Justicia, *Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales... Ley de Habeas Corpus*, Lima, s.f.; *Jurisprudencia constitucional. Resoluciones Tribunal de Garantías Constitucionales y tribunales extranjeros*, Trujillo, Perú, Editorial Normas Legales, 1988; Karl-Peter Sommermann, "Verfassungsrecht und Verfassungskontrolle in Peru" en *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Tübingen, J. C. B., Mohr (Paul Siebeck), tomo 36, 1987, pp. 597-640.

o municipales, el fallo es publicado de manera inmediata por el Tribunal de Garantías Constitucionales (artículo 36 de la Ley).¹⁰⁷

111. Como el Tribunal tiene pocos años de funcionamiento, la jurisprudencia todavía es limitada en materia de inconstitucionalidad con efectos generales, ya que la mayor parte de los asuntos de los cuales ha conocido, se refieren a la última instancia de las acciones de *habeas corpus* y de amparo. Sin embargo se han presentado algunas impugnaciones de inconstitucionalidad, interpuestas por varios senadores y diputados, sobre problemas de carácter electoral, específicamente sobre la regulación de los votos preferenciales, nulos y en blanco.¹⁰⁸

V. APROXIMACIÓN DE AMBOS SISTEMAS: LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

112. Ya hemos expresado (*supra*, párrafo 90) que la influencia del sistema austriaco en algunos ordenamientos latinoamericanos no ha afectado la preeminencia del sistema americano consagrado con algunas modalidades en los ordenamientos fundamentales de nuestra región, ya que no se han considerado incompatibles. Pero ahora analizaremos de manera breve una institución que combina ambas categorías de justicia constitucional, al inspirarse en el modelo estadounidense en cuanto a su planteamiento ante un organismo judicial ordinario, así sea el de mayor jerarquía, y en el régimen imperante en Europa Continental, respecto de los efectos generales de la resolución que declara la inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas. Podríamos hablar en este sentido, de un *sistema mixto* (ver *supra*, párrafo 17).¹⁰⁹

113. Sin embargo, ya se ha puesto de relieve, que los efectos particulares de la resolución de inconstitucionalidad pronunciada por la Suprema Corte Federal de los Estados Unidos, son sólo en apariencia de carácter particular para el caso concreto que se decide, puesto que en la realidad dicha decisión asume efectos generales, debido a la institución del *stare decisis*, es decir, de la obligatoriedad del precedente para todos los jueces

¹⁰⁷ Cfr. Víctor Julio Ortecho Villena, *op. ult. cit.*, pp. 440-446.

¹⁰⁸ En dos de ellos no se logró la declaración de inconstitucionalidad por no haberse alcanzado la votación necesaria, resoluciones transcritas en Víctor Julio Ortecho Villena, *op. ult. cit.*, pp. 637-656; Javier Valle Riestra, *El Tribunal de Garantías Constitucionales. El caso de los votos nulos y blancos*, Lima, Editorial Labrusa, 1986.

¹⁰⁹ Cfr. Jorge Carpizo y Héctor Fix-Zamudio, "Amerique Latine", *cit.*, *supra*, nota 7, pp. 125-127.

y tribunales inferiores, y por otra parte en virtud del prestigio moral del más alto tribunal de los Estados Unidos, y por ello, una vez que la Corte decide en un solo fallo, y con mayor razón si son varios, que determinadas disposiciones legales son contrarias a la Carta Federal, ninguna autoridad, ya sea judicial o administrativa, se atreve a aplicarlas en perjuicio de los gobernados.¹¹⁰

114. Respecto de la citada declaración general de inconstitucionalidad en América Latina, podemos distinguir dos categorías: en primer término la institución que se ha denominado *acción popular de inconstitucionalidad*, y en segundo lugar, otro grupo de ordenamientos que otorgan efectos generales a la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, pero exigen que la impugnación se interponga por los afectados directamente por las disposiciones legislativas.¹¹¹

115. Por lo que respecta a la *acción popular de inconstitucionalidad*, se originó primeramente en los ordenamientos constitucionales de Colombia y Venezuela, y posteriormente se ha extendido a otros países de nuestra región, como El Salvador, Panamá, y algunas provincias argentinas.

116. Por lo que se refiere al ordenamiento colombiano, el jurista estadounidense J. A. C. Grant, afirma que desde 1850 cualquier ciudadano podía solicitar a la Corte Suprema la nulidad de una ordenanza provincial,¹¹² y posteriormente en el texto original de la Constitución de 1886, todavía en vigor, se estableció que la Corte Suprema debía pronunciarse con efectos generales sobre las objeciones de inconstitucionalidad de las leyes que le fueren sometidas por el Ejecutivo; finalmente, en la reforma a dicha Carta Fundamental por el acto legislativo número 3 de 1910, se introdujo en forma clara la acción popular de inconstitucionalidad, que actualmente se consigna en el artículo 214 del texto constitucional vigente.¹¹³

¹¹⁰ Cfr. J. A. C. Grant, "The Legal Effect of Ruling that a Statute Is Unconstitutional", en *Detroit College of Law Review*, verano de 1978, pp. 201-239; Enrique Vescovi, "El proceso de inconstitucionalidad de la ley", cit., supra, nota 83, pp. 63-65.

¹¹¹ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "Justicia constitucional y régimen democrático en Iberoamérica", en *Anuario Jurídico*, México, IX, 1982, pp. 393-395.

¹¹² *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes*, cit., supra, nota 11, pp. 78-79.

¹¹³ Sobre el alcance de la acción popular de inconstitucionalidad en Colombia, existe una abundante bibliografía, pudiendo citarse, entre otros, los de Álvaro Copete Lizarralde, *Lecciones de derecho constitucional*, 3a. ed., Bogotá, Lerner, pp. 228-229; Francisco de Paula Pérez, *Derecho constitucional colombiano*, 5a. ed., Bogotá, Lerner, 1962, pp. 439-451; J. A. C. Grant, "Estudio

117. Dicho precepto fue reglamentado por la Ley 96 de 1936, y por el Decreto 432 de 1969, que acogen esta impugnación de manera muy amplia, habiéndose interpretado de manera liberal por la misma Corte Suprema, la que admite inclusive que los extranjeros residentes pueden promover dicha acción de inconstitucionalidad, la cual, según la doctrina, ha tenido efectos benéficos en la práctica.¹¹⁴

118. Uno de los aspectos peculiares de la acción popular colombiana consiste en la posibilidad de impugnar a través de la misma, la inconstitucionalidad de las reformas constitucionales (denominadas actos legislativos) por defectos de forma, la que ha sido declarada en varias oportunidades por la Corte Suprema, la última en la sentencia de 3 de noviembre de 1981, por la cual se declararon inconstitucionales por no haber cumplido con el procedimiento, las reformas de diciembre de 1979; fallo que provocó un grave conflicto político con el Ejecutivo, cuyo titular aceptó finalmente cumplir con la decisión, la cual fue además objeto de varios votos de disidencia, lo que señala el carácter controvertido de esta resolución.¹¹⁵

119. Esta misma acción popular de la inconstitucionalidad surgió en Venezuela en la Constitución de 1858, artículo 113, ordinal 8o., pero sólo en relación con las leyes locales, y se ha perfeccionado hasta que se consolidó, inclusive respecto a las leyes nacionales, en la Constitución de 1893, artículos 17 y 110, ordinal 8o.¹¹⁶

120. En la Constitución vigente, de enero de 1961, esta acción de inconstitucionalidad está plenamente reconocida, ya que el artículo 215,

comparativo de los sistemas de control de la constitucionalidad de las leyes", en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, núm. 32, octubre-diciembre de 1946, pp. 121-130; Leopoldo Uprimy, "Verfassungsgerichtsbarkeit in Kolumbien", en el volumen colectivo *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, cit., *supra*, nota 51, pp. 372-374; Jaime Sanín Greiffensein, *La defensa judicial de la Constitución*, Bogotá, Temis, 1971, pp. 129-204; Carlos Restrepo Piedrahita, "Notas sobre la Corte Constitucional", sobretiro de la *Revista de la Cámara de Comercio de Bogotá*, esp. pp. 12-23.

¹¹⁴ Cfr. Luis F. Ferrano, *La Corte Suprema de Justicia como guarda de la integridad de la Constitución Nacional. Textos constitucionales, Ley 96 de 1936 y Decreto 432 de 1969*, Bogotá, s.f.; Luis Carlos SÁCHICA, *El control de constitucionalidad y sus mecanismos*, Bogotá, Temis, 1978, esp. pp. 51-110; *id.*; *Constitucionalismo colombiano*, 7a. ed., Bogotá, Temis, 1983, pp. 91-110.

¹¹⁵ Cfr. Hernando Devis Echandía, "Proceso y jurisdicción en Colombia", en su obra *Estudios de derecho procesal*, Bogotá, Editorial ABC, 1979, tomo I, pp. 107-151, sobre las facultades de la Corte Suprema para declarar la inconstitucionalidad de reformas constitucionales por vicios de forma.

¹¹⁶ Cfr. Ernesto Wolf, *Tratado de Derecho Constitucional Venezolano*, Caracas, 1945, tomo II, pp. 167 y ss.

en sus ordinales 3o. y 4o., establece que la Suprema Corte de Justicia tiene la facultad de declarar la nulidad total o parcial de las leyes locales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de las entidades federativas o de los municipios, que contradigan a la propia Ley Suprema.¹¹⁷ Este precepto está reglamentado por la Ley Orgánica de la Suprema Corte de Justicia, promulgada el 30 de julio de 1976, que entró en vigor el primero de enero de 1977 (artículos 112-129), si bien debe advertirse que el primero de dichos preceptos establece una restricción a la tradicional acción popular, en cuanto exige afectación de derechos o intereses para poder impugnar la inconstitucionalidad de disposiciones legislativas.¹¹⁸

121. Descubrimos este instrumento procesal en el ordenamiento constitucional de Panamá, que lo introdujo en el artículo 188 de la Carta Constitucional de primero de marzo de 1946, reglamentado por la Ley sobre Recursos Constitucionales y de Garantía de 24 de octubre de 1956, y finalmente en el artículo 203, fracción I, de la Constitución vigente de 1972, reformada esencialmente en 1983, pero subsistiendo la citada ley reglamentaria.¹¹⁹

122. Posteriormente fue acogida esta institución en la Constitución salvadoreña de 1950, artículo 96,¹²⁰ que se reproduce en el precepto del mismo número de la Carta Fundamental promulgada el 8 de enero de 1962, y que se recoge en el artículo 183 de la Constitución vigente expedida el 15 de diciembre de 1983, el cual dispone: "La Corte Suprema de Justicia

¹¹⁷ La doctrina venezolana no es tan abundante como la colombiana en esta materia, pero podemos señalar varios estudios monográficos entre los cuales destacan los de los tratadistas Humberto J. la Roche, *El control jurisdiccional de la constitucionalidad en Venezuela y Estados Unidos*, Maracaibo, Facultad de Derecho de la Universidad de Zulia, 1972, esp., pp. 29-165; *id.*, *Instituciones constitucionales del Estado Venezolano*, 9a. Ed., Maracaibo, 1984, pp. 259-293; José Guillermo Andueza Acuña, *La jurisdicción constitucional en el derecho venezolano*, 2a. ed., Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, 1974, pp. 45-54; Allan R. Brewer Carías, *El control de la constitucionalidad de los actos estatales*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1977, pp. 17-203; *id.*, *Estado de derecho y control judicial*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1987, pp. 621-657.

¹¹⁸ Cfr. David Morales Bello, *Acción democrática y la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia*, Caracas, Fracción Parlamentaria de Acción Democrática, 1976.

¹¹⁹ Cfr. los trabajos señalados en la nota 76.

¹²⁰ De acuerdo con el citado artículo 96: "La Corte Suprema de Justicia será el tribunal competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, en su forma y contenido de un modo general y obligatorio y podrá hacerlo a petición de cualquier ciudadano."

por medio de la Sala de lo Constitucional será el único tribunal competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, en su forma y contenido, de un modo general y obligatorio, y podrá hacerlo a petición de cualquier ciudadano.” Este precepto está reglamentado todavía por la Ley de Procedimientos Constitucionales de 14 de enero de 1960, artículo 6o. a 11.¹²¹

123. Dentro de la categoría de la acción popular de inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas, podemos mencionar el artículo 9o. de la *Constitución de la provincia argentina del Chaco*, el cual atribuye al Superior Tribunal de Justicia de la propia entidad federativa, la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, produciendo la caducidad de las mismas en la parte afectada por la propia declaración, en la inteligencia de que la doctrina, con apoyo en el diverso artículo 170, fracción I, de la misma Carta Fundamental local, estima que se configura una verdadera acción popular para la impugnación de los ordenamientos inconstitucionales.¹²²

124. Un segundo sector de ordenamientos constitucionales consagra la declaración general de inconstitucionalidad, pero no reconoce una verdadera acción popular en cuanto exige que la impugnación se interponga por el directamente afectado por las disposiciones legales combatidas, o bien, requiere la existencia de un grupo de reclamantes o de asesores.

125. En esta dirección podemos mencionar el llamado recurso de inconstitucionalidad, regulado por los artículos 10, de la Constitución y 962 a 969 del *Código de Procedimientos Civiles*, de Costa Rica, este último, de 25 de enero de 1933, reformado el 23 de diciembre de 1957, de acuerdo con los cuales se puede plantear una cuestión de constitucionalidad ante los jueces ordinarios y en proceso concreto, que en última instancia es resuelto por la Corte Suprema, cuya sentencia de inconstitucionalidad posee efectos generales.¹²³

¹²¹ El texto de esta ley puede consultarse en el *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núm. 40, enero-abril de 1961, pp. 111-126, esp. pp. 112-113. Cfr. Carlos Bover Ticas, *El recurso de inconstitucionalidad*, San Salvador, agosto de 1967 (Tesis profesional mimeografiada).

¹²² Cfr. Armando O. Silva, *Acción de inconstitucionalidad*, Resistencia, Chaco, Argentina, 1962, pp. 66-87.

¹²³ Al respecto, el segundo párrafo del artículo 10 de la Constitución de Costa Rica de 1949, establece que: “...Corresponde a la Corte Suprema de Justicia, por votación no menor de dos tercios del total de sus miembros, declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones del Poder Legislativo

126. En forma similar es posible destacar los ordenamientos constitucionales de varias provincias argentinas, entre ellos lo dispuesto por los artículos 30 y 126, fracción I, inciso c), de las Constituciones de *Neuquén* y *Santiago del Estero*, promulgadas, respectivamente, el 28 de noviembre de 1957 y el 2 de julio de 1939 la segunda reformada el 7 de agosto de 1960 (artículo 176, fracción I, inciso c) de la nueva Constitución de 1986), preceptos que establecen la facultad de los Tribunales Superiores relativos, para declarar la nulidad, con efectos generales (caducidad), de las disposiciones legislativas impugnadas ante ellos por los afectados.¹²⁴

127. Un sistema intermedio se regula en el artículo 138 de la Constitución de la provincia argentina de Río Negro, de acuerdo con el cual, cuando el Tribunal Superior declare por *tercera vez* la inconstitucionalidad de una norma legislativa, el mismo Tribunal puede suspender su vigencia y, por lo tanto, la citada disposición no puede aplicarse a partir de que sea publicada la resolución respectiva.

VI. EL SISTEMA SOCIALISTA CUBANO

128. En el ordenamiento constitucional vigente en Cuba, con anterioridad a la revolución encabezada por el comandante Fidel Castro contra la dictadura de Fulgencio Batista, existía el sistema de la declaración general de las disposiciones legislativas de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 182, inciso a), de la Constitución de 26 de julio de 1940, que confería al Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, como una sala especializada del Tribunal Supremo, la facultad de conocer de los recursos de inconstitucionalidad contra las leyes, admitiendo prácticamente una acción popular, ya que podía ser interpuesta no sólo por los afectados, sino por los veinticinco ciudadanos, simplemente por su calidad de tales —artículo 194 constitucional, inciso b)— y los efectos de la decisión que declarase la inconstitucionalidad eran de carácter general, es decir, deter-

y de los decretos del Poder Ejecutivo ...” Cfr. Asamblea Legislativa de Costa Rica, *Constitución Política de la República de Costa Rica*, cit., *supra*, nota 72, pp. 37-63.

¹²⁴ Como ejemplo podemos citar el artículo 176 de la Constitución vigente de Santiago del Estero expedida el 15 de marzo de 1986, y que en su parte conducente dispone: “En materia judicial, el Superior Tribunal de Justicia tiene las siguientes atribuciones, de conformidad con las normas que establezcan las leyes de la materia: 1) Ejercerá jurisdicción ordinaria y exclusiva en los siguientes casos: ...c) En las demandas por inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos o resoluciones que estatuyan en materia recogida por esta Constitución, que se promuevan directamente por vía de acción. *La declaración de inconstitucionalidad producirá la caducidad de la ley, resolución, decreto, ordenanza o reglamento en la parte afectada por la declaración...*”

minaban la derogación de las disposiciones impugnadas.¹²⁵ Este mismo sistema fue incorporado en teoría en los artículos 150, 160, 161, 172, y 173 de la Ley Fundamental de 7 de febrero de 1959, promulgada al triunfo de la citada revolución.¹²⁶

129. Este instrumento de control judicial de la constitucionalidad de las leyes, como otras instituciones de la citada Carta de 1959, no tuvo aplicación práctica, ya que el sistema político establecido por la propia revolución encabezada por el comandante Fidel Castro, evolucionó hacia el establecimiento de un régimen socialista, el cual fue implantado en cuanto al organismo judicial, a través de la reforma constitucional de 13 de junio de 1973, reglamentada por la Ley de Organización del Sistema Judicial, expedida el 23 del propio mes de junio de 1973, disposiciones que establecieron el sistema de los tribunales populares inspirados en la organización judicial de los ordenamientos socialistas.¹²⁷

130. Toda esta transformación culminó con la entrada en vigor de la Constitución de 24 de febrero de 1976, que implantó de manera abierta un sistema político-constitucional de carácter socialista, incluyendo, por supuesto, el sistema de control de la constitucionalidad de las leyes de acuerdo con el modelo soviético.¹²⁸

131. En efecto, el control de la constitucionalidad de las disposiciones legislativas y aquellas otras de carácter general, se atribuye en definitiva al órgano legislativo denominado *Asamblea Nacional del Poder Popular*, ya que el artículo 78, inciso c), de dicha Carta Fundamental, confiere a la citada Asamblea la facultad de *decidir acerca de la constitucionalidad de las leyes, decreto-leyes, decretos y demás disposiciones generales*; facultad que comparte como en el sistema soviético, con el órgano denominado

¹²⁵ Cfr. Juan Clemente Zamora, "La defensa de la Constitución en la legislación cubana", en *Revista Mexicana de Derecho Público*, México, octubre-diciembre de 1946, pp. 126 y ss.

¹²⁶ Cfr. Emilio Menéndez, "The Judicial Power and the Constitution", en *Comparative Juridical Review*, Coral Gables, Florida, vol. 2, 1962, pp. 77 y ss.

¹²⁷ Cfr. Reinaldo Chalbaud Zerpa, "El poder judicial en Cuba", en *Anuario*, Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, Mérida, Venezuela, número 5, 1974, pp. 138 y ss.

¹²⁸ Cfr. Reinaldo Chalbaud, *El nuevo sistema constitucional socialista cubano*, Mérida, Universidad de Los Andes, 1976, pp. 59-61; Paolo Biscaretti di Ruffia, *Introduzione al diritto costituzionale comparato "le forme di Stato" e le "forme di Governo"*. (*Le costituzione moderne*), 5a. ed., Milano, Giuffrè, 1984, pp. 508-515; Max Azicri, "Change and Institutionalization in the Revolutionary Process: The Cuban Legal System in the 1970's", en *Review of Socialist Law*, Alphen aan den Rijn, vol. 6, 1980, pp. 168-171.

Consejo de Estado (Presidium) de la propia Asamblea, que funciona en los recesos de ésta y durante los cuales le corresponde, según el artículo 88, inciso ñ) y o); de la misma Carta Suprema, suspender las disposiciones del Consejo de Ministros y los acuerdos y disposiciones de las asambleas locales del poder popular que no se ajusten a la Constitución, o a las leyes; pero también puede revocar los acuerdos y disposiciones de los comités ejecutivos de los órganos locales del poder popular, contrarios a la propia Carta Fundamental o a las disposiciones legislativas.¹²⁹

132. Pero como somos escépticos en cuanto a la eficacia de un control de la constitucionalidad de las leyes encomendado al mismo órgano legislativo, no sólo por carecer de imparcialidad sino también por no constituir un organismo apropiado, de carácter técnico, para decidir sobre cuestiones tan complejas, haremos referencia a otros instrumentos dirigidos a la tutela de los derechos fundamentales reconocidos por la Carta Constitucional, aun cuando, como el encomendado al llamado Fiscal General, de acuerdo con el modelo de la Procuratura soviética, no puede considerarse de carácter procesal en sentido estricto.¹³⁰

133. En la citada Carta de 1976, se reprodujeron los principales lineamientos introducidos en la mencionada reforma de 1973 a la Constitución anterior de 1959 (ver *supra* párrafo 129), al configurarse la Procuratura con el nombre de Fiscalía General de la República, y a los tribunales populares como los órganos esenciales de la aplicación y vigilancia de la legalidad socialista, y estos nuevos preceptos fueron reglamentados por la Ley de Organización del Sistema Judicial aprobada por la Asamblea Nacional del Poder Popular el 10 de agosto de 1977.

134. En cuanto a la citada Procuratura, los artículos 130 constitucional y 106 de la Ley Orgánica, atribuyen al Fiscal General de la República, como objeto primordial, el control de la legalidad socialista sobre la base de la

¹²⁹ Cfr. Harold J. Bermann y Van R. Whiting, "Impresions of Cuban Law", en *The American Journal of Comparative Law*, verano de 1980, pp. 480-481. Sobre los lineamientos socialistas y su vinculación con el modelo soviético, de la Carta cubana de 1976 y de su legislación reglamentaria, cfr. Max Azicri, "An Introduction to Cuban Socialist Law", en *Review of Socialist Law*, citado nota anterior, pp. 153-163.

¹³⁰ Para una comparación entre la fiscalía cubana y la procuratura soviética, pueden consultarse, entre otros, el libro clásico del profesor Glenn G. Morgan, *Soviet Administrative Legality. The Role of the Attorney General's Office*, Stanford, Stanford University Press, 1962; Gordon B. Smith, *The Soviet Procuracy and the Supervision of Administration*, Alphen aan den Rijn, Sijthoff and Noordhoff, 1978.

vigilancia del estricto cumplimiento de la ley y demás disposiciones generales, por los organismos del Estado, y entidades económicas y sociales, y por tanto, dicho fiscal posee atribuciones y facultades similares a su arquetipo soviético y de otros ordenamientos socialistas, entre ellas las del Ministerio Público, pero esencialmente la vigilancia de la propia legalidad socialista a través de propuestas y recomendaciones a los organismos públicos, con motivo de las quejas y reclamaciones de los gobernados por la infracción de sus derechos fundamentales.¹³¹

135. Por lo que se refiere a los tribunales populares, éstos se integran, también de acuerdo con el modelo soviético, por jueces letrados y asesores populares, todos electos por los órganos de representación o directamente por los ciudadanos, debiendo destacarse, por lo que respecta a la protección de los derechos fundamentales, lo dispuesto por los artículos 123, inciso d) de la Carta Fundamental y 4o., fracción 5) de la Ley Orgánica mencionada, los que establecen como uno de los principales objetivos de actividad de los tribunales populares, la de “*amparar la vida, la libertad, la dignidad, el honor, el patrimonio, las relaciones familiares y los demás derechos e intereses legítimos de los ciudadanos*”.

136. A lo anterior debe agregarse que, contrariamente a lo que ocurre en la mayoría de los países socialistas que siguen muy de cerca el modelo soviético, en los cuales se advierte una desconfianza al sistema del proceso contencioso-administrativo,¹³² en el ordenamiento cubano ha prevalecido la tradición hispánica, tomando en cuenta que después de la independencia de España, se siguió aplicando en Cuba, con algunas modificaciones posteriores, la ley española de lo contencioso administrativo de 13 de septiembre de 1888 y su reglamento de 29 de diciembre de 1890.¹³³

137. Es por esta tradición, que los artículos 655 y 656 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral de 19 de agosto de 1977, admiten el planteamiento ante las salas de lo civil y de lo administrativo del Tribunal Supremo Popular y de los restantes tribunales populares, de

¹³¹ Cfr. Harold J. Berman, y Van R. Whiting, “Impressions of Cuban Law”, cit., *supra*, nota 129, pp. 482-484, sobre la práctica de la vigilancia de la legalidad socialista por parte de la fiscalía cubana.

¹³² Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Madrid, UNAM-Civitas, 1982, pp. 277-279.

¹³³ Cfr. Jesús González Pérez, *Derecho procesal administrativo*, 2a. ed., Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1964, tomo II, pp. 221-225.

todas las pretensiones que se deduzcan contra las disposiciones de carácter general y las resoluciones dictadas por los organismos de la administración central del Estado, sus delegaciones territoriales, así como los comités ejecutivos de los órganos provinciales y municipales del poder popular, incluyéndose, además las cuestiones relacionadas con la aplicación de la Ley de Reforma Urbana; si bien el artículo 657, excluye del conocimiento de la jurisdicción administrativa, las controversias relacionadas con la defensa nacional, la seguridad del Estado, orden público y medidas en circunstancias excepcionales, transferencias en divisas o valores extranjeros y el control de cambios; la planificación de la economía nacional, materias constitucionales, civiles, penales, laborales y de seguridad social; el ejercicio de la potestad discrecional, así como los acuerdos del Consejo de Estado y del Consejo de Ministros.

VII. LA REVISIÓN JUDICIAL TRANSNACIONAL

138. Aun cuando parezca contradictorio a primera vista que la revisión judicial de la constitucionalidad de las disposiciones legislativas y de los actos concretos de autoridad pueda rebasar el ámbito interno y proyectarse en la esfera internacional, tal situación se ha desarrollado en esta segunda posguerra, especialmente en los ordenamientos europeos, debido a que en los mismos se advierte una tendencia creciente al reconocimiento de la obligatoriedad inmediata del derecho internacional, así como el nacimiento de una nueva categoría de normas surgidas de la integración económica y política, normas que integran un nuevo sector del derecho supranacional que puede calificarse de "comunitario" y que se encuentra en una situación intermedia entre el derecho interno y el internacional público¹³⁴ (ver *supra*, párrafo 4).

139. El tratadista italiano Mauro Cappelletti ha denominado a este sector como *jurisdicción constitucional transnacional*, nombre que como el de jurisdicción constitucional de la libertad (ver *supra*, párrafo 2) creado por el jurista, ha logrado aceptación en la doctrina más reciente y se refiere el conjunto de disposiciones normativas dirigidas a la solución de los conflictos, cada vez más frecuentes, en la aplicación de los preceptos internos de carácter constitucional y la de los de naturaleza internacional

¹³⁴ Cf. P. Van Dijk, René Rodière, y otros, *Diritto delle Comunità Europea e diritto degli Stati membri*, editado por G. Treves, Milano, Ferro Edizione, 1969; Paolo Pescatore, *The Law of Integration*, Leyden, Sijhoff, 1974; Mauro Cappelletti y William Cohen, *Comparative Constitutional Law. Cases and Materials*, Indianapolis-New York, Bobbs-Merrill, 1979, pp. 113-145.

y comunitaria, controversias que se someten a la decisión tanto de los tribunales nacionales como de los de naturaleza internacional que se han establecido recientemente, debido a la tendencia de restringir el concepto clásico de la soberanía estatal en beneficio de las disposiciones y principios del derecho supranacional.¹³⁵

140. En los citados ordenamientos europeos, predominantemente en los continentales (pero que también comprende al británico y al irlandés, pertenecientes a la familia del *common law*, en cuanto se han incorporado a la integración económica europea), existe el reconocimiento de la superioridad del derecho comunitario sobre el de carácter nacional, en cuanto a las materias de la citada integración, y para lograr el respeto a dicha superioridad, se estableció la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, con residencia en Luxemburgo, que resuelve las controversias entre las normas internas y las comunitarias, y que como ha señalado la doctrina, se plantean a través de una combinación del sistema difuso de revisión judicial que corresponde a los jueces nacionales y el de carácter concentrado ante la citada Corte de Luxemburgo, a la que corresponde la decisión final.¹³⁶ Este sistema de revisión judicial que podemos calificar de comunitario, no se ha desarrollado sin cuestionamientos y tropiezos, como lo demuestran algunas decisiones de los tribunales constitucionales nacionales, en especial de Italia y de la República Federal de Alemania.¹³⁷

141. Por otra parte, debe también señalarse brevemente, que son varias las Constituciones de los países de Europa continental que se expedieron en esta segunda posguerra, que han reconocido expresamente la superioridad, así sea parcial, del derecho internacional sobre el interno, y no sólo el de carácter convencional, sino también el consuetudinario (*ius cogens*), a través de la aplicabilidad inmediata de las normas de derecho internacional generalmente reconocidas, que se inició en el artículo 4o. de

¹³⁵ Especialmente en sus documentados estudios "Il controllo giudiziario delle legge e la giurisdizione delle libertà a livello internazionale", en *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, 1978, pp. 1-32.

¹³⁶ Cfr. entre otros, Louis Dubois, "Le rôle de la Cour de Justice des Communautés Européennes. Object et portée de la protection", en la obra colectiva *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, editado por Louis Favoreu, París, Economica-Presses Universitaires-d'Aix-Marseille, 1982, pp. 429-451.

¹³⁷ Cfr. Mauro Cappelletti, "Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle", en la obra citada en la nota anterior, pp. 483-486; *id.*, "Apunti per una fenomenologia della giustizia nel XX secolo", en *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, Milano, Giuffrè, 1979, vol. I, pp. 153-210.

la Constitución de la República Alemana de Weimar de 11 de agosto de 1919, y que se ha desarrollado con mayor fuerza después de la Segunda Guerra Mundial, como lo demuestran los artículos 10 de la Constitución italiana de 1948; 25 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949, y 80. de la Carta portuguesa de 1976, reformada en 1982.¹³⁸

142. Esta evolución se advierte con mayor claridad en los derechos fundamentales de la persona humana, en virtud de que por una parte son varios los ordenamientos constitucionales europeos que establecen que la interpretación de las normas constitucionales internas relativas a los Derechos Humanos debe hacerse de acuerdo con la Declaración de 1948 y los tratados y acuerdos internacionales sobre esta materia ratificados por los gobiernos respectivos, y entre estos preceptos destacan los artículos 16 de la Carta portuguesa de 1976-1982 y el 10, inciso 2, de la Constitución española de 1978.¹³⁹

¹³⁸ El citado artículo 40. de la Constitución alemana de Weimar, disponía: “(*Derecho internacional*). Las reglas del derecho internacional que sean generalmente reconocidas obligan como si formaran parte integral del derecho alemán del Reich.” El artículo 10 de la Constitución italiana de 1948, establece en su parte relativa: “La organización jurídica italiana acepta las normas de derecho internacional generalmente reconocidas...” A su vez el artículo 25 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, preceptúa: “Las normas generales del derecho internacional público son parte integrante del derecho federal. Estas normas tienen primacía sobre las leyes y constituyen fuentes directas de derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal. A su vez, el artículo 80. de la Constitución portuguesa de 1976, reformada en 1982, determina: “(*Derecho internacional*). 1. Las normas y los principios de derecho internacional o común forman parte integrante del derecho portugués. 2. Las normas contenidas en las convenciones internacionales regularmente ratificadas o aprobadas tienen vigencia en el orden interno con posterioridad a su publicación oficial y en cuanto obliguen internacionalmente al Estado portugués. 3. Las normas emanadas de los órganos competentes de las organizaciones internacionales de las que forme parte Portugal tienen eficacia directa en el orden interno en cuanto tal efecto se encuentre expresamente establecido en los respectivos tratados constitutivos.” Cfr. Antonio la Pergola, *Constitución del Estado y normas internacionales*, trad. de José Luis Cascajo y Jorge Rodríguez Zapata Pérez, México, UNAM, 1985; Klaus Stern, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, trad. de Javier Pérez Rojo y Pedro Cruz Villalón, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, pp. 797-909.

¹³⁹ El artículo 16 de la Constitución portuguesa, en su texto vigente, establece: “(*Ámbito y sentido de los derechos fundamentales*). 1. Los derechos fundamentales consagrados en la Constitución no excluyen cualesquiera otros establecidos por las leyes y por las reglas aplicables del derecho internacional. 2. Los preceptos constitucionales y legales relativos a los derechos fundamentales deben ser interpretados e integrados en armonía con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre.” A su vez, el artículo 10 de la Constitución española de 1978, dispone en su parte relativa: “... 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.”

143. En segundo lugar, en este campo de los Derechos Humanos se advierte la tendencia hacia el reconocimiento de la superioridad del derecho internacional, al establecerse los organismos judiciales para resolver los conflictos entre los Estados o entre los particulares y sus gobiernos sobre la violación de los derechos y libertades fundamentales establecidos en el *Convenio suscrito en Roma el 4 de noviembre de 1950* y sus protocolos adicionales. Dichos organismos son: la *Comisión y la Corte Europeas de los Derechos Humanos*, con sede en Estrasburgo, y que tienen varios años realizando una fructífera labor y han creado una jurisprudencia muy sólida para otorgar efectividad a los citados derechos reconocidos por dicha Convención, en el ámbito interno de los Estados miembros.¹⁴⁰

144. No pretendemos examinar, así fuera de manera superficial, esta materia en el ámbito europeo, sino que tenemos únicamente el propósito de destacar sus principales lineamientos, los que han tenido influencia en época reciente en las legislaciones latinoamericanas, pero en combinación con la revisión judicial angloamericana, para configurar lo que podemos calificar como una *jurisdicción constitucional transnacional latinoamericana*.¹⁴¹

145. Así, podemos señalar que en una primera etapa, el problema de las relaciones entre los tratados internacionales y el ordenamiento constitucional interno, se resolvió de acuerdo con las reglas de la revisión judicial de carácter nacional, en virtud de que varios ordenamientos latinoamericanos, en particular los de carácter federal, se inspiraron en el modelo norteamericano, en cuanto la Constitución Federal de 1787 estableció en su artículo 6o. que los tratados ratificados y aprobados por el Senado Federal, se incorporaban al derecho interno y formaban parte de la Ley Suprema. A este respecto, la Suprema Corte Federal otorgó a los propios tratados internacionales el carácter de normas ordinarias federales y examinó en varios casos la conformidad de las disposiciones locales en relación

¹⁴⁰ Existe una amplia bibliografía, pero entre las obras más recientes podemos mencionar los estudios monográficos de P. Van Dijk y G. Van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Deventer, Neetherland, Kluwer, 1980; Francis G. Jacobs, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1975; A. H. Robertson, *Human Rights in Europe*, 2a. ed., Manchester University Press, 1977; Frede Castberg, *The European Convention on Human Rights*, New York, Oceana, 1974; Karel Vasak, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1964.

¹⁴¹ Cfr. Jorge Carpizo y Héctor Fix-Zamudio, "Amérique Latine", cit., *supra*, nota 7, pp. 128-130.

con las normas internacionales, y por otro lado, desaplicó las normas transnacionales contrarias a la Constitución Federal.¹⁴²

146. Este ha sido el criterio que ha predominado en la jurisprudencia de los tribunales federales en México y en Argentina, en virtud de que las cartas federales de ambos países han incorporado casi literalmente lo dispuesto por el citado artículo 6o. de la Constitución de los Estados Unidos, en sus artículos 133 (que a su vez proviene del 126 de la Carta de 1857) y 31, respectivamente, ya que dicha jurisprudencia ha establecido que los tratados internacionales debidamente ratificados y aprobados por el órgano legislativo, tienen el carácter de leyes federales ordinarias internas, que prevalecen sobre las disposiciones de carácter local, pero no pueden contradecir las de la Constitución Federal.¹⁴³

147. En esta segunda posguerra, varias Constituciones latinoamericanas han establecido, así sea de manera incipiente, normas que tienden a superar el concepto clásico de la soberanía nacional, para aceptar tímidamente ciertos aspectos de la supremacía del derecho transnacional, e inclusive, las más avanzadas, la posibilidad de establecer organismos judiciales para resolver conflictos entre los ámbitos nacionales y el de carácter supranacional. Esta evolución ha sido lenta debido a que los países de nuestra región han asumido tradicional y justificadamente una actitud de desconfianza hacia la intervención de organismos internacionales, debido a la amarga experiencia de la presión de gobiernos extranjeros y de decisiones injustas a través de varios laudos internacionales.¹⁴⁴

148. Esta evolución se advierte con mayor claridad en dos sectores: el de la tutela de los Derechos Humanos y el de la integración económica, que sólo ha tenido resultados en los países andinos. En efecto, por lo que se refiere a la protección de los derechos fundamentales, en el ámbito no

¹⁴² Cfr. Robert R. Bowie y Carl L. Friedrich, *Estudios sobre el federalismo*, trad. de Susana Barrancos, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1958, pp. 357-360.

¹⁴³ Cfr. Segundo V. Linares Quintana, *Tratado de derecho constitucional argentino y comparado*, 2a. ed., Buenos Aires, Plus Ultra, tomo III, 1978, pp. 548-562; Jorge Reinaldo A. Vanossi, *Teoría constitucional*, tomo II, *Supremacía y control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Depalma, 1976, pp. 227-272; Felipe Tena Ramírez, *Derecho constitucional mexicano*, 19a. ed., México, Porrúa, 1983, pp. 537-545; Jorge Carpizo, "La interpretación del artículo 133 constitucional", en su libro *Estudios constitucionales*, 2a. ed., México, UNAM. La Gran Enciclopedia Mexicana, 1983, pp. 13-41.

¹⁴⁴ Cfr. César Sepúlveda, *Derecho internacional*, 14a. ed., México, Editorial Porrúa, 1984, pp. 389-397; *id.*, *Las fuentes de derecho internacional americano*, México, Editorial Porrúa, 1975.

sólo latinoamericano sino del Continente (es decir, incluyendo a los Estados Unidos y varios países del Caribe), se ha seguido con modificaciones importantes el modelo europeo de creación de organismos judiciales internacionales y las de otros Estados, o de los particulares y grupos no gubernamentales, sobre la aplicación de las disposiciones relativas a los Derechos Humanos consagrados tanto en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en Bogotá en mayo de 1948, como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969.¹⁴⁵

149. De acuerdo con estos ordenamientos, que se apoyan en la Organización de los Estados Americanos, cuya Carta fue aprobada en Bogotá en 1948 y modificada esencialmente en Buenos Aires en 1967, se han establecido, como hemos dicho, según el ejemplo europeo, dos organismos: la *Comisión y la Corte Interamericanas de los Derechos Humanos*. La primera fue creada en 1959 (su primer Estatuto fue aprobado el 25 de mayo de 1960) y reorganizada de acuerdo con los artículos 34 a 41 de la Convención Interamericana (su nuevo Estatuto fue aprobado en octubre de 1979), la que paulatinamente ha ampliado sus funciones para convertirse de un órgano exclusivamente de promoción, en uno de defensa, muy vigorosa, de los Derechos Humanos, en especial en América Latina, a través de la investigación de las violaciones de los Derechos Humanos que le son denunciadas por los Estados, pero específicamente por los particulares y los grupos no gubernamentales, estos últimos con acceso directo. Dicha Comisión puede adoptar recomendaciones o bien, como ocurre en el sistema europeo, someter el caso ante la Corte Interamericana, cuando el Estado al cual se atribuyen las violaciones no toma las medidas necesarias para repararlas, convirtiendo el asunto en contencioso. La

¹⁴⁵ Sobre esta materia también existe una amplia bibliografía, pero nos limitamos a señalar algunas obras monográficas que consideramos significativas: Diego Uribe Vargas, *Los derechos humanos y el sistema interamericano*, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1972; Secretaría General de la OEA. *La Organización de los Estados Americanos y los derechos humanos: 1960-1967. The Organization of American States and Human Rights*, y la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Washington, 1972 y 1980, respectivamente; Héctor Gross Espiell, "Le système interaméricain comme régime régional de protection internationale des droit de l'homme", en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, La Haya, tomo 151, 1976, pp. 498 y ss.; "Symposium: The American Convention on Human Rights", en *American University Law Review*, Washington, 1980, pp. 1-187; Thomas Buergenthal, Robert Norris y Dinah Shelton, *Protecting Human Rights in the Americas, Selected Problems*, 2a. ed., Kehl-Strasbourg-Arlington, N. P. Engel Publisher, 1986; Thomas Buergenthal y Robert E. Norris, *The Interamerican System*, New York, Oceana, 1982-1985, 3 vols.; César Sepúlveda, *El sistema interamericano; mudanza y transición*, Valladolid, Universidad, 1973.

ventaja de la Comisión Interamericana sobre la europea, es que no requiere la aceptación específica de su competencia por los Estados que pueden ser acusados y que abarca no sólo aquellos que son signatarios de la Convención de San José (en vigor el 18 de julio de 1978 y ratificado por 22 Estados americanos, por no por los Estados Unidos), sino a todos los que forman parte de la Organización de Estados Americanos.¹⁴⁶

150. Por lo que se refiere a la Corte Interamericana, su creación es más reciente, puesto que se reguló por los artículos 52 a 69 de la Convención de San José. Su estatuto fue aprobado por la Asamblea General de la OEA en octubre de 1979, y el Reglamento en agosto de 1980. La citada Corte inició sus funciones en San José, Costa Rica el 3 de septiembre de 1979. Posee funciones consultivas muy amplias y jurisdicción contenciosa.¹⁴⁷ Hasta la fecha sus actividades se han desarrollado esencialmente en el campo de su competencia consultiva, mucho más amplia que la de la Corte Europea, puesto que ha resuelto nueve consultas de gran trascendencia.¹⁴⁸ y sólo hasta muy recientemente en abril de 1986, la Comisión le ha sometido los primeros casos contenciosos, el primero de los cuales fue resuelto el 29 de julio de 1988. En la sentencia respectiva, la Corte Interamericana condenó al Estado de Honduras al pago de una justa indemnización compensatoria a los familiares del estudiante universitario

¹⁴⁶ Cfr. Entre otros, Karel Vasak, *La Commission Interamericaine des Droits de l'Homme*, Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1968; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *25 años luchando por los Derechos Humanos en América*, Washington, 1984; Fernando Volio, "La Comisión Interamericana de Derechos Humanos", en *La Convención Americana, cit.*, nota anterior, pp. 80 y ss.; Thomas McCarthy, *The Interamerican Commission on Human Rights, Cases and Materials*, Strasbourg, International Institute of Human Rights, 1978; César Sepúlveda, "The Interamerican Commission on Human Rights, 1960-1981", *Israel Yearbook on Human Rights*, 1982, pp. 147-162.

¹⁴⁷ Actualmente sólo diez Estados han aceptado la competencia contenciosa de la Corte Interamericana: Argentina (1984); Colombia (1985); Costa Rica (1980); Ecuador (1984); Guatemala (1987); Honduras (1981); Perú (1981); Suriname (1987); Uruguay (1985) y Venezuela (1981).

¹⁴⁸ Cfr. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios y documentos*, San José, Costa Rica, 1986; Thomas Buergenthal, "The Advisory Practice of the Inter-American Human Rights Court", en *The American Journal of International Law*, enero de 1985, pp. 1-27; Juliane Kokott, "Der Interamerikanische Gerichtshof für Menschenrechte und seine bisherige Praxis", en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1984, pp. 806-839; B. B. Lockwood, "Advisory Opinions of the Inter-American Court of Human Rights", en *Denver Journal of International Law and Policy*, otoño de 1984-invierno de 1985, pp. 245-267; Rafael Nieto Navia, *Introducción al sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, Bogotá, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Pontificia Universidad Javeriana, 1988, pp. 111-171; Manuel E. Ventura, "Costa Rica and the Inter-American Court of Human Rights", en *Human Rights Law Journal*, 1983, pp. 273-281.

Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez, quien fue secuestrado en septiembre de 1981 por policías y militares, y hasta la fecha se ignora su paradero.

151. En este campo de los Derechos Humanos, las Constituciones Latinoamericanas han establecido disposiciones que consagran la posibilidad de esta jurisdicción transnacional, y entre ellas podemos citar los artículos 3o. de Ecuador (1978) y 4o. de la de Panamá (1972-1983), que reconocen y acatan las normas y principios del derecho internacional; 18 de la Carta de Honduras (1982) y 144 de la de El Salvador (1983), las que disponen que en caso de conflicto entre un tratado internacional y la ley ordinaria interna, prevalecerá el tratado (pero no respecto de la Constitución). En esta materia es de mayor trascendencia lo establecido por los artículos 46 de la Constitución de Guatemala de 1985, que consagra, como principio general en materia de Derechos Humanos, que los tratados y convenciones aceptados y ratificados por este país tienen preeminencia sobre el derecho interno; y con más fuerza el 105 de la Ley Fundamental de Perú de 1979, de acuerdo con el cual, los preceptos contenidos en los tratados relativos a los Derechos Humanos tienen *jerarquía constitucional* y no pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige la reforma de la Constitución.

152. El precepto que debe destacarse por su expreso reconocimiento de la jurisdicción supranacional, es el artículo 305 de la Constitución del Perú, de acuerdo con el cual:

Agotada la jurisdicción interna (es decir, en última instancia, la del Tribunal de Garantías Constitucionales), *quien se considera lesionada en los derechos que la Constitución reconoce, puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados de los que es parte el Perú.*

Este precepto está reglamentado por los artículos 39 a 41 de la Ley de *Habeas Corpus* y Amparo, de 7 de diciembre de 1982, en los cuales se dispone que, en cuanto a estos instrumentos, los organismos jurisdiccionales internacionales a los que puede recurrir el afectado en sus derechos constitucionales después de agotar las defensas internas, son el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos y aquellos otros que se constituyan en el futuro

y sean aprobados por tratados que obliguen al Perú.¹⁴⁹ Además se establece que la resolución del organismo internacional respectivo no requiere para su validez y eficacia de reconocimiento, revisión ni examen previo alguno.¹⁵⁰

153. Contrariamente a lo que ha ocurrido en Europa, los ensayos que se han realizado en América Latina para lograr su integración económica no han tenido éxito sino en forma muy restringida, ya que han fracasado los intentos de integración centroamericana, representados por el Tratado General de 13 de diciembre de 1960, y el más ambicioso de toda la región, es decir la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), que tuvo su origen en el Tratado de Montevideo de 18 de febrero de 1960, debido a la situación permanente de inestabilidad, tanto política como económica, que impidió su desarrollo. Posteriormente, la ALALC fue transformada en la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), mediante un nuevo tratado, también redactado en la ciudad de Montevideo, el 12 de agosto de 1980 al que, por disposición expresa de su artículo 63, se le denomina Tratado de Montevideo de 1980.¹⁵¹

154. Por el contrario, los propósitos de integración de varios países andinos han alcanzado un resultado razonable, aun cuando todavía modesto, a través del Pacto Andino, que se formalizó por el tratado multilateral suscrito en la ciudad de Cartagena, Colombia, el 26 de mayo de 1966, por ello llamado también "Acuerdo de Cartagena", y que fue ratificado inicialmente por Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú, y al cual se adhirió posteriormente Venezuela, pero se desincorporó Chile, de manera que está formado por cinco países.

¹⁴⁹ El artículo 39 del ordenamiento mencionado no hace referencia expresa a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no obstante que Perú reconoció la competencia obligatoria de dicho Tribunal desde el año de 1981, es decir, con anterioridad a la promulgación de la propia ley reglamentaria. Pero la propia Corte debe considerarse comprendida en dicho precepto como uno de los organismos a que se refiere este precepto, puesto que se hace mención a aquellos que estén comprendidos en tratados que obliguen a dicho país, y este es el caso de la Corte, en cuanto dicho Estado ratificó la Convención Americana desde el 28 de julio de 1978, y como se ha dicho, con posterioridad se sometió a la jurisdicción de la propia Corte.

¹⁵⁰ Cfr. Alberto Bore: Odría, *El amparo y el habeas corpus*, pp. 293-300; Fernando Zubia Reina, *Acción de amparo*, pp. 108-119, ambos trabajos citados *supra*, nota 59.

¹⁵¹ Cfr. Héctor Fix-Zamudio y Héctor Cuadra, "Problemas actuales de armonización y unificación de los derechos nacionales en América Latina", en *Anuario Jurídico*, México, I, 1974, pp. 93-158; Jorge Witker V., *La Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI)*, México, Editorial Guma, 1981, pp. 35 y ss.

155. La evolución de este proceso de integración, desarrollado por dos organismos de gobierno, la Comisión y la Junta, condujo a la necesidad, siguiendo en cierto aspecto el modelo europeo de establecer un organismo judicial para lograr la aplicación efectiva de las normas comunitarias de carácter andino. Éste es el *Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena* creado por el tratado suscrito por los cinco países integrantes del Pacto, el 28 de mayo de 1979. El Estatuto de dicho Tribunal fue aprobado en la ciudad de Quito, en la cual reside, el 19 de agosto de 1983, y su Reglamento Interno fue expedido por el mismo tribunal el 9 de mayo de 1984, ya que inició sus funciones el primero de enero de este último año. Se integra por cinco magistrados, quienes, según el artículo 7o. del Tratado de creación, deberán ser nacionales de origen de los países miembros, gozar de alta consideración moral y reunir las condiciones requeridas en su país para el ejercicio de las más altas funciones judiciales o ser jurisconsultos de notoria competencia. De acuerdo con el artículo 9o. del mismo Tratado, los magistrados son designados para un periodo de seis años, se renuevan parcialmente cada tres y podrán ser reelegidos por una sola vez.

156. El citado Tribunal tiene como funciones esenciales las de declarar el derecho comunitario, dirimir las controversias que surjan del mismo e interpretarlo uniformemente, pero en virtud de la naturaleza incipiente de la integración andina, sus atribuciones concretas son bastante reducidas, puesto que sólo conoce de dos medios de impugnación: las acciones de nulidad y del incumplimiento y además de un procedimiento de interpretación prejudicial. La primera puede ser intentada por los países miembros y de las personas físicas o colectivas afectados contra las decisiones de la Comisión y de las resoluciones de la Junta, dictadas con violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena (artículos 17-22 del Estatuto). La acción del incumplimiento puede ser promovida por la Junta, después de un procedimiento previo con audiencia del país miembro al cual se le imputa dicho incumplimiento y la formulación de un dictamen por la propia Junta; en el supuesto de que dicha Junta no promueva dicha impugnación en un plazo determinado o formule un dictamen desfavorable, el país demandante podrá acudir directamente al Tribunal (artículos 23-27 del Estatuto). Finalmente, la interpretación judicial puede solicitarse por los jueces o tribunales nacionales cuando en un proceso concreto deban aplicar algunas de las normas de carácter comunitario, y la decisión del Tribunal es obligatoria para el juez que conoce del proceso, con el fin de asegurar la aplicación uniforme de

las propias normas comunitarias en el territorio de los países miembros (artículos 28 al 31 del Estatuto).

157. Si bien la actividad del citado Tribunal ha sido muy limitada hasta la fecha y sus atribuciones bastante restringidas, como lo hace notar el tratadista colombiano Luis Carlos Sáchica, quien fuera el primer presidente del citado Tribunal del Acuerdo de Cartagena, esta situación puede modificarse con la evolución favorable del procedimiento de integración económica, pues el organismo judicial andino se encuentra todavía muy lejano de la importante función del modelo, constituido por el Tribunal de Luxemburgo. Sin embargo, las disposiciones constitucionales de varios de los ordenamientos de los países miembros, al reconocer las limitaciones a la idea clásica de la soberanía que ha predominado en América Latina, en beneficio de la integración, propician la evolución de la revisión judicial comunitaria.¹⁵²

VIII. LOS GRANDES PROBLEMAS CONTEMPORÁNEOS

a) Las cuestiones políticas

158. Hasta aquí hemos realizado un examen superficial de los instrumentos jurídicos, predominantemente procesales, sobre el control constitucional en América Latina, pero es preciso, para tener una visión más cercana a la realidad político constitucional de la región, realizar un examen, también forzosamente superficial, de las cuestiones que han afectado el desarrollo de dichos instrumentos y establecer de manera aproximada su efectividad.

159. El primer obstáculo que impide la evolución de la justicia constitucional latinoamericana se debe a la desorbitada extensión que se le ha dado al concepto de las llamadas "cuestiones políticas no justiciables", que han otorgado a los titulares de los poderes públicos un margen de atribuciones discrecionales que llegan a la arbitrariedad.

160. No resulta sencillo alcanzar una idea siquiera aproximada de lo que debe considerarse por "acto político" pues a esta frase se le han dado significados más disímbolos, pero al menos podemos partir de la base, de que se trata de facultades que las leyes fundamentales atribuyen tanto al

¹⁵² *Introducción al derecho comunitario andino*, Quito, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1985, esp., pp. 119-184.

Legislativo, pero particularmente al Ejecutivo, para que puedan ejercerlas dentro de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto a su oportunidad, justicia, motivos y conveniencia.¹⁵³

161. No es posible suprimir totalmente la categoría de cuestiones no judiciales en cuanto existen facultades de los órganos del poder que no pueden cuestionarse, como son las relativas a las relaciones exteriores, algunas decisiones económicas y las relativas a la seguridad nacional siempre que este último concepto no se utilice con la extensión exagerada que se le otorgó en los regímenes militares sudamericanos, pero se observa una tendencia para reducir dichas atribuciones a sus límites estrictos y tenemos la convicción de que el primer paso lo dio desde hace bastantes años el Consejo de Estado francés, en cuanto estableció el concepto del *desvío de poder* como instrumento de revisión judicial de los actos públicos de carácter discrecional, que es el género al cual pertenecen los que se han calificado como políticos, y que permite el examen de este tipo de facultades para determinar si su ejercicio se ajustó a la finalidad o a los motivos legales que determinaron su establecimiento.¹⁵⁴

162. En esta materia ha existido un largo camino que la doctrina ha calificado como “lucha contra las inmunidades del poder” que ha reducido de manera paulatina la esfera de las cuestiones no judiciales.¹⁵⁵ Uno de

¹⁵³ Sin embargo, no existe precisión sobre la naturaleza jurídica de esta clase de actos, y un actor clásico como Gastón Jèze, opinó que: “Los actos llamados de gobierno no tienen una naturaleza especial. No hay, pues, razón jurídica para poner en jaque el sistema general del control jurisdiccional”, *Principios generales del derecho administrativo*, trad. de Julio N. San Millán Almagro, Buenos Aires, Depalma, 1948, tomo I, 414; Charles Debbsch. *Contentieux administratif*, 2a. Ed., París, Dalloz, 1978, pp. 62-70.

¹⁵⁴ Sobre la evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés existe una bibliografía muy amplia, por lo que nos limitaremos a mencionar algunos trabajos recientes que consideramos significativos: Jean Marie Auby y Roland Drago, *Traité de contentieux administratif*, 2a. ed., París, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1975; Xavier Delcrox y Didier Wolf, *Le contentieux administratif*, en la serie *La Documentation Française*, París, febrero de 1976; Charles Debbsch, *op. ult. cit.*; Jean Marie Auby y Michel Fromont, *Les recours contre les actes administratifs dans les pays de la Communauté Européenne, Allemagne, France, Italie, Luxembourg, Pays Bas*, París, Dalloz, 1971, pp. 155-176; Michel Fromont, “La protection juridictionnelle du particulier contre le pouvoir executif en France”, en la obra *Gerichtsschutz gegen die Executive*, Köln-Berlin-Bonn-München, Dobbs Ferry-New York, Heymann-Oceana, 1969, tomo I, pp. 221-246; George Vedel, “Francia”, en el volumen colectivo editado por Aldo Piras, *Il controllo giurisdizionale dell pubblica amministrazione*, Torino, UTET, 1971, pp. 83-198; Michael J. Remington, “The Tribunaux Administratif, Protectors of the French Citizens”, en *Tulane Law Review*, diciembre de 1976, pp. 34-93.

¹⁵⁵ Cfr. el excelente libro de García de Eduardo Enterría, *La lucha contra las inmunidades del poder*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 1979.

los ejemplos que podemos mencionar por su vinculación con la revisión judicial de los ordenamientos latinoamericanos (ver *supra* párrafos 76-89) es el relativo a las transformaciones operadas en la jurisprudencia de la Suprema Corte Federal de los Estados Unidos, en la cual había predominado la exclusión en el conocimiento de las llamadas “cuestiones políticas” (*Political Questions*),¹⁵⁶ pero que se modificó sustancialmente en la sexta década de este siglo, en cuanto la misma Corte Norteamericana ha resuelto controversias que tradicionalmente se estimaban fuera de esta materia, incluyendo problemas relativos al régimen electoral de las entidades fedrativas, que se inició en el año de 1962, con la resolución pronunciada en el caso *Baker versus Carr*.¹⁵⁷

163. En el ámbito latinoamericano los tribunales han sido mucho menos audaces y en términos generales, se han mantenido dentro del esquema clásico de los actos políticos “no judiciales”, actitud que ha sido favorecida, cuando no provocada por los órganos de gobierno y particularmente por el ejecutivo, para impedir la intervención judicial respecto de algunos actos que han sido calificados como “actos de gobierno”.

164. Sin embargo, algún intento se ha hecho para precisar los límites del carácter político de los actos de gobierno a través del principio de *razonabilidad*, que esencialmente ha sido sostenido por la Suprema Corte Argentina,¹⁵⁸ y que también se ha empleado para la impugnación de las actividades realizadas durante los estados de excepción (ver *infra*, párrafos 172-176). Por otra parte, en algunos ordenamientos de nuestra región se han establecido tribunales electorales a través de los cuales se determinan los límites jurídicos de una de las materias que tradicionalmente se han considerado como “políticas” por excelencia.¹⁵⁹

¹⁵⁶ Entre otros, Karl Loewenstein, “La función política del Tribunal Supremo de los Estados Unidos”, en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, enero-febrero de 1964, pp. 5-39.

¹⁵⁷ *Cfr.*, entre otros, Sheldon Goldman, *Constitutional Law, Cases and Essays*, New York, Harper & Row, 1987, pp. 210-213.

¹⁵⁸ *Cfr.* Luis Boffi Boggero, “La justiciabilidad de las llamadas cuestiones políticas y contribución al retorno integral a la República”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 29 de octubre de 1983, pp. 1-6.

¹⁵⁹ Un ejemplo del sistema de tribunales electorales es el implantado por el Código Electoral de 1932 y por la Constitución federal brasileña de 1934, el cual se conserva en lo esencial en la Carta vigente de 1967-1969, en sus artículos 130-140. *Cfr.* Luiz Pinto Ferreira, *Princípios gerais do direito constitucional moderno*, 5a. ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1971, tomo I, pp. 354-355; Paulino Jackes, *Curso de direito constitucional*, *cit. supra*, nota 94, pp. 355-360; José Afonso da Silva, *Curso di*

165. Por este motivo, entre las conclusiones que se adoptaron en el Primer Congreso Latinoamericano de Derecho Constitucional, que se efectuó en la ciudad de México durante los días 27 a 30 de agosto de 1975, se aprobó la siguiente:

La función jurisdiccional de los tribunales latinoamericanos, especialmente las Cortes Supremas y el ejercicio de la función de justicia constitucional, sólo podrá lograr efectividad, así sea limitada, cuando se superen los obstáculos hasta ahora insalvables de la *interpretación desorbitada de los actos políticos y de gobierno*, así como las constantes declaraciones de emergencia y la promulgación de estatutos calificados con razón o sin ella de “revolucionarios” y para ello podrán utilizarse los instrumentos de “razonabilidad” que ha sostenido valientemente la Suprema corte argentina, y en lo que resulte aplicable el recurso de “desvío de poder” creado por la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, para determinar los facultados de las capitales discrecionales del ejecutivo.¹⁶⁰

b) Los estados de emergencia

166. El problema del control judicial de la legislación y de los actos concretos durante las llamadas situaciones de emergencia o estados de excepción, es uno de los más complicados en el ámbito latinoamericano, debido a que, por una parte han sido frecuentes las declaraciones de este tipo de situaciones, y en ocasiones, no obstante su esencial carácter de temporalidad, se han convertido en permanentes, lo que agrava de manera considerable la situación de los gobernados, puesto que los tribunales de nuestra región se han mostrado renuentes a conocer las controversias que se plantean durante los estados de excepción, puesto que tradicionalmente se han considerado como no judiciales, como el grado máximo de la categoría de los “actos políticos” (ver *supra*, párrafo 159).¹⁶¹

167. El problema se complica en cuanto, como lo ha hecho notar el destacado tratadista uruguayo Héctor Gross Espiell, existen dos sectores

direito constitucional positivo, 2a. ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1984, pp. 119-121. Centro de Asesoría y Promoción Electoral-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, *Legislación electoral comparada. Colombia, México, Panamá, Venezuela y Centroamérica*, San José, Costa Rica, 1986; Enrique Sánchez Bringas, “Contencioso electoral”, en la obra colectiva, *La renovación política y el sistema electoral mexicano*, México, Editorial Porrúa, 1987, pp. 243-259.

¹⁶⁰ En el libro colectivo, *Función del poder judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos*, México, UNAM, 1977, pp. 201-202.

¹⁶¹ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, “Función del poder judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos”, en el libro mencionado en la nota anterior, pp. 39-43.

en los estados de emergencia o de excepción, que también se han calificado como de suspensión de garantías, estado de sitio, medidas prontas de seguridad, etcétera; una que puede considerarse “patológica” puesto que su propósito no es la conservación del régimen democrático en situaciones de grave peligro o conflicto, sino de destruirlo, como ha ocurrido tratándose de los numerosos gobiernos militares que han proliferado en las últimas décadas en nuestra región, si bien en los últimos años se han restringido, al retornar varios de los países latinoamericanos al régimen constitucional, y por el otro, los estados de excepción que se han establecido de acuerdo con los procedimientos prescritos por los ordenamientos constitucionales, con el propósito de preservar el régimen democrático de gobierno.¹⁶² Este último sector, es el que se ha denominado por la doctrina como “dictadura constitucional”, en cuanto significa el otorgamiento de facultades excepcionales a los órganos de gobierno, en especial al Legislativo y de manera predominante, al Ejecutivo, para que pueda hacer frente, de manera rápida y eficaz, a las situaciones que ponen en peligro el orden constitucional.¹⁶³

168. En términos muy generales y de acuerdo con un examen panorámico de los ordenamientos latinoamericanos, podemos considerar que los instrumentos procesales que pueden estimarse tutelares de los Derechos Humanos de los gobernados y del ordenamiento constitucional durante los numerosos estados de excepción en el ámbito latinoamericano, tanto los declarados por los regímenes *de facto* como los de carácter constitucional, son: La acción o recurso de inconstitucionalidad, el *habeas corpus* y el amparo, a los cuales nos referimos con anterioridad (ver *supra*, párrafo 23).

169. En efecto, la revisión judicial de la inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas puede utilizarse, durante las situaciones de emergencia o de excepción, para examinar la concordancia de las medidas generales que adoptan con motivo de la declaración de los estados de excepción, incluyendo la declaración misma, aun cuando sea con limitaciones en cuanto a la apreciación de la oportunidad y finalidad políticas de

¹⁶² “Medidas prontas de seguridad y delegación de competencias”, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas*, Montevideo, 1966.

¹⁶³ Cfr. Diego Valadés, *La dictadura constitucional en América Latina*, México, UNAM, 1974, pp. 123-154; Domingo García Belaúnde, “Regímenes de excepción en las Constituciones latinoamericanas”, en el volumen *Normas internacionales sobre Derechos Humanos y derecho interno*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1984, pp. 4-111.

las declaraciones respectivas, y en cuanto afectan la normalidad constitucional y los derechos fundamentales de los gobernados. En cuanto al *habeas corpus* y el *amparo*, pueden promoverse por los afectados para que los jueces y tribunales puedan examinar la constitucionalidad y la legalidad de los actos o disposiciones concretas que se toman en las citadas situaciones de emergencia, sin perjuicio de que, en ocasiones puedan comprender de manera indirecta del control de la constitucionalidad de las normas generales en las cuales se apoyan dichas medidas concretas.¹⁶⁴

170. Las Constituciones latinoamericanas no hacen referencia expresa, salvo las Constituciones brasileña y colombiana, a las cuales nos referimos con posterioridad (ver *infra*, párrafos 181-182), a la procedencia de la revisión judicial respecto de las disposiciones legislativas y de los actos de autoridad emanados en las situaciones de emergencia y que afectan los Derechos Humanos de los gobernados, y por el contrario, algunas de ellas se refieren a la suspensión de instrumentos procesales de protección de los propios derechos, por lo que corresponde a la legislación ordinaria y con frecuencia a la que se dicta precisamente en los estados de excepción, el establecimiento de las restricciones a los procedimientos mencionados con anterioridad, especialmente del *habeas corpus* y el *amparo*, sin que existan lineamientos en las propias disposiciones constitucionales que impidan extralimitaciones del organismo Legislativo y con mayor frecuencia, del Ejecutivo cuando este último hace uso de facultades extraordinarias para legislar, o cuando toma medidas concretas frente a situaciones de grave peligro social y político.¹⁶⁵

171. A lo anterior debemos agregar la autolimitación que se han impuesto los jueces y tribunales latinoamericanos para conocer de los instrumentos procesales mencionados durante los estados de excepción, ya que se han mostrado inseguros, vacilantes y tímidos en la defensa de su competencia para la tutela de los Derechos Humanos en tales situaciones.¹⁶⁶

¹⁶⁴ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "La protección procesal de los Derechos Humanos en América Latina y las situaciones de emergencia", en *El Foro*, México, abril-junio de 1973, pp. 63-75 y 29-45.

¹⁶⁵ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "The Writ of Amparo in Latin America", *cit. supra* nota 47, pp. 885-889; Héctor Gros Espiell, Rodolfo Piza R. y Daniel Zovatto, "Los estados de excepción en Latinoamérica y su incidencia en la cuestión de derechos humanos en casos de disturbios internos", en el volumen colectivo *Estados de emergencia en la región andina*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1987, pp. 21-56.

¹⁶⁶ Elena Caffarena de Jiles, *El recurso de amparo frente a los regímenes de emergencia*, *cit. supra* nota 35, pp. 21-30; Domingo García Belaúnde, *El habeas corpus en Perú*, *cit. supra*, nota 46, capítulo XI, "Vigencia del *habeas corpus* y situaciones de excepción", pp. 136-142.

172. Esta situación general contrasta con la jurisprudencia de los tribunales argentinos, en especial, de la Corte Suprema, los que han examinado con bastante profundidad el problema de la revisión judicial, particularmente en cuanto a la protección de los Derechos Humanos durante los periodos de emergencia, que han sido constantes y frecuentes en las últimas décadas, y si bien su actitud no ha sido uniforme, se advierte en la jurisprudencia argentina una constante evolución hacia la judiciabilidad de las disposiciones legislativas y de las medidas concretas derivadas de los estados de emergencia en cuanto se traducen en restricciones a los Derechos Humanos de los gobernados.¹⁶⁷

173. En forma muy resumida podemos señalar que, a través de este concepto de razonabilidad, la Suprema Corte argentina ha señalado los lineamientos a través de los cuales los tribunales pueden examinar si las *disposiciones legislativas expedidas durante los estados de emergencia* y su aplicación concreta, se han expedido y ejercitado dentro de los límites establecidos por la Constitución Nacional, aun cuando no puedan decidir sobre la oportunidad y discrecionalidad políticas de las propias medidas de emergencia.¹⁶⁸

174. Como ejemplo podemos destacar dos fallos que pronunciados por la citada Corte Suprema argentina durante el último y prolongado régimen militar instaurado en 1966, y que pueden considerarse esenciales para la revisión judicial de la constitucionalidad y legalidad de las situaciones de emergencia: el resuelto el 9 de agosto de 1977 en el caso de Carlos Mariano Zamorano, en el cual se confirmó la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Federal, de abril del mismo año, y el más conocido de Jacobo Timmerman, resuelto por la Corte el 20 de julio de 1978. En estos fallos se sostuvo, con motivo de la detención de los promoventes por el órgano Ejecutivo con apoyo en facultades de emergencia, que si bien los tribunales no podían juzgar los motivos políticos de dichas facultades a través del citado concepto de razonabilidad, sí tenían competencia, de acuerdo con los artículos 23, 29 y 95 de la Constitución argentina, para

¹⁶⁷ Cfr. Segundo V. Linares Quintana, "Control judicial de los gobiernos *de facto*", en el volumen colectivo *Festschrift für Karl Loewenstein*, cit., *supra*, nota 46, pp. 312-325; *id.*, *Tratado de la ciencia de derecho constitucional*, cit., *supra*, nota 43, tomo VI, 1980, pp. 400-406.

¹⁶⁸ Cfr. Eduardo Voces Conesa, "El Estado de sitio en la jurisprudencia de la Corte Suprema desde 1863 hasta el 30 de junio de 1970", en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, primero de septiembre de 1970, pp. 57-63.

decidir sobre la situación de los detenidos a disposición del Poder Ejecutivo, los cuales no podían quedar librados a su suerte y al margen de todo control por parte de los jueces de la Nación, sea cual fuere el tiempo durante el cual se prolongara el arresto.¹⁶⁹

175. Estos principios fueron acogidos por la vigente Ley Nacional de *Habeas Corpus* promulgada el 24 de octubre de 1984, en cuyo artículo 4o., incisos 1 y 2, se consagra el principio de razonabilidad de los tribunales federales y locales al conocer las demandas de *habeas corpus* contra detenciones ordenadas durante el estado de sitio, ya que con motivo de las mismas, dichos juzgadores pueden examinar tanto la legitimidad como la constitucionalidad de las disposiciones legislativas que sirven de apoyo a las medidas concretas contra las cuales se interpone la impugnación, incluyendo la declaración de la misma. En efecto, de acuerdo con el citado precepto:

Estado de sitio. Cuando sea limitada la libertad de una persona en virtud de la declaración prevista por el artículo 23 de la Constitución Nacional, el procedimiento de *habeas corpus* podrá tender a comprobar en el caso concreto: 1. La legitimidad de la declaración del estado de sitio. 2. La correlación entre la orden de privación de la libertad y la situación que dio origen al estado de sitio...

A su vez, el artículo 6o. de dicho ordenamiento establece: “*Inconstitucionalidad.* Los jueces podrán declarar de oficio en el caso concreto la inconstitucionalidad cuando la limitación de la libertad se lleve a cabo por orden escrita de una autoridad que obra en virtud de un precepto legal contrario a la Constitución Nacional.”¹⁷⁰

176. La Corte Suprema argentina ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre estas cuestiones en su sentencia de 3 de diciembre de 1985, con motivo del recurso de *habeas corpus* promovido por Jorge H. Granada contra el arresto decretado por el titular del Poder Ejecutivo con apoyo en la declaración del estado de sitio, expedida ya dentro del régimen democrático. En el voto pronunciado por el magistrado y conocido tratadista Carlos S. Fayt, se sostiene, en esencia, que el citado control de razonabilidad de los arrestos autoriza a verificar judicialmente si el acto

¹⁶⁹ Cfr. Segundo V. Linares Quintana, *Tratado*, cit., *supra*, nota 46, tomo VI, pp. 207-220.

¹⁷⁰ Cfr. Néstor Pedro Sagüés, “Control judicial de la declaración de Estado de sitio y de los arrestos consecuentes”, en *La Ley*, Buenos Aires, 23 de diciembre de 1985, pp. 1-3.

respectivo guarda proporción con los fines perseguidos mediante la declaración del estado de sitio y, en cada caso concreto, si la privación de la libertad lo es por tiempo breve y limitado.¹⁷¹

177. Un intento similar al de la Corte argentina se produjo en el Supremo Tribunal Federal brasileño entre los años de 1964 a 1969, durante la época en que el gobierno militar brasileño adoptó una actitud represiva. En efecto, durante ese difícil periodo, el Tribunal Supremo Federal admitió y resolvió varios recursos de *habeas corpus* contra actos lesivos para los Derechos Humanos, emitidos por el citado gobierno militar con apoyo en declaraciones de emergencia y el desorbitado concepto de la seguridad nacional. A través de estas resoluciones se protegió no sólo la libertad personal sino también las de expresión y de pensamiento. Esta actitud provocó un serio enfrentamiento con el organismo ejecutivo, el cual, además de expedir, en uso de facultades constituyentes, varios Actos Institucionales, incluyendo las sustanciales modificaciones de 1969, para reformar indebidamente la Constitución Federal, presionó políticamente al propio Tribunal Federal, de tal manera que tres de los magistrados más independientes fueron obligados a pedir su retiro y otros dos renunciaron a sus cargos por inconformidad con estas medidas.¹⁷²

178. Pero con excepción de estos ejemplos argentinos y brasileños, la mayoría de las legislaciones latinoamericanas no hacen referencia a la intervención judicial durante los estados de emergencia, y si bien algunos de estos ordenamientos señalan los Derechos Humanos que no pueden ser objeto de suspensión durante la emergencia, por el contrario no indican los instrumentos procesales para tutelar esos derechos.¹⁷³

179. Por el contrario, podemos señalar ejemplos de ordenamientos latinoamericanos que restringen dichos instrumentos procesales durante los estados de emergencia. En primer lugar, el artículo 41, inciso 3o. de la Constitución chilena de 1980, dispone que los instrumentos procesales, de protección (en realidad de amparo) y de *habeas corpus*, no son proceden-

¹⁷¹ Cfr. Germán Bidart Campos. "Lo viejo y lo nuevo en la jurisprudencia actual de la Corte sobre el estado de sitio", en *El Derecho*, Buenos Aires, 4 de febrero de 1986, pp. 1-3.

¹⁷² Cfr. Norman J. Nardoff. "*Habeas Corpus and the Protection of Political and Civil Rights in Brasil: 1964-1978*", en *Lawyer of the Americas*, otoño de 1982, pp. 297-333.

¹⁷³ Cfr. Domingo García Belaúnde. "Regímenes de excepción"; *cit. supra* nota 163, esp., pp. 90-95; Gros Espiell y otros. "Los Estados de Excepción en Latinoamérica", *cit. supra* nota 165.

tes en los estados de asamblea y de sitio (modalidades de la excepción), respecto de las medidas adoptadas en virtud de dichas situaciones de emergencia por la autoridad competente y con sujeción a las normas establecidas por la Constitución y la ley, por lo que, los Tribunales no podrán, en caso alguno, entrar a calificar los fundamentos de hecho de las medidas que haya adoptado la autoridad en ejercicio de sus funciones.

180. También en el artículo 38 de la Ley de *Habeas Corpus* y de Amparo expedida por el Congreso de Perú y promulgada el 7 de diciembre de 1982 (ver *supra* párrafo 106), la que no tiene su fuente como la anterior, en un régimen autoritario, sino por el contrario, de carácter democrático, establece la improcedencia de las acciones de *habeas corpus* y de amparo respecto de las garantías (aquí se incurre en el error tradicional de confundir los derechos con sus garantías) y los derechos que la Constitución enumera como susceptibles de ser suspendidos durante las situaciones de emergencia.¹⁷⁴

181. En cuanto a la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, sólo podemos descubrir dos ordenamientos que otorgan competencia a los tribunales para decidir sobre el régimen jurídico de los estados de excepción. En primer término podemos señalar a los artículos 121 y 122 de la Constitución colombiana de 1886, reformada en este aspecto en 1968, en cuyo texto actual se dispone que los decretos legislativos que expida el presidente de la República con autorización del Congreso durante los estados de sitio o de emergencia económica y social, deben ser enviados por el Ejecutivo a la Corte Suprema de Justicia al día siguiente de su expedición, y en caso de no hacerlo, la propia Corte los conocerá de oficio, para que esta última declare, con carácter definitivo, si dichos decretos se expidieron de acuerdo con los requisitos formales previstos por las citadas normas fundamentales y si las disposiciones legislativas correspondientes, se ajustan a las facultades del gobierno durante los propios estados de emergencia.¹⁷⁵

¹⁷⁴ Cfr. Alberto Borea Oldria, *El amparo y el habeas corpus*, cit., *supra*, nota 59, pp. 283-290.

¹⁷⁵ Cfr. Carlos Restrepo Piedrahita, *Las facultades extraordinarias*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 1973, esp., pp. 153-259; Luis Carlos Sáchica, *Constitucionalismo colombiano*, cit., *supra*, nota 114, pp. 207-220; Gustavo Gallón G., "La experiencia colombiana en los Estados de emergencia y la viabilidad de su control internacional", en el libro *Estados de emergencia en la región andina*, cit., *supra*, nota 165, pp. 79-92.

182. En segundo lugar, el artículo 159 de la Carta Fundamental brasileña de 1967-1969, todavía en vigor, establece: “La inobservancia de las disposiciones relativas al estado de sitio, determina la ilegalidad de la coacción y autoriza al afectado para acudir al poder judicial”, pero este precepto contradice lo dispuesto por el diverso artículo 181 de la propia Carta Fundamental, que excluyó de la apreciación judicial los actos realizados por el Comando Supremo de la Revolución de 31 de marzo de 1964, así como en varias Actas Institucionales reformatorias de la propia Constitución, lo que parece paradójico, pero que se explica si se toma en cuenta que el primero de los preceptos señalados proviene casi literalmente del artículo 215 de la Constitución democrática de 1946.¹⁷⁶

183. Esta situación desalentadora debe modificarse gradualmente por virtud de la ratificación de numerosos países latinoamericanos, tanto del *Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos* de las Naciones Unidas, expedido en diciembre de 1966, como de la *Convención Interamericana de los Derechos Humanos* suscrita en San José, Costa Rica, en noviembre de 1969, cuyos artículos 4o. y 27, respectivamente, establecen los lineamientos a que deben sujetarse los Estados Parte en dichas convenciones multilaterales para declarar los estados de excepción y aplicar las medidas concretas de la emergencia.

184. En estos dos preceptos se establecen las condiciones de forma y de fondo que deben cumplir los gobiernos signatarios para expedir las declaraciones de excepción y las medidas concretas respectivas y además se establece una enumeración de los Derechos Humanos que no pueden ser objeto de suspensión con motivo de los estados de emergencia. Consideramos que debe hacerse hincapié en el artículo 27 de la Convención Interamericana (que indebidamente lleva el título de suspensión de garantías, cuando se trata en realidad, de los derechos), no sólo por contener una lista más amplia que la del Pacto de las Naciones Unidas en cuanto a los derechos que no pueden ser suspendidos en los estados de emergencia, sino porque además establece que tampoco pueden ser objeto de suspensión “*Las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos*”.¹⁷⁷

¹⁷⁶Sobre este precepto de la Carta federal de 1946, puede consultarse el comentario del tratadista brasileño Pontes de Miranda, *Comentarios a Constituição de 1943*, 3a. ed., Río de Janeiro, Editor Borsoi, 1960, tomo VI, pp. 446-467.

¹⁷⁷Cfr. Robert E. Morris y Paula Desio Reiton, “The Suspension of Guarantees: A Comparative Analysis of the American Convention on Human Rights and the Constitution of the States Parties”.

185. Esta última disposición es peculiar de la Convención Interamericana, puesto que no se encuentra en los preceptos similares que regulan la tutela de los Derechos Humanos durante los estados de excepción, es decir, el mencionado artículo 4o. del Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos y el artículo 15 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.¹⁷⁸ En efecto, esta frase fue agregada en la etapa final de la discusión en la reunión en la cual se aprobó la citada Convención Interamericana, a propuesta de la delegación estadounidense,¹⁷⁹ y aun cuando no aparecen muy explícitas las razones de su inclusión, en nuestra opinión se debe a la experiencia latinoamericana sobre la exclusión de la intervención judicial para conocer de las declaraciones de emergencia y las medidas concretas de aplicación (ver *supra* párrafos 170-171), y ésta ha sido también la experiencia de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos (ver *supra*, párrafo 149), la que en reiteradas ocasiones ha expresado la necesidad de que sean objeto de suspensión los instrumentos procesales de tutela de los Derechos Humanos durante las situaciones de emergencia, para evitar que queden sin protección tales derechos.¹⁸⁰

186. Este criterio ha sido reafirmado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al resolver el 30 de enero de 1987, la opinión consultiva OC-8-87, solicitada por la propia Comisión Interamericana sobre la inter-

en *The American University Law Review*, 1980, pp. 189-223, esp., pp. 211-223. En el Seminario Internacional "Los Estados de Excepción en la Región Andina", efectuado en la ciudad de Lima, Perú, los días 23 a 25 de abril de 1986, se aprobó como recomendación número 6), la siguiente, que: "Se garantice el funcionamiento de los mecanismos jurisdiccionales de protección que deben servir no sólo para proteger aquellos derechos no suspendidos sino para que la autoridad jurisdiccional se pronuncie acerca de la racionalidad y legitimidad de la aplicación de las medidas restrictivas de derechos dentro de una situación de excepción." Este pronunciamiento se puede consultar en la obra colectiva *Estados de emergencia en la región andina*, cit. *supra* nota 1665, p. 271.

¹⁷⁸ En relación al artículo 4o. del Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos, *cfr.*, entre otros, Erica Irene A. Daes, *Los deberes de toda persona respecto de la comunidad y las limitaciones de los derechos y libertades humanas según el artículo 29 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Una contribución a la libertad de la persona humana con arreglo a la ley*. Nueva York, Naciones Unidas, 1983, pp. 212-224. Respecto al mencionado artículo 15 de la Convención Europea, *cfr.*, entre otros, P. Van Dijk y G. J. H. Can Hoff, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, pp. 398-408; Francis G. Jacobs, *The European Convention on Human Rights*, pp. 204-213, las dos obras citadas *supra*, nota 140.

¹⁷⁹ A este respecto puede consultarse el documento: *A Report of United States Delegation to the Interamerican Convention on Human Rights*, San José, Costa Rica, noviembre de 1969, p. 36.

¹⁸⁰ *Cfr.* Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Diez años de actividades, 1971-1981*, Washington, 1982, pp. 323-328.

pretación de los artículos 25.1 y 7.6, en relación con la última frase del artículo 27.2 de la Convención Americana de los Derechos Humanos (ver *supra*, párrafo 184), o sea, si los instrumentos protectores de *habeas corpus* y de amparo quedan comprendidos dentro de las garantías judiciales que no pueden ser objeto de suspensión durante las situaciones de excepción.

187. Después de un cuidadoso estudio sobre los citados preceptos de la Convención, la Corte Interamericana consideró que la suspensión de los derechos fundamentales que autoriza la propia Convención no debe exceder la medida de lo estrictamente necesario para atender la emergencia, por lo que resulta ilegal toda actuación de los poderes públicos que desborde los límites que deben estar precisamente señalados en las disposiciones que decreten el estado de excepción, aun dentro de esa situación de excepcionalidad jurídica. Lo anterior, significa que no pueden apartarse de esos principios generales las medidas concretas que afecten los derechos o libertades suspendidos, como ocurriría si tales medidas violasen la legalidad excepcional de la emergencia, si se prolongaran más allá de sus límites temporales, si fueran manifiestamente irracionales, innecesarias o desproporcionadas, o si para adoptarlas se hubiere incurrido en desviación o abuso de poder.

188. Los razonamientos anteriores llevaron a la Corte Interamericana a concluir en el sentido de que los procedimientos de *habeas corpus* y de amparo son de aquellas garantías judiciales indispensables para la protección de varios derechos cuya suspensión está vedada por el artículo 27.2 de la Convención, y sirven, además, para preservar la legalidad de una sociedad democrática. Un aspecto importante que señala la propia Corte es la relativa a aquellos ordenamientos constitucionales y legales de los Estados Partes que autoricen, explícita o implícitamente, la suspensión de los citados procedimientos tutelares de *habeas corpus* o de amparo en situaciones de emergencia, los que deben considerar incompatibles con las obligaciones internacionales que la mencionada Convención impone a los propios Estados. La misma Corte Interamericana al resolver el 6 de octubre de 1987, la Opinión Consultiva número nueve, solicitada por el gobierno de la República Oriental del Uruguay, reiteró su criterio anterior de que deben considerarse como garantías no susceptibles de suspensión durante los estados de emergencia, en los términos del artículo 27.2 de la Convención Americana, el *habeas corpus* y el amparo, y además agregó, que tampoco puede suspenderse cualquier otro recurso efectivo ante los

jueces o tribunales competentes, destinado a garantizar el respeto a los derechos y libertades cuya suspensión no está autorizada por la misma disposición, así como aquellos procedimientos judiciales inherentes a la forma democrática representativa de gobierno, previsto por el derecho interno de los Estados Partes como idóneos para garantizar la plenitud de los mismos derechos.

c) La eficacia

189. Desafortunadamente no existen estudios de sociología judicial, como los que se han efectuado respecto de otros ordenamientos, para poder determinar la eficacia de los instrumentos de control constitucional en América Latina, al menos en los últimos años, ni tampoco se pueden consultar estadísticas confiables que permitan establecer algunas conclusiones, así sean aproximadas sobre el cumplimiento de las disposiciones constitucionales que establecen las atribuciones de los tribunales para conocer de las cuestiones de constitucionalidad tanto de las disposiciones legislativas como de los actos concretos de autoridad que infringen las disposiciones constitucionales.

190. Se han intentado algunos ensayos de valoración sobre la eficacia del control constitucional en los ordenamientos latinoamericanos, como el efectuado por el tratadista norteamericano David S. Clark;¹⁸¹ el realizado por el que esto escribe conjuntamente con el destacado constitucionalista mexicano Jorge Carpizo (apoyado en las respuestas de cuestionarios que se enviaron a varios juristas latinoamericanos)¹⁸² y el que desarrolló el jurista estadounidense Carl E. Schwarz, pero este último de manera exclusiva por lo que se refiere a la comparación entre el control judicial desarrollado por los tribunales federales en México y los Estados Unidos.¹⁸³

191. Si examinamos los resultados de estos esfuerzos para determinar la efectividad del control judicial en los ordenamientos latinoamericanos, no podemos obtener de ellos resultados suficientes que nos permitan

¹⁸¹ Cfr. David Clark, "Judicial Protection of the Constitution in latin America", en *Hastings Constitutional Law Quarterly*, 1975, pp. 426-436; Jorge Carpizo y Héctor Fix-Zamudio, "Amérique Latine", *cit., supra*, nota 7, pp. 146-147.

¹⁸² Cfr. Jorge Carpizo y Héctor Fix-Zamudio, *op. cit.*, pp. 142-149.

¹⁸³ Cfr. Carl E. Schwarz, "Jueces en la penumbra. La independencia judicial en México y en los Estados Unidos", trad. de Fausto E. Rodríguez García, en *Anuario Jurídico*, México, 2, 1975, 1977, pp. 143-219.

apreciar la situación de la revisión judicial y de los instrumentos tutelares como el *habeas corpus* y el amparo, puesto que su aplicación es muy variable y además inestable, puesto que sufre constantes cambios en cuanto los gobiernos constitucionales son sustituidos por dictaduras civiles o militares, más abundantes las segundas que las primeras en los últimos años. Además podemos observar ordenamientos en los cuales han prevalecido los constantes golpes de Estado y dictaduras prolongadas como ha ocurrido en la región centroamericana con excepción de Costa Rica, así como en Paraguay y Bolivia, si bien en esta última con un débil ensayo de gobierno constitucional apenas en los últimos años.¹⁸⁴

192. Ya señalamos que los grandes obstáculos para el desarrollo de la revisión judicial y de los instrumentos protectores de los Derechos Humanos radica en la interpretación desorbitada de las cuestiones políticas no judiciales (ver *supra*, párrafos 158-165) y los continuos estados de excepción, tanto en su aspecto patológico de los gobiernos *de facto*, especialmente de carácter castrense, como en los periodos de dictadura constitucional (ver *supra*, párrafos 166-188); impedimentos muy frecuentes y en ocasiones prolongados, en la evolución político-constitucional de América Latina.

193. Sin embargo, y a pesar de las grandes limitaciones que afectan nuestra región en los últimos años, especialmente en cuanto a problemas económicos, sociales, políticos y culturales que no se han podido superar, se advierte un pequeño progreso en la práctica de la revisión judicial, en especial en aquellos países como Argentina, Uruguay y Brasil, que han recuperado recientemente su normalidad constitucional, y que en sus periodos de gobiernos legítimos, habían obtenido un grado razonable de práctica en el control de la constitucionalidad de los actos de autoridad por parte de sus organismos judiciales.

194. Tenemos también la convicción de que la paulatina ratificación de los Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos, en particular de la Convención Americana (ver *supra*, párrafo 143), debe producir efectos positivos en el desarrollo de la revisión judicial en los ordenamientos latinoamericanos.

¹⁸⁴ *Cfr.* Jorge Carpizo y Héctor Fix-Zamudio, "Amerique Latine". cit. *supra*, nota 7, pp. 142-145.

IX. RESUMEN Y CONCLUSIONES

195. El breve estudio panorámico que hemos efectuado nos permite establecer las siguientes conclusiones:

196. *Primera.* El análisis del control judicial de la constitucionalidad de las disposiciones legislativas y de los actos de autoridad en los ordenamientos latinoamericanos debe partir de un marco teórico, el cual se apoya en los lineamientos de una nueva disciplina procesal que podemos intitular *Derecho procesal constitucional*, y en la que se descubren tres sectores: la jurisdicción constitucional de la libertad, la jurisdicción constitucional orgánica y la jurisdicción constitucional transnacional, que deben combinarse con los dos grandes sistemas de control constitucional: el americano y el austriaco.

197. *Segunda.* El llamado “sistema americano” de revisión judicial de las disposiciones legislativas, que surgió en la Constitución Federal de los Estados Unidos de 1787 (con antecedentes en la legislación y la jurisprudencia coloniales), implica, al menos en sus aspectos esenciales, un órgano difuso (es decir que las cuestiones de constitucionalidad pueden ser decididas por todos los jueces); se traduce en la desaplicación de los preceptos legales que se consideran contrarios a la Carta Fundamental, y sus efectos son particulares, es decir sólo para el caso concreto y para las partes que han intervenido en el proceso en el cual se pronuncia la decisión.

198. *Tercera.* El sistema americano es el que ha tenido mayor trascendencia en los ordenamientos latinoamericanos, debido a que, con posterioridad a la independencia política de España y Portugal, los juristas de la región consideraban como paradigma al régimen constitucional de los Estados Unidos, y particularmente, la función de los tribunales como órganos de control de la constitucionalidad de las leyes. En esta materia tuvo una gran repercusión la obra de Alexis de Tocqueville, *La democracia en América*, cuya traducción castellana de Sánchez de Bustamante fue muy conocida en la tercera década del Siglo XIX, así como, pero con menor divulgación, la clásica obra de *El federalista*.

199. *Cuarta.* El sistema americano de control de la constitucionalidad de las disposiciones legislativas fue trasplantado a los ordenamientos latinoamericanos en los cuales predominaba la tradición jurídica hispánica

de orientación romano-canónica, y por ello dio lugar a varios instrumentos procesales peculiares, entre los cuales podemos señalar el *habeas corpus*, la acción, recurso o juicio de amparo, y el aspecto más directo de la revisión judicial, a través de la acción o recurso de inconstitucionalidad de las leyes.

200. *Quinta*. El *habeas corpus* conocido también en su traducción castellana como “exhibición personal”, fue introducido y subsiste en la totalidad de las legislaciones latinoamericanas inspiradas directamente en la ley inglesa de 1679 o por conducto del derecho estadounidense, como el instrumento específico para la tutela de la libertad personal, y que también se le califica como “amparo de la libertad personal”, o forma parte del derecho de amparo como ocurre en el ordenamiento mexicano. También pueden observarse algunas modalidades del *habeas corpus* en el derecho latinoamericano, ya que por la ausencia en determinadas épocas, de otros instrumentos tutelares, la legislación y la jurisprudencia extendieron esta institución a la protección de los restantes Derechos Humanos consagrados constitucionalmente, con exclusión de los de carácter patrimonial. A este respecto podemos citar los ejemplos de Brasil, Bolivia y Perú.

201. *Sexta*. El derecho de amparo surgió en el ordenamiento constitucional mexicano, primero en la Constitución yucateca de 1841, que también fué el primer documento en introducir la revisión judicial norteamericana de acuerdo con su divulgación en el libro de Tocqueville, que se menciona expresamente; con posterioridad en el ámbito nacional en el documento denominado Acta de Reformas (a la Constitución Federal de 1824) y definitivamente en los artículos 101 y 102 de la Carta Federal de 1857. De ahí pasó de manera paulatina a varios ordenamientos constitucionales de Latinoamérica y actualmente está regulado, con diversas modalidades, en las Constituciones y legislaciones de Argentina (tanto en el ámbito nacional como de las entidades federativas), Bolivia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Venezuela y Uruguay. A estos ordenamientos deben agregarse las instituciones similares del *mandado de segurança* brasileño (que algunos autores han traducido al castellano como mandamiento de amparo) y el recurso de protección de la Constitución chilena de 1980.

202. *Séptima*. El derecho de amparo latinoamericano asume diversa extensión tutelar, que va desde la protección de la libertad personal como

estaba regulado en la Constitución chilena de 1925, hasta la de todo el ordenamiento jurídico, como en la legislación mexicana, que abarca tanto la propia libertad personal como todas las resoluciones judiciales de los tribunales del país por infracción de la legislación secundaria (casación); algunos aspectos del contencioso-administrativo; la impugnación de las leyes inconstitucionales y la protección de los derechos de los campesinos sujetos a la reforma agraria. En la mayoría de los ordenamientos latinoamericanos la acción, recurso o juicio de amparo está dirigido a la tutela de los derechos fundamentales, individuales y sociales, establecidos en las Cartas constitucionales, con exclusión de la libertad de movimiento, objeto del *habeas corpus* o exhibición personal.

203. *Octava.* La revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes de acuerdo con el modelo norteamericano, prácticamente ha sido establecida en la totalidad de las legislaciones latinoamericanas, inclusive en aquellos ordenamientos que conservaron durante más tiempo la influencia russoniana de la preeminencia del organismo legislativo, como Ecuador y Perú. Sin embargo asume numerosos matices, entre los cuales podemos citar dos esenciales; el primero se desarrolla a través del llamado control difuso, en cuanto atribuye a todos los jueces y tribunales, con independencia de su jerarquía, la facultad de decidir las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas en los procesos concretos de los cuales conocen, sin perjuicio de llevar la cuestión a su decisión final por la Corte o Tribunal Supremos. Aquí podemos señalar como ejemplo las legislaciones de Argentina y Brasil, que además son de carácter federal, las que, por medio del recurso extraordinario de inconstitucionalidad se aproximan al modelo estadounidense de revisión judicial. El otro sector es el de aquellos países que atribuyen de manera exclusiva a la Corte Suprema la decisión de las cuestiones de inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas, entre las que se encuentra el llamado recurso de inaplicabilidad del ordenamiento chileno. Pero en todos los supuestos se conservan los lineamientos esenciales de los efectos particulares de la sentencia de inconstitucionalidad.

204. *Décima.* El modelo de control de la constitucionalidad de las leyes, que surgió en la Constitución austriaca en 1920, de acuerdo con el pensamiento del ilustre Hans Kelsen, posee teóricamente las características contrarias de las que se atribuyen al sistema americano, puesto que dicho control se encomienda a un órgano concentrado: Tribunal o Corte Constitucional, y los efectos de la declaración de inconstitucionalidad son de

carácter general o *erga omnes*. Si bien este modelo ha predominado en los ordenamientos constitucionales europeos de carácter continental, se ha extendido también de manera reciente a algunos ordenamientos latinoamericanos, pero con el carácter peculiar de que no suprimen, sino que por el contrario, consideran compatible, la revisión judicial americana. Entre los ejemplos de la influencia del sistema austriaco en Latinoamérica podemos citar la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, surgida en la Constitución de 1965, como un organismo que se integraba en cuanto se planteaban las impugnaciones de inconstitucionalidad, pero que se ha transformado en tribunal permanente en la Carta actual de 1985; el Tribunal Constitucional chileno introducido en la reforma de 1970 a la Constitución de 1925, suprimido en 1973 por el golpe militar, pero restablecido en la Carta vigente de 1980, aun cuando de manera puramente formal por no haberse restablecido el órgano legislativo; así como los Tribunales de Garantías Constitucionales de las Cartas Fundamentales de Ecuador de 1978 y de Perú de 1979.

205. *Decimoprimera*. La doctrina contemporánea ha señalado la aproximación de los modelos americano y austriaco de control constitucional; acercamiento que se advierte también en los ordenamientos latinoamericanos, a través de lo que podemos calificar como “sistema mixto”, puesto que toma del americano la competencia de un tribunal ordinario no especializado, es decir, la Corte Suprema, para decidir las cuestiones de inconstitucionalidad de las leyes, pero adopta del sistema austriaco la declaración general de inconstitucionalidad. Podemos señalar varios matices en las legislaciones latinoamericanas, el principal de los cuales es la llamada “acción popular de inconstitucionalidad”, o sea que cualquier persona puede acudir a la Corte Suprema para impugnar la constitucionalidad de las disposiciones legislativas, y la declaración de inconstitucionalidad asume efectos generales. En esta dirección podemos mencionar como los ejemplos más significativos los ordenamientos de Colombia y Venezuela, que se han aplicado desde principios de este siglo y que se han extendido más recientemente a las legislaciones de El Salvador y Panamá. En otros ordenamientos latinoamericanos, si bien se requiere que la impugnación se presente por el afectado, la declaración de inconstitucionalidad asume efectos generales, como Costa Rica y en algunas provincias argentinas.

206. *Decimosegunda*. Un ordenamiento peculiar en Latinoamérica es el cubano posterior a la revolución de 1959, puesto que toma como modelo

el paradigma soviético en su Constitución de 1976. De acuerdo con dicho modelo, se encomienda al órgano legislativo. Asamblea Nacional del Poder Popular, y su órgano de receso, el Consejo de Estado, la decisión sobre la inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas, incluyendo las propias y confiere a la Fiscalía (Procuratura) la defensa de los derechos de los gobernados como aspecto esencial de la legalidad socialista. Sin embargo, de acuerdo con la tradición española, se aparta de los lineamientos del sistema soviético en cuanto admite la tutela de los derechos fundamentales a través de los tribunales populares, por conducto del contencioso administrativo, de acuerdo con la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral de 19 de agosto de 1977.

207. *Decimotercera*. Un sector que ha tenido un desarrollo reciente, es el que podemos calificar de revisión judicial transnacional, en cuanto al control judicial de la constitucionalidad de las disposiciones legislativas y de los actos concretos de autoridad puede rebasar el ámbito interno y proyectarse en la esfera internacional. Una primera etapa se refiere a las relaciones entre los tratados internacionales y el ordenamiento constitucional interno, las que, de acuerdo con el ejemplo norteamericano, implican la posibilidad de impugnar la inconstitucionalidad de dichos tratados ante los tribunales nacionales, ya que al incorporarse al derecho interno se consideran como leyes ordinarias, de carácter nacional en los ordenamientos federales.

208. *Decimocuarta*. Un segundo periodo, más reciente, implica una restricción a la soberanía estatal para reconocer una mayor jerarquía a las normas de carácter transnacional en relación con los conflictos con las disposiciones constitucionales internas. Aun cuando esta situación ha tenido un desarrollo muy lento debido a la desconfianza tradicional de nuestros países a la intervención de los organismos internacionales, por un recuerdo amargo de intervenciones y laudos injustos, se ha implantado, así sea de manera restringida, en dos sectores: en el campo de los Derechos Humanos y en el de la integración económica. En esta dirección podemos señalar los ordenamientos de Ecuador y de Panamá, que reconocen expresamente las normas y principios de derecho internacional (*ius cogens*); los de Honduras y El Salvador que otorgan a los tratados internacionales una jerarquía superior a la de las leyes ordinarias, y finalmente los de Guatemala y de Perú, que consideran a los tratados internacionales de Derechos Humanos como superiores a las disposiciones internas e inclu-

sive la Carta peruana otorga a dichos tratados el carácter de normas constitucionales.

209. *Decimoquinta.* La evolución hacia la preeminencia de los tratados sobre Derechos Humanos en el ámbito de los ordenamientos constitucionales latinoamericanos, ha culminado con el reconocimiento de los organismos de justicia internacional, tales como la Comisión y la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, en particular, por conducto de la ratificación de la Convención Americana de los Derechos Humanos suscrita en San José, Costa Rica, en noviembre de 1969, y que han tomado como modelo, aun cuando son aspectos peculiares, a la Comisión y a la Corte Europea de los Derechos Humanos. En cuanto a la integración económica, que no ha tenido éxito en el ámbito latinoamericano, al menos se ha iniciado en los países andinos, a través del Acuerdo de Cartagena, suscrito el 26 de mayo de 1966, y del que actualmente forman parte Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, los que han establecido, siguiendo el ejemplo del Tribunal de las Comunidades Europeas con residencia en Luxemburgo, el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena que inició sus labores en la ciudad de Quito el primero de enero de 1984, con competencia restringida respecto de su modelo europeo, pero que significa un inicio de resolución de conflictos sobre la aplicación de las disposiciones comunitarias en relación con las de carácter interno.

210. *Decimosexta.* Aun cuando el estudio tiene carácter predominante normativo, ya que no sería posible realizar una investigación sociológica, para un mejor conocimiento de la aplicación del control constitucional a la realidad jurídica de los ordenamientos latinoamericanos, se realiza un análisis superficial de los principales problemas contemporáneos que restringen la eficacia y la evolución de los instrumentos de dicho control: *habeas corpus*, amparo y revisión judicial. El primero de dichos problemas se refiere a la interpretación de las cuestiones políticas no judiciales por parte de los tribunales latinoamericanos, respecto de los cuales se han mostrado muy tímidos en su conocimiento, actitud que ha sido favorecida, cuando no provocada por los órganos de gobierno y particularmente por el Ejecutivo, en el ejercicio de facultades discrecionales.

211. *Decimoséptima.* El segundo sector que ha impedido la evolución positiva de la revisión judicial es la relativa a los frecuentes y en ocasiones permanentes estados de excepción en los ordenamientos latinoamericana-

nos, que asumen, además, una doble configuración: por una parte, podemos señalar un aspecto patológico de los propios estados de emergencia, que son declarados por los gobiernos *de facto*, especialmente los de carácter militar, con el objeto de menoscabar las instituciones democráticas, y en segundo lugar aquellas situaciones de excepción que se expiden por los gobiernos democráticos para mantener el orden constitucional en situaciones de grave peligro o conflicto, que se han comprendido dentro del concepto de “dictadura constitucional”. En ambos supuestos, pero con mayor razón en los primeros que están fuera del orden constitucional, las Constituciones latinoamericanas no hacen referencia expresa, salvo las Cartas de Brasil y de Colombia, a la procedencia de la revisión judicial respecto de las disposiciones legislativas y de los actos de autoridad emanados en las situaciones de emergencia que afectan los Derechos Humanos de los gobernados, y por el contrario, algunas de ellas se refieren a la suspensión de los instrumentos procesales de protección de los propios derechos (*habeas corpus* y amparo). Tampoco existen lineamientos en las propias disposiciones constitucionales que impidan extralimitaciones del organismo Legislativo, y con mayor frecuencia, del Ejecutivo, cuando este último hace uso de facultades extraordinarias para legislar o cuando toma medidas concretas frente a situaciones de grave peligro o conflicto.

212. *Decimoctava*. A lo anterior debe agregarse la autolimitación que se han impuesto los jueces y tribunales latinoamericanos para conocer de los instrumentos procesales durante los estados de emergencia, ya que se han mostrado inseguros, vacilantes y tímidos en la defensa de su competencia para la tutela de los Derechos Humanos en tales situaciones. Este panorama general contrasta con la jurisprudencia de los tribunales argentinos, en especial de la Corte Suprema, los que han examinado con bastante profundidad el problema de la revisión judicial de las disposiciones expedidas durante las situaciones de emergencia y de las medidas concretas para aplicarlas, todo ello a través del concepto de la razonabilidad, para determinar si dichas disposiciones y medidas concretas se han expedido y ejercitado dentro de los límites establecidos por la Constitución Nacional, aun cuando no puedan decidir sobre la oportunidad y discrecionalidad políticas de las propias medidas de emergencia.

213. *Decimonovena*. Como ejemplos de las decisiones de la Corte Suprema en las cuales se ejerció el criterio de razonabilidad de las declaraciones y medidas de excepción, podemos mencionar los fallos dictados

el 9 de agosto de 1977 y el 20 de julio de 1978, en los procesos interpuestos por Carlos María Zamorano, y el muy conocido de Jacobo Timmerman, en los cuales se estableció que los tribunales tenían competencia para decidir sobre la situación de los detenidos a disposición del Poder Ejecutivo, en los términos de los artículos 21, 29 y 95 de la Constitución argentina; ya que los afectados no podían quedar limitados a su suerte y al margen de todo control por parte de los jueces de la Nación, sea cual fuere el tiempo durante el cual se practica el arresto. Este mismo criterio de razonabilidad se introdujo en el artículo 4o., incisos 1 y 2, de la Ley Nacional de *Habeas Corpus*, promulgada por el gobierno constitucional el 24 de octubre de 1984, que confiere a los tribunales la facultad para examinar con motivo de las detenciones ordenadas durante el estado de sitio, tanto la legitimidad como la constitucionalidad de las disposiciones legislativas que sirven de apoyo a las medidas concretas contra las cuales se interpone la impugnación, incluyendo la declaración misma. Este precepto fue aplicado por la Corte Suprema argentina en la resolución que pronunció el 3 de diciembre de 1985, con motivo del recurso de *habeas corpus* interpuesto por Jorge H. Granada, en relación con el arresto decretado en su contra por el titular del Poder Ejecutivo nacional durante el estado de emergencia decretado por el gobierno constitucional.

214. *Vigésima*. La situación desalentadora de la falta de protección efectiva de los Derechos Humanos y de la ausencia de control judicial de las leyes durante los estados de excepción, debe modificarse gradualmente por virtud de la ratificación de numerosos países latinoamericanos, tanto del Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, expedido en diciembre de 1966, como de la Convención Americana suscrita en San José, Costa Rica, en noviembre de 1969, cuyos artículos 4o. y 27, respectivamente, establecen los lineamientos a que deben sujetarse los Estados Partes en dichas convenciones para declarar los estados de excepción y aplicar las medidas concretas de emergencia. Tiene particular relevancia el citado artículo 27 de la Convención Americana, puesto que además de establecer con mayor amplitud que el Pacto de las Naciones Unidas, los derechos que no pueden ser objeto de suspensión durante la emergencia, también establece que tampoco pueden suspenderse las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

215. *Vigesimoprimera*. El citado artículo 27.2 de la Convención Americana ha sido interpretado por la Corte Interamericana al resolver el 30

de enero y el 16 de octubre de 1987 las consultas 8 y 9 de 1987, formuladas por la Comisión Interamericana y por el Gobierno de Uruguay, respectivamente, en el sentido de que la suspensión de los derechos fundamentales que autoriza la propia Convención no debe exceder la medida de lo estrictamente necesario para atender la emergencia, por lo que resulta ilegal toda actuación de los poderes públicos que desborde los límites que deben estar precisamente señalados en las disposiciones que decreten el estado de excepción aun dentro de la situación de excepcionalidad jurídica. Lo anterior significa que los procedimientos de *habeas corpus* y de amparo son de aquellas garantías judiciales indispensables para la protección de varios derechos cuya suspensión está vedada por la Convención, y sirven, además, para preservar la legalidad democrática. A los dos instrumentos tutelares anteriores deben agregarse como no susceptibles de suspensión cualquier otro recurso efectivo o los procedimientos judiciales inherentes a la forma democrática representativa de gobierno, previstos por el derecho interno de los Estados partes como idóneos para garantizar la plenitud de los citados derechos.

16. *Vigésimosegunda*. Por lo que se refiere a la eficacia de la revisión judicial y de los instrumentos protectores del *habeas corpus* y de amparo en la realidad político-constitucional latinoamericana, sólo puede establecerse de manera muy aproximada, en virtud de que no existen estudios empíricos de carácter sociológico que permitan precisar esa efectividad. Se han intentado algunos lineamientos de valoración, como los ensayados por el tratadista norteamericano David S. Clark, por el constitucionalista mexicano Jorge Carpizo, conjuntamente con el que esto escribe y por el también jurista estadounidense Carl E. Schwarz, este último sólo por lo que se refiere a los ordenamientos de México y los Estados Unidos. Sin embargo, podemos señalar que existen numerosos obstáculos que impiden la aplicación de los instrumentos de control judicial en el ámbito latinoamericano, algunos de los cuales fueron examinados brevemente, como son los relativos a la interpretación desorbitada de las cuestiones políticas no judiciales, los frecuentes y a veces permanentes estados de emergencia y la autolimitación de los jueces y tribunales de nuestra región, además de otros factores de carácter económico, social y cultural que se han incrementado en los últimos años, aun cuando existe la posibilidad de que la paulatina superación de las dictaduras que afectaron a varios países latinoamericanos de tradición democrática y la ratificación de la Convención Americana de San José, puedan influir positivamente en la eficacia del control judicial en Latinoamérica.

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL ORDENAMIENTO MEXICANO

SUMARIO: I. Introducción. II. Breve relación de antecedentes históricos. Influencias externas. III. Evolución interna. IV. La situación actual. El juicio de responsabilidad política. V. Las controversias constitucionales. VI. El procedimiento investigatorio de la Suprema Corte de Justicia. VII. El juicio de amparo. VIII. La introducción y desarrollo del *Ombudsman*. IX. La participación de los tribunales federales y locales en la función de la justicia constitucional. X. La Suprema Corte de Justicia como tribunal constitucional. XI. Perspectivas de la justicia constitucional en México. XII. Conclusiones. Bibliografía básica.

I. INTRODUCCIÓN

1. En este breve trabajo pretendemos proporcionar una visión panorámica del desarrollo histórico y de la situación actual de la justicia constitucional en el ordenamiento mexicano, en el cual se toma en cuenta, hasta donde es posible, no sólo el derecho positivo, la doctrina y la jurisprudencia, sino también la realidad jurídica de la misma, ya que, veremos en su oportunidad, se ha centralizado exclusivamente en el juicio de amparo ante los tribunales federales, no obstante que en nuestro ordenamiento existen otros instrumentos para lograr el restablecimiento del orden constitucional desconocido o violado, los que desafortunadamente no han funcionado satisfactoriamente y han dejado de utilizarse, por lo que se encuentran atrofiados, aun cuando sería conveniente revitalizarlos para aliviar y complementar la agobiadora labor que corresponde al propio juicio de amparo.

2. En segundo lugar, es preciso expresar algunas reflexiones sobre la terminología que hemos utilizado, pues si bien en apariencia se trata de un problema semántico, también posee repercusiones importantes en el enfoque con el cual se aborda la materia, la que debe considerarse extremadamente compleja. Al respecto podemos señalar que existen varios vocablos que se emplean en forma indiscriminada para comprender el

estudio de los diversos instrumentos de solución de conflictos derivados de la aplicación de las normas constitucionales.

3. En efecto, en la doctrina contemporánea se han empleado hasta cierto punto como equivalentes las denominaciones de *control*, *defensa*, *justicia*, *jurisdicción*, *garantías* y *derecho procesal*, todas ellas con el calificativo de “constitucional”, pero si analizamos estos términos de manera precisa podemos concluir que poseen diverso contenido, ya que, en primer lugar, “control” constituye un vocablo muy genérico, que posee la significación más amplia, pues comprende todo tipo de instrumentos que se utilizan para lograr la efectividad de la normativa constitucional. La “defensa constitucional” abarca tanto mecanismos de protección, como los dirigidos a la solución de conflictos; en tanto que “jurisdicción”, “garantías” y “derecho procesal” (*constitucional*), poseen una connotación mucho más restringida, pues se refieren a los instrumentos estrictamente procesales, que implican el ejercicio de la función jurisdiccional en sentido propio.

4. En vista de lo anterior, preferimos emplear la expresión *justicia constitucional*, no sólo porque es la que se emplea con mayor frecuencia por la doctrina contemporánea, como lo demuestra la publicación de un magnífico anuario comparativo dirigido por el notable tratadista francés Louis Favoreu, sino además porque en nuestro concepto es más amplia que las estrictamente procesales antes mencionadas, sin llegar a la ambigüedad de las palabras “control” y “defensa”, puesto que dicho vocablo abarca no sólo a la jurisdicción sino también otros instrumentos de solución de conflictos constitucionales que no realizan esa función. En el ordenamiento constitucional mexicano resulta evidente, como lo señalaremos más adelante, que tanto el llamado “procedimiento investigatorio de la Suprema Corte de Justicia” (ver *infra*, párrafos 128-129), como las nacientes Comisiones y Procuradurías de Derechos Humanos (como adaptación del *Ombudsman* de origen escandinavo), se caracterizan por no tener una naturaleza procesal en sentido propio.

5. Pero existe otro motivo que señalamos desde nuestros primeros trabajos sobre la materia, y que se apoya en la *trascendencia axiológica de la justicia constitucional*, si se toma en consideración que el moderno Estado social de derecho no sólo implica lo que en frase afortunada señaló en los años treinta el conocido tratadista Boris Mirkine Guetzevitch como

“racionalización del poder”, sino que además, el mismo poder debe *justificarse*, al someterse en forma cada vez más estricta la actividad de los órganos del poder a las normas jurídicas, debido a la limitación de su esfera discrecional en relación con las que tradicionalmente se han calificado como “cuestiones políticas o de gobierno”.

6. Por otra parte, no resulta sencillo elaborar una visión de conjunto de los instrumentos jurídicos de la justicia constitucional en nuestro país, si se toma en consideración que únicamente el derecho de amparo mexicano, considerado como la institución procesal más apreciada, ha sido objeto de un examen exhaustivo tanto por juristas nacionales como extranjeros, pero no ha ocurrido lo mismo con los restantes sectores, los cuales son estudiados de manera aislada y esporádica, especialmente debido a su escasa eficacia práctica, por lo que son muy reducidos los análisis panorámicos en la bibliografía mexicana.

II. BREVE RELACIÓN DE ANTECEDENTES HISTÓRICOS. INFLUENCIAS EXTERNAS

7. La justicia constitucional mexicana constituye el resultado de la conjugación o confluencia de varias instituciones provenientes de otros sistemas jurídicos, y de una evolución, en ocasiones, dolorosa y atormentada durante nuestra agitada historia constitucional, en la que se fueron perfilando de manera paulatina y a veces contradictoria, los instrumentos de solución de conflictos constitucionales. En primer término, haremos una descripción muy breve de las corrientes externas sin cuyo conocimiento no podrá entenderse la variabilidad de los sistemas implantados por las Constituciones que se sucedieron rápidamente durante todo el Siglo XIX, a partir de nuestra independencia de España consumada en el año de 1821.

8. *La influencia angloamericana* ha sido la más evidente en nuestras instituciones político-constitucionales, debido a que varios de nuestros constituyentes consideraban al derecho público de los Estados Unidos como el modelo a seguir aun cuando con modalidades propias originadas en el trasplante de figuras jurídicas de la familia del *common law* a una tradición hispánica de origen romano-canónico.

9. Como ocurrió en la mayoría de los países latinoamericanos que habían logrado su independencia de España y Portugal, se intentó la

introducción de los principios esenciales de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, pero entendiéndola en la forma en que la había divulgado la clásica obra del publicista francés Alexis de Tocqueville, *La démocratie en Amérique*, cuya primera edición en castellano, traducida por D. A. Sánchez de Bustamante y publicada en París en el año de 1836, se conoció en México en el año siguiente, y además se hizo una reimpresión de la misma en nuestro país en 1855, año de la convocatoria del Congreso Constituyente en el cual se elaboró la Constitución Federal de 1857, que consolidó varios de los instrumentos de justicia constitucional que han trascendido a la actualidad.

10. También debe señalarse la influencia de la clásica institución angloamericana del *habeas corpus*, que se incorporó al juicio de amparo, pero sin el nombre tradicional con el cual se le conoce en los demás países latinoamericanos. Además, es preciso advertir que el sistema constitucional de los Estados Unidos tuvo ascendiente en la adopción del régimen federal cuya tutela se encomendó posteriormente a los tribunales federales, los que se inspiraron en la organización judicial norteamericana en su denominación y estructura.

11. Una institución que también tomamos de la Constitución norteamericana de 1787, fue la relativa al *juicio político de los altos funcionarios* de la Federación y de las entidades federativas (*Impeachment*), que si bien tuvo su origen en el sistema británico, adoptó modalidades importantes en el régimen presidencial norteamericano. En efecto, de acuerdo con el artículo I, sección III, inciso c), de la Carta Federal de 1787, se atribuye al Senado federal la facultad exclusiva de juzgar políticamente a los altos funcionarios, y la resolución, si es condenatoria, se traduce en la destitución del funcionario y su inhabilitación durante determinado periodo.

12. *La tradición hispánica* fue menos evidente, pero no por ello de menor importancia después de tres siglos de dominación política, económica y cultural, y la que, al combinarse con el paradigma norteamericano, adquirió características peculiares, ya que por una parte, desde la época colonial (y en ello coincide de cierta manera en la influencia angloamericana), existió una corriente judicialista apoyada por el Consejo de Indias, en beneficio de las Audiencias, las cuales conocían de los actos y resoluciones de los virreyes, capitanes, generales y otras autoridades administrativas.

13. En segundo lugar, la Constitución española promulgada en Cádiz el 18 de marzo de 1812, que tuvo vigencia en México de manera esporádica debido a la revolución de independencia y su desconocimiento por parte de Fernando VII, tuvo un gran predicamento en varias de nuestras Constituciones, especialmente por lo que se refiere a la preeminencia del organismo Legislativo en el conocimiento de las violaciones de carácter constitucional (ver *infra*, párrafos 19-20 y 22).

14. También debe señalarse que el nombre mismo del juicio de amparo, castizo, evocador y legendario, según la acertada frase del ilustre constitucionalista mexicano Felipe Tena Ramírez, proviene de antecedentes castellanos y aragoneses.

15. *La tradición jurídica francesa* dejó una huella transitoria en algunas de las Constituciones mexicanas elaboradas por la corriente conservadora, la cual, contrariamente a la de carácter liberal y federalista que se inspiró en el derecho de los Estados Unidos, trató de implantar en nuestro país el centralismo europeo, cuyo paradigma era Francia, y cuya huella más importante en el campo de la justicia constitucional se descubre en la copia del Senado conservador de la carta francesa del año VIII, a través del llamado Supremo Poder Conservador introducido en las leyes constitucionales de 1836 (ver *infra*, párrafos 35-36).

III. EVOLUCIÓN INTERNA

16. La primera Constitución que tuvo vigencia, así fuera sólo en el territorio dominado por los insurgentes que luchaban por la independencia, fue el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, sancionado en Apatzingán el 22 de octubre de 1814, en el cual se advierte la influencia de la Constitución española de Cádiz, en una doble dirección; por una parte a través del juicio de responsabilidad de los altos funcionarios por delitos oficiales, entre ellos las violaciones de carácter constitucional, la que se seguía en dos etapas, la primera ante el organismo Legislativo, el que debía decidir si procedía la consignación (artículos 120 y 126 del citado Decreto Constitucional), y el proceso criminal ante el llamado Tribunal de Residencia de acuerdo con la tradición colonial (artículo 227) o bien ante el Supremo Tribunal de Justicia (artículo 147), cuando se trataba de los secretarios del Supremo Gobierno.

17. El segundo aspecto que puede destacarse es el relativo a la facultad de los ciudadanos para reclamar las infracciones de la Constitución, que podemos descubrirlo en una disposición escondida en la parte final del artículo 237 del citado Decreto Constitucional de Apatzingán y que se refería a la irreformabilidad de las bases esenciales de la forma de gobierno consagrada por el mismo Decreto, en tanto *no se redactara la Constitución definitiva*; precepto en el cual se estableció: “Cualquier ciudadano tendrá derecho para reclamar las infracciones que notare” [se entiende, de dicha Carta Constitucional].

18. No se determina en dicho precepto ante qué autoridad se podía formular la reclamación ni el procedimiento para tramitarla, pero sí toma en consideración de que este precepto se inspiró de manera evidente en el artículo 373 de la Constitución española de 1812, de acuerdo con el cual: “*Todo español tiene derecho de representar a las Cortes o al Rey para reclamar la observancia de la Constitución*”; puede concluirse en el sentido de que la denuncia hubiera podido hacerse tanto ante el Congreso como ante el Poder Ejecutivo (este último carácter colectivo, según el artículo 132 de la Ley Constitucional de 1814).

19. Esto no significa que los constituyentes que redactaron el documento político promulgado en Apatzingán hubieren tenido el propósito preciso de establecer un procedimiento destinado a la tutela de los derechos fundamentales consagrados en la misma (que se tomaron de las Constituciones francesas de 1791 y 1793), ya que en esa época existía la creencia romántica de que la garantía de los derechos consistía en su consagración constitucional; pero indirectamente hubiera podido llegarse a dicho resultado, como ocurrió en España con fundamento en el referido artículo 373 de la carta de 1812.

20. En efecto, según los estudios realizados por el tratadista español Víctor Fairén Guillén, y por el mexicano José Barragán Barragán, se advierte la situación provocada por las numerosas reclamaciones de los ciudadanos contra las violaciones a la citada Constitución española efectuada por diversas autoridades en perjuicio de sus derechos fundamentales, y que motivó la elaboración del proyecto presentado a las Cortes el 12 de julio de 1813, en el cual se encomendó el conocimiento de los delitos contra dicha ley suprema a la jurisdicción ordinaria.

21. Se advierte la influencia del derecho público francés en el proyecto presentado al Congreso el 16 de mayo de 1813, denominado “Plan de la Constitución Política de la Nación Mexicana”, suscrito por el diputado José del Valle y otros representantes, y en cuya base 8a. se propuso la creación de un Senado conservador, si se toma en cuenta que entre sus facultades se encontraban las de: “celar la conservación del sistema constitucional”; también reclamar al congreso nacional las leyes que fuesen contrarias a la Constitución o que no fuesen discutidas o aprobadas en la forma que la misma prescribiera; así como juzgar a los altos funcionarios del Estado.

22. En la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos aprobada el 4 de octubre de 1824, se advierte una combinación de instituciones para la tutela de las normas constitucionales que fueron adoptadas sin una clara comprensión de su alcance, ya que por una parte, dicha carta federal tomó como modelo a la Constitución española de Cádiz, en cuanto dispuso en su artículo 164: “El Congreso [federal... dictará todas las leyes y decretos que crea conducentes a fin de que se haga efectiva la responsabilidad de los que quebranten esta Constitución y el Acta Constitutiva [de 31 de enero de 1824]”, y además, estableció un organismo denominado Consejo de Gobierno, que funcionaba durante el receso del propio Congreso, y que en forma similar a la Diputación Permanente de las Cortes españolas, tenía entre sus atribuciones la de: “velar sobre la observancia de la Constitución, del Acta Constitutiva, de las leyes generales, formando expediente sobre cualquier incidente relativo a estos objetos [...]” (artículo 160 fracción I).

23. Pero al mismo tiempo, dicha carta federal confirió a la Suprema Corte (de acuerdo con el artículo 137, fracción V, inciso sexto), la facultad de conocer de las violaciones a la Constitución y leyes federales, esta vez inspirándose en la Constitución Federal de los Estados Unidos de 1787; pero dicho precepto no llegó a reglamentarse y por lo mismo no tuvo aplicación, no obstante algún intento que se hizo para que la propia Corte conociera de dichas cuestiones.

24. Lo cierto es que predominó la influencia hispánica, ya que el Congreso de la Unión, con apoyo en la facultad exclusiva que le otorgó el artículo 165 de la citada Constitución Federal para resolver las dudas sobre el alcance de los preceptos constitucionales, anuló varias leyes

expedidas por los órganos legislativos de las entidades federativas, por considerarlas contrarias a la propia Constitución Federal.

25. En esta misma Constitución Federal y debido a la influencia del ordenamiento norteamericano, se consagraron dos de los instrumentos que se desarrollaron con posterioridad, para resolver los conflictos de carácter constitucional. Nos referimos en primer término a las llamadas “controversias constitucionales”, claramente inspiradas en el artículo III, sección 2, de la ley fundamental norteamericana, ya que en el artículo 137, fracción I; de la carta de 1824, que se refiere a las atribuciones de la Suprema Corte de Justicia, se dispuso, en su parte conducente:

Conocer de las diferencias que puede haber de uno a otro Estado de la Federación siempre que las reduzca a un juicio verdaderamente contencioso en que deba recaer formal sentencia y de las que se susciten entre un Estado y uno o más vecinos de otro [...]

26. También en dicha Constitución Federal se introdujo el sistema del *juicio político* de los altos funcionarios de la Federación y de los estados, con algunos matices, especialmente en cuanto al enjuiciamiento de los magistrados de la Suprema Corte de Justicia. En efecto, el artículo 38 estableció las reglas del citado juicio político, que encomendó a cualquiera de las dos Cámaras del Congreso General, en calidad de gran jurado.

27. Según dicho precepto fundamental, la Cámara respectiva podía conocer de las acusaciones contra el presidente de la Federación por delitos de traición contra la independencia nacional, la forma establecida de gobierno, y por cohecho o soborno, cometido durante el tiempo de su empleo. También podía ser enjuiciado el mismo presidente por actos dirigidos manifiestamente a impedir que se hicieran las elecciones de presidente, senadores y diputados, o a que éstos se presentaran a servir sus destinos en las épocas señaladas en dicha Constitución, o a evitar a las Cámaras el uso de cualquiera de las facultades que les atribuyera la misma.

28. Además, cualquiera de las Cámaras legislativas podía enjuiciar a los miembros de la Suprema Corte de Justicia y a los secretarios del despacho, por delitos cometidos durante el tiempo de sus empleos, así como a los gobernadores de los estados, por infracciones de la Constitución Federal, leyes de la Unión, u órdenes del presidente de la Federación, que no fueran manifiestamente contrarias a la Constitución y leyes gene-

rales de la Unión y también por la publicación de leyes y decretos de las legislaturas de sus respectivos estados, contrarios a la misma Constitución y leyes.

29. De acuerdo con el artículo 39 de dicha ley fundamental, la Cámara de Representantes tenía competencia exclusiva para conocer de las acusaciones contra el presidente o sus ministros en relación con actos en los cuales hubiese intervenido el Senado o Consejo de Gobierno por razón de sus funciones, y también respecto de los actos atribuidos al vicepresidente de la República.

30. Por lo que respecta a las causas criminales que se intentaran contra los senadores o diputados desde el día de su elección hasta dos meses después de haber cumplido su encargo, debían someterse a la Cámara de la que formaron parte, la que podía decidir en calidad de gran jurado sobre si había o no lugar a la formación de causa.

31. En todos los casos la Cámara respectiva debía decidir con el voto de los dos tercios de sus miembros presentes, y en caso de considerar que había lugar a la formación de causa, el acusado quedaba suspenso de su encargo y puesto a disposición del tribunal competente.

32. El tribunal competente era la Suprema Corte de Justicia para el enjuiciamiento criminal de los altos funcionarios mencionados, de acuerdo con el artículo 137, fracción V, incisos primero a cuarto, de la mencionada carta constitucional, con excepción de los procesos seguidos contra magistrados de la Suprema Corte, ya que el artículo 139 constitucional regulaba la integración de un tribunal especial formado por personas electas por el Congreso General en el primer mes de las sesiones ordinarias de cada bienio, que no fueran miembros del citado Congreso y tuvieran las cualidades exigidas para los propios magistrados de la Corte.

33. Como puede observarse, no existía una estricta separación entre la responsabilidad política y la imputación penal, pero se tomaba del modelo estadounidense la necesidad de seguir un procedimiento previo ante una de las Cámaras del Congreso de la Unión, que funcionaba como gran jurado, pero se apartaba del propio modelo en cuanto al proceso criminal no se seguía ante los tribunales ordinarios, sino ante la Suprema Corte de Justicia, con excepción del enjuiciamiento especial de los magis-

trados de la propia corte, lo que influyó de cierta manera el sistema del juicio político y penal de los funcionarios, en la Constitución Federal de 1857 (ver *infra*, párrafos 45-46).

34. Pocos años más tarde en uno de los frecuentes cambios políticos que se produjeron en el siglo pasado (y no obstante la ingenua pretensión de la citada Constitución de 1824 de que nunca podrían reformarse sus preceptos relativos al sistema federal), el grupo conservador logró establecer el sistema centralista de inspiración francesa, transformando los estados en departamentos, a través de las Siete Leyes Constitucionales expedidas entre el 15 de diciembre de 1835 y el 30 de diciembre de 1836. En este ordenamiento también se observa una combinación de influencias, ya que el artículo 2o., fracción III, de la Primera Ley Constitucional estableció un instrumento procesal con la denominación de *reclamo* (denominación que persiste en otros ordenamientos posteriores (ver *infra*, párrafo 37), para tutelar la propiedad privada cuando la misma fuese expropiada por causa de utilidad pública, y que podía ser interpuesta por los afectados ante la Suprema Corte de Justicia en la capital y ante el tribunal superior respectivo en los departamentos, suspendiéndose la ejecución de la resolución expropiatoria hasta el pronunciamiento del fallo judicial.

35. Pero además de esta instancia judicial muy restringida, se adoptó el modelo francés del Senado conservador de la Constitución del año VII (ver *supra*, párrafo 15), a través del organismo denominado *Supremo Poder Conservador*, regulado por la Segunda Ley Constitucional, e integrado por cinco personas en apariencia muy poderosas ya que sólo eran responsables de sus actividades ante Dios y la opinión pública (artículo 17). Dicho organismo tenía entre sus facultades, similares a las del paradigma francés, las de declarar la nulidad de los actos, resoluciones o leyes de cada uno de los tres órganos del poder, a petición de uno o de los otros dos (artículo 12, fracciones I a III).

36. Las facultades aparentemente desorbitadas del Supremo Poder Conservador pecaban en realidad de ingenuas, pues si bien dicho organismo pronunció algunas resoluciones importantes al declarar la nulidad de leyes y actos que consideró inconstitucionales, dichos fallos no fueron obedecidos por las autoridades afectadas, las que alegaron pretextos y evasivas o simplemente los ignoraron, ya que la realidad política permitía

la subsistencia de un órgano de esta naturaleza, que había fracasado también en su país de origen.

37. En varios proyectos que se elaboraron durante los agitados años de 1840 a 1842 con el propósito de reformar las citadas Leyes Constitucionales de 1836, o bien para sustituirlas con otro documento constitucional, se propuso la supresión del Supremo Poder Conservador (que fue abolido efectivamente en el año de 1841 con motivo de uno de tantos pronunciamientos militares) para sustituirlo por un instrumento procesal que recibió también el nombre de *reclamo* (véase *supra*, párrafo 34), el que debía ejercitarse ante los tribunales federales y particularmente ante la Suprema Corte de Justicia, con objeto de proteger tanto las normas constitucionales en general, como las garantías individuales; es decir, los derechos del hombre en particular, y si bien dichos proyectos no llegaron a obtener consagración legislativa, es evidente que prepararon el terreno para lograr el predominio de la revisión judicial, consagrada definitivamente en la carta federal de 1857.

38. En este periodo de luchas incesantes entre los grupos liberales que defendían el sistema federal y los sectores conservadores que postulaban el centralismo, resulta de gran trascendencia la promulgación de la Constitución del estado de Yucatán el 16 de mayo de 1841, con apoyo en el proyecto elaborado en diciembre del año anterior por una comisión encabezada por el ilustre jurista y político Manuel Crescencio Rejón, uno de los padres del juicio de amparo, y quien se había refugiado en su estado natal perseguido por los centralistas que dominaban la capital de la República. Dicho documento, que se considera el primero que consagra la revisión judicial de la constitucionalidad de los actos de autoridad en América Latina, se inspira en esta materia en el sistema constitucional norteamericano a través de la visión de Alexis de Tocqueville (ver *supra*, párrafo 9), a quien se cita de manera expresa en la exposición de motivos del proyecto redactado por Rejón.

39. La citada Constitución yucateca introduce por primera vez el juicio de amparo, el cual procedía ante la Suprema Corte en pleno contra las leyes y decretos de la legislatura que fueran contrarios al texto literal de la misma Constitución, o contra las providencias del gobernador cuando en ellas se hubiese infringido el propio código fundamental (artículo 62, fracción I), y debía interponerse ante los jueces de primera instancia contra

los actos de funcionarios que no correspondieran al Poder Judicial cuando violasen los derechos fundamentales consagrados por dicha carta (artículo 8o.), y acudiéndose a los superiores de los propios jueces cuando éstos infringiesen dichos derechos en sus resoluciones (artículo 9o.).

40. De acuerdo con lo anterior, y en forma más estricta con el modelo estadounidense, el artículo 75 de la carta yucateca establecía el llamado *control difuso* introducido por el artículo VI de la Constitución Federal norteamericana, en cuanto disponía: “En la administración de justicia arreglarán los jueces sus fallos a lo prevenido en esta Constitución, prescindiendo de lo dispuesto contra el texto literal de ella en las leyes o decretos del congreso del Estado.” Por otra parte, debe destacarse el sistema de responsabilidad que se calificó de juicio político, inspirado también en el *impeachment* angloamericano en cuanto el gobernador, consejeros, secretarios de despacho y ministros de la Suprema Corte de Justicia podían ser enjuiciados por las infracciones legales que cometieran en el ejercicio de sus respectivos cargos previa acusación ante la Cámara de Diputados para que decidiera si había lugar la formación de la causa, pasándose el expediente al Senado local para que resolviera en definitiva, el que podía imponer como única pena la privación de oficio o de empleo y la inhabilitación temporal o permanente para obtener otro, sin perjuicio de seguirse con posterioridad el proceso penal ordinario (artículo 37), procedimiento muy similar al establecido por el texto original del artículo 111 de la Constitución Federal vigente (ver *infra*, párrafos 73-75).

41. Otro paso importante es el documento conocido como Acta de Reformas (a la Constitución Federal de 1824) promulgado el 21 de mayo de 1847, que se inspira en el proyecto elaborado por Mariano Otero, otro de los creadores del amparo y uno de los pensadores políticos más distinguidos del Siglo XIX; quien se apoya también en el modelo norteamericano de manera expresa al establecer el juicio de amparo en el ámbito nacional, consagrado por el artículo 25 de la citada Acta de Reformas, según el cual:

Los tribunales de la Federación ampararán a cualquier habitante de la República en el ejercicio y conservación de los derechos que le conceda esta Constitución y las leyes constitucionales contra todo ataque de los poderes legislativo y ejecutivo, ya de la Federación, ya de los Estados; limitándose dichos tribunales a impartir su protección en el caso particular sobre que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o del acto que la motivare.

42. No obstante el peso de la influencia estadounidense, el mismo Otero recoge la tradición hispánica de la Constitución de Cádiz, de conferir al organismo Legislativo la declaración de nulidad de las leyes inconstitucionales (ver *supra*, párrafo 13) pero adaptándola al sistema federal, de manera que en los artículos 22 y 23 del citado documento constitucional se estableció que el Congreso Federal podía declarar la nulidad de las leyes de las entidades federativas contrarias a la carta federal, y a su vez la mayoría de las legislaturas deberían votar sobre la nulidad de una ley federal cuando fuese impugnada por inconstitucional por el presidente de la República, por diez diputados, tres senadores o tres legislaturas locales, correspondiendo a la Suprema Corte recibir y publicar el resultado de la votación.

43. Llegamos, así en este breve recorrido sobre la evolución de nuestra justicia constitucional, a la carta federal promulgada el 5 de febrero de 1857, la que constituye el antecedente inmediato de la actualmente en vigor, y en ella se advierte un predominio del modelo norteamericano en los tres instrumentos de garantía constitucional que regula: *el juicio de responsabilidad de los altos funcionarios; las controversias constitucionales y el juicio de amparo*.

44. Por supuesto que el aspecto más importante, ya desde entonces, fue la consagración definitiva del juicio de amparo en los artículos 101 y 102 de la citada carta federal de 1857, después de la larga gestación que se ha señalado en los párrafos anteriores, según el modelo de la revisión judicial de la constitucionalidad de los actos de autoridad del ordenamiento de los Estados Unidos divulgado por el genio de Tocqueville, quien fue mencionado expresamente en varias ocasiones durante los debates del Congreso Constituyente, ya que los defensores de la institución, especialmente con los constituyentes Ponciano Arriaga, Melchor Ocampo y León Guzmán sostuvieron claramente que tenían el propósito de trasplantar la revisión judicial norteamericana, pero dirigida específicamente a la protección de los derechos o garantías individuales consagradas constitucionalmente.

45. Pero además del citado juicio de amparo, la carta federal de 1857 se inspiró en el modelo norteamericano en lo que se refiere al sistema de enjuiciamiento de los altos funcionarios dotados de la inmunidad procesal (diputados al Congreso de la Unión, ministros de la Suprema Corte, los

gobernadores de los estados por infracciones a la Constitución y leyes federales, y el presidente de la República por delitos de traición a la patria, violación expresa de la Constitución y ataque a la libertad electoral) (artículo 103), por los delitos de carácter oficial. En ese supuesto, el texto original del artículo 104 de la carta federal disponía que de dichos delitos debían conocer el Congreso (entonces unicameral) como jurado de acusación y la Suprema Corte como jurado de sentencia, apartándose del sistema norteamericano, pero no del británico, en cuanto la citada Suprema Corte podía imponer la pena señalada en la ley secundaria.

46. En la reforma constitucional de 13 de noviembre de 1874, por la cual se restableció el Senado federal, se modificó ligeramente el sistema anterior, en cuanto la imposición de la pena por delitos oficiales cometidos por los altos funcionarios quedó encomendada al propio Senado, después del veredicto de culpabilidad de la Cámara de Diputados, en lugar de la Suprema Corte de Justicia (artículo 105).

47. Finalmente, la misma Constitución de 1857 siguió inspirándose en la carta federal de los Estados Unidos respecto al establecimiento de las llamadas controversias constitucionales, en su artículo 97, fracciones III y IV (que el artículo 98 encomendó en única instancia a la Suprema Corte), relativa a los conflictos que se suscitaban de un Estado con otro y en aquellas en que la Federación fuese parte.

48. Para finalizar este superficial recorrido, es preciso destacar que el juicio de responsabilidad de los altos funcionarios y las controversias constitucionales no tuvieron eficacia práctica, por lo que, como ocurre en la actualidad, fue el juicio de amparo el único instrumento que se utilizó para impugnar las violaciones a la carta federal de 1857, primero restringido a las llamadas garantías individuales o derechos del hombre, consagrados en los primeros 28 artículos de la propia Constitución, pero pronto la jurisprudencia de la Suprema Corte extendió la protección a todos los preceptos constitucionales que pudiesen dar lugar a una *afectación individual*.

49. La transformación más importante fue la extensión de la procedencia del amparo contra todas las sentencias pronunciadas por todos los jueces del país, aun cuando en ellas no se plantearan cuestiones de inconstitucionalidad, sino exclusivamente la aplicación de disposiciones

legales secundarias, con lo cual el ordenamiento mexicano se apartó considerablemente, en este aspecto, del modelo norteamericano, e inclusive de otras instituciones similares establecidas en países federales latinoamericanos, tales como el recurso extraordinario de constitucionalidad, regulado por los ordenamientos de Argentina y de Brasil.

50. Esta transformación del juicio de amparo mexicano provocó apasionados debates durante la segunda mitad del Siglo XIX e inclusive la primera década del presente, a tal extremo que fue calificada de “corrupción” por el destacado constitucionalista Emilio Rabasa en una de sus obras publicadas en 1919; pero el cambio ha sido inevitable, en virtud de un conjunto de factores políticos, sociales, económicos y culturales, entre los cuales pueden mencionarse, en primer término, los tres siglos de centralismo judicial de la época colonial española, que a su vez provocó la concentración de los abogados en las ciudades de México y de Guadalajara, en las cuales residían las únicas Audiencias (tribunales de apelación) del virreinato de la Nueva España. Con posterioridad a la independencia, la situación anterior determinó la integración de los tribunales superiores de las entidades federativas con magistrados improvisados, con la consiguiente falta de confianza en dichos tribunales locales, los que también quedaron sujetos a la influencia política de los gobernadores de los propios estados.

51. Debido a lo anterior, los abogados acudieron a todos los medios, inclusive a una interpretación forzada del artículo 14 de la Constitución de 1857, para sustraer todos los asuntos judiciales de las manos de los tribunales locales, aun tratándose de la aplicación de las leyes de los estados, para llevarlos a los tribunales federales a través del juicio de amparo, y finalmente a la Suprema Corte de Justicia; con el argumento muy poco consistente de que, cada vez que un juez o tribunal aplicase inexactamente (en realidad, incorrectamente) una disposición legal secundaria al resolver un proceso concreto, infringía el citado artículo 14, situado dentro del capítulo de las garantías individuales o derechos del hombre de la carta federal, lo que implicaba una cuestión de constitucionalidad que hacía procedente el amparo.

52. No obstante lo endeble de la argumentación anterior (que hemos simplificado para citarla brevemente), fue tan poderosa la presión de los justiciables que la Suprema Corte de Justicia se vio obligada a aceptarla

después de un periodo de incertidumbre, al declarar de manera implícita la inconstitucionalidad del artículo 8o. de la segunda Ley de Amparo, promulgada el 20 de enero de 1869, que prohibía categóricamente la procedencia del amparo contra resoluciones judiciales, ya que en su fallo de 29 de abril del mismo año de 1869, ordenó la admisión del juicio de amparo promovido por Miguel Vega contra una sentencia dictada por el Tribunal Superior del Estado de Sinaloa, pero sin expresar la Corte las razones de su decisión, todo lo cual provocó un serio rozamiento con el Congreso Federal que había ya expedido la citada Ley pocos meses antes, con un intento de iniciar un juicio de responsabilidad a los magistrados del más alto tribunal que había suscrito ese fallo.

53. Lo importante es destacar que a partir de entonces el juicio de amparo procede no sólo contra violaciones directas a disposiciones constitucionales que pueden afectar derechos personales, finalidad para la cual fue creado en la Constitución Federal de 1857, sino que también puede utilizarse contra la infracción de leyes ordinarias (el llamado control de legalidad), lo que hace muy difícil separar ambos sectores que se ha transformado en el instrumento procesal que tutela todo el ordenamiento jurídico nacional, desde las normas de la Constitución Federal, hasta los preceptos del más humilde reglamento municipal.

54. Por otra parte, la extensión del juicio de amparo para comprender la impugnación de todas las resoluciones judiciales aun cuando en ellas no se presenten problemas directos de constitucionalidad, fue reconocido expresamente por el artículo 14 de la Constitución federal vigente de 1917, ya que en la parte relativa de la exposición de motivos del proyecto presentado por don Venustiano Carranza, encargado del Poder Ejecutivo, al Congreso Constituyente de Querétaro el primero de diciembre de 1916, se sostuvo: “[...] El pueblo mexicano está ya tan acostumbrado al amparo en los juicios civiles, para librarse de las atribuciones de los jueces, que el Gobierno a mi cargo ha creído no sólo injusto sino impolítico privarlo ahora de tal recurso [...]”.

IV. LA SITUACIÓN ACTUAL.

EL JUICIO DE RESPONSABILIDAD POLÍTICA

55. Si tomamos en cuenta los antecedentes y la evolución que hemos señalado sucintamente, en la Constitución federal de 5 de febrero de 1917,

actualmente en vigor, podemos señalar, en nuestro concepto, cuatro instrumentos o garantías reguladas en el texto de dicha ley fundamental, pero debemos tomar también en cuenta la institución más reciente que se ha introducido en nuestro ordenamiento, todavía en la esfera de la legislación ordinaria, pero que de acuerdo con la tendencia que se observa en la actualidad en el constitucionalismo latinoamericano, puede elevarse a rango de norma fundamental en un futuro que no parece muy lejano.

56. Los cuatro instrumentos consagrados expresamente en nuestra carta federal y que se refieren a la solución de conflictos de carácter jurídico sobre la aplicación de las disposiciones fundamentales, son los relativos al juicio político; las controversias constitucionales; el procedimiento investigador de la Suprema Corte de Justicia, y el juicio de amparo. La nueva institución, que como hemos dicho se encuentra en la esfera de la legislación ordinaria y puede considerarse todavía incipiente, es la relativa a la adopción del modelo escandinavo del *Ombudsman*, con características propias, y que se traducen en el establecimiento de Comisiones, Procuradurías o Defensorías de Derechos Humanos. Consideramos que estos cinco instrumentos constituyen en su conjunto lo que podemos calificar como “justicia constitucional mexicana”.

57. Excluimos de este concepto tanto los instrumentos de protección de las normas constitucionales de carácter político, económico, social y jurídico, consagrados para mantener a los poderes públicos dentro de la esfera que les ha señalado la Constitución federal, pero que no tienen un carácter de *garantías constitucionales* en sentido estricto; es decir, no han sido establecidos para solucionar conflictos de naturaleza constitucional, sino que son predominantemente preventivos. Ambas categorías de instrumentos, tanto los que podemos clasificar de protectores o preventivos, como los que tienen una función de garantía constitucional, integran la llamada “defensa de la Constitución”.

58. Al excluir a los medios preventivos, así como también a los que solucionan conflictos estrictamente políticos, no mencionamos en este breve análisis algunos procedimientos que un sector de la doctrina ha incluido dentro del concepto de la justicia constitucional mexicana. Como ejemplo destacamos los puntos de vista del notable constitucionalista mexicano Jorge Carpizo, quien señala la existencia de una garantía por órgano político en la atribución del Senado de la República prevista por

la fracción VI del artículo 76 de la carta federal, en cuanto dicha Cámara tiene a su cargo resolver las *cuestiones políticas* que surjan entre los poderes de un estado, cuando alguno de ellos recurra con ese fin al propio Senado o cuando con motivo de dichas cuestiones se hubiese interrumpido el orden constitucional mediante un conflicto de armas, ya que en ese supuesto—como lo sostiene el destacado tratadista mexicano— el Senado decide, como órgano imparcial situado por encima de los contendientes, “sujetándose a la Constitución General de la República y a la del Estado”; pero como lo reconoce el mismo autor, la controversia no es jurídica sino claramente política y también el órgano que la decide.

59. En primer lugar haremos una descripción sucinta del citado *juicio de responsabilidad política*, que se inspira en términos generales en el *impeachment* angloamericano y cuya regulación, al menos la original de nuestra carta federal de 1917, era muy similar a la introducida en la Constitución yucateca de 1841 (ver *supra*, párrafo 40), la que ha sufrido modificaciones sustanciales en la reforma al título IV de nuestra ley suprema, promulgada en diciembre de 1982.

60. Consideramos conveniente hacer referencia al texto original del citado título IV de la carta federal de 1917, para después examinar las mencionadas reformas de diciembre de 1982, así como la Ley de Responsabilidades de la misma fecha.

61. En efecto, el texto original del artículo 108 de la carta federal de 1917 señaló de manera limitativa a aquellos funcionarios que estaban dotados del llamado “fuero constitucional”, es decir, los que estaban protegidos por inmunidad para su enjuiciamiento por parte de los tribunales ordinarios, en relación con delitos que se califican “del orden común”, ya que se requería de la previa autorización o “desafuero” por la Cámara de Diputados, en los términos del anterior artículo 109 de la propia ley suprema, y que al mismo tiempo podían ser juzgados por el Congreso Federal, en ambas instancias, respecto de los llamados delitos oficiales (en realidad infracciones políticas), según el diverso artículo 111 constitucional, también en su texto anterior.

62. Dichos funcionarios eran: el presidente de la República, los senadores y diputados al Congreso de la Unión; los ministros de la Suprema Corte de Justicia; los secretarios del despacho; el procurador general de

la República; así como los gobernadores de los estados y los diputados de las legislaturas locales.

63. De los citados funcionarios dotados de inmunidad o fuero constitucional, de acuerdo con el citado artículo 108 de la carta federal, en su texto primitivo, tenían una situación peculiar el presidente de la República, los gobernadores y los miembros de las legislaturas de las entidades federativas, así como los ministros del más alto tribunal de la República.

64. Respecto del presidente, la responsabilidad se limitaba (y todavía se limita, como veremos más adelante), sólo a la traición a la patria y a los delitos graves del orden común. Esta restricción tiene por objeto, de acuerdo con los debates en el Congreso Constituyente de Querétaro, evitar que el jefe del Ejecutivo quedara a merced del Congreso, que podría, al menos teóricamente, obstaculizar sus actividades bajo la amenaza de enjuiciarlo por supuestos o reales delitos, o faltas de carácter oficial.

65. De acuerdo con lo que disponía el artículo 103 de la Constitución de 1857, el presidente de la República era también responsable por violación expresa de la Constitución y ataques a la libertad electoral, aspectos que fueron suprimidos por nuestra carta federal vigente, ya que se consideró que podrían motivar abusos por parte del cuerpo legislativo en contra del jefe del Ejecutivo, según se ha dicho.

66. En cuanto a los gobernadores y diputados de las legislaturas de los estados, su responsabilidad se limitaba en el texto original del artículo 108 constitucional, a la violación de la Constitución y leyes federales, ya que las restantes infracciones políticas debían someterse a las propias legislaturas, según lo dispuesto por las Constituciones locales respectivas, y así lo proponía expresamente el proyecto de reforma a dicho precepto fundamental, elaborada en el año de 1947.

67. Se produjo una polémica hace varios años en la doctrina constitucional por lo que respecta a esta responsabilidad de los funcionarios locales, especialmente por lo que se refiere a los diputados de las legislaturas de los estados.

68. Es posible afirmar con el ilustre constitucionalista Felipe Tena Ramírez, que no existe, al parecer, una razón decisiva para el otorgamiento

del fuero federal a los funcionarios locales, ya que en realidad no fueron la independencia y la dignidad de los poderes tanto de ellos como de los funcionarios federales, el objeto de la garantía que proporciona la inmunidad, pues efectivamente no puede asimilarse la situación de los gobernadores como agentes de la Unión en la publicación y cumplimiento de las leyes federales; sin embargo, al menos en terreno de la teoría, los diputados locales pueden infringir tanto la Constitución como los ordenamientos federales, que constituyen conjuntamente con los tratados internacionales la ley suprema de la Unión en los términos del artículo 133 constitucional, no sólo cuando se expiden leyes o decretos que sean contrarios a dicha ley suprema, sino en numerosas hipótesis en las cuales las referidas legislaturas pueden extralimitarse al invadir la esfera de la Unión, y así lo reconoció expresamente el notable constitucionalista Manuel Herrera Lasso, el principal opositor a este sistema de responsabilidad.

69. Por otra parte, en el texto primitivo del artículo 111 constitucional, el llamado “fuero constitucional” (con mayor precisión, inmunidad) únicamente se otorgó a los ministros de la Suprema Corte de Justicia; en cambio, tanto en relación con los propios ministros como respecto de los restantes jueces y magistrados federales y del Distrito Federal, se estableció una tramitación especial que se inspiraba en el concepto de permanencia de los funcionarios judiciales del derecho constitucional norteamericano en tanto mostraran “buena conducta”.

70. El procedimiento especial para el enjuiciamiento de los funcionarios judiciales por “mala conducta” requería de una solicitud de destitución del presidente de la República, después de oír en privado al funcionario judicial respectivo, con el fin de apreciar en conciencia la justificación de la acusación (lo que se calificaba como “confesión laica”), y si el presidente consideraba que estaba comprobada la conducta indebida, turnaba el asunto a ambas Cámaras para que, con audiencia del propio funcionario acusado, decidieran sobre esta imputación.

71. Dicho procedimiento fue censurado severamente por un sector importante de la doctrina, ya que varios estudiosos consideraron que se atentaba contra la independencia del Poder Judicial, y por nuestra parte opinamos que el propio procedimiento no era lo suficientemente amplio para otorgar a los funcionarios judiciales sometidos al mismo, una oportunidad razonable para su defensa frente a un cargo tan impreciso y sometido

a criterios subjetivos, como era el de “mala conducta”. Estas objeciones pesaron seguramente sobre el legislador de 1982, ya que este enjuiciamiento especial para los funcionarios judiciales fue suprimido en su totalidad (ver *infra*, párrafo 105).

72. De acuerdo con el texto original del mencionado artículo 111 de la Constitución federal, el juicio político de responsabilidad se tramitaba en dos instancias. La primera se seguía ante la Cámara de Diputados, la que debía decidir, después de seguir un procedimiento contradictorio, si existía motivo de culpabilidad. Si tal era el caso, la propia Cámara debía llevar la acusación ante el Senado federal, el cual, a su vez, después de oír a las partes debía pronunciarse por mayoría absoluta de votos si consideraba justificada dicha acusación. Dicha decisión implicaba que el funcionario respectivo quedaba privado de su cargo e inhabilitado para ocupar otro en determinado periodo, con independencia de otras responsabilidades en que hubiere incurrido.

73. Como puede observarse, el sistema de enjuiciamiento político de los altos funcionarios de la Federación, del Distrito Federal y de los estados, dotados de inmunidad constitucional, seguía lineamientos muy cercanos a la regulación establecida por la Constitución yucateca de 1841 en esta materia (ver *supra*, párrafo 40), y por el contrario, se apartó del régimen seguido por la Constitución Federal de 1857, según el cual, la Cámara de Diputados podía decidir tanto sobre la responsabilidad política como respecto de la de carácter penal, y con posterioridad correspondía a la Suprema Corte de Justicia primero, y a partir de 1874 con el restablecimiento del Senado federal, a este último, aplicar la sanción respectiva si los hechos estaban tipificados como delictuosos, aproximándose con ello al sistema británico.

74. Según el mismo precepto fundamental, existía *acción popular* para denunciar las infracciones políticas, la que podía ejercitarse ante la Cámara de Diputados. Tratándose de delitos oficiales propiamente dichos; es decir, los cometidos por los funcionarios y empleados públicos con motivo y en el ejercicio de sus funciones y cuando éstos no estuvieran dotados de inmunidad constitucional, el enjuiciamiento se encomendaba a un *jurado popular*, similar al que se establece en el artículo 20, fracción VI, de la misma Constitución federal, para los delitos cometidos por medio de la prensa contra el orden público o la seguridad exterior o interior de la nación, que en teoría se encuentra todavía en vigor.

75. En el mismo texto original del artículo 111 constitucional que hemos comentado, se introdujo una disposición (que en estricto sentido debió tener carácter transitorio) que ordenó al Congreso de la Unión la expedición, a la mayor brevedad, de una ley de responsabilidades de todos los funcionarios y empleados de la Federación, del Distrito Federal y de los altos funcionarios de los estados, pero este precepto quedó en suspenso por más de veinte años, si se toma en consideración que la primera Ley de Responsabilidades fue promulgada en diciembre de 1939 y entró en vigor el primero de enero de 1940.

76. Dicha ley reglamentaria estableció un verdadero proceso judicial ante cada una de las Cámaras, que se desarrollaba, según se ha dicho, en dos instancias. Esta estructura de doble grado ha subsistido en las dos leyes de responsabilidad posteriores, de 1979 y 1982.

77. Es conveniente aclarar que el texto original del artículo 111 constitucional consagró dos tipos de infracciones: las que se calificaron de *manera imprecisa* como “delitos políticos de los altos funcionarios”, que en realidad eran y siguen siendo esencialmente violaciones a las disposiciones constitucionales, y los calificados como “delitos oficiales”, tipificados tanto por el Código Penal del Distrito Federal aplicable en esta materia en toda la República, como por el artículo 18 de la citada Ley de Responsabilidades, que regulaba con minuciosidad los delitos en que podían incurrir de manera exclusiva los funcionarios y empleados de los gobiernos federal y del Distrito Federal, que carecían de inmunidad.

78. Por tal motivo, es preciso señalar, para comprender la legislación posterior, que a su vez la citada Ley de 1939 regulaba tres categorías de infracciones imputables a los funcionarios y empleados de la Federación, del Distrito Federal y de los estados. En primer lugar los calificados de “delitos”, pero en realidad eran y son *infracciones estrictamente políticas*, como acertadamente lo señaló el destacado jurista español residente en México hasta su fallecimiento, Mariano Jiménez Huerta, ya que se referían en esencia a violaciones del ordenamiento constitucional, tal como estaban reguladas por el artículo 3o. de dicha Ley de 1939, y que no han variado esencialmente en las leyes posteriores de 1979 y de 1982. Estas infracciones sólo eran imputables a los altos funcionarios dotados de inmunidad constitucional de acuerdo con lo establecido por el texto primitivo del artículo 108 de la carta federal (ver *supra*, párrafos 61-62), y debían

someterse al juicio político en dos instancias ante las dos Cámaras del Congreso de la Unión, es decir, la de Diputados como “Jurado de Acusación”, y la de Senadores como “Jurado de Sentencia”, de acuerdo con la terminología de dicha Ley de Responsabilidades.

79. Una segunda categoría de infracciones que podrían imputarse a los citados altos funcionarios con posterioridad a su juzgamiento por el Congreso, el cual sólo podía destituirlos e inhabilitarlos, estaban reguladas por las leyes penales y tipificadas como verdaderos delitos, por lo que debían someterse al conocimiento de los tribunales ordinarios una vez que se hubiese destituido al funcionario como consecuencia del juicio político. Se trataba de un verdadero proceso penal posterior, de acuerdo con lo establecido por el mismo artículo 111 constitucional que hemos venido comentando, y según el modelo norteamericano.

80. El tercer sector de ilícitos era el que podían cometer los demás empleados y funcionarios públicos de los gobiernos federal y del Distrito Federal que no tenían inmunidad constitucional, los que fueron tipificados por el artículo 18 de la citada Ley de Responsabilidades, y se sometían en todo caso al jurado popular, según el mismo artículo 111 constitucional por lo que se calificaba como “delitos oficiales” aun cuando, por las omisiones de las leyes penales, podían aplicarse, al menos teóricamente también a los altos funcionarios algunas de esas hipótesis delictivas.

81. La segunda Ley de Responsabilidades, promulgada en diciembre de 1979, siguió en su mayor parte, con algunas modificaciones, las disposiciones de la de 1939, pero incurrió en un grave error que fue señalado por la doctrina. En efecto, al suprimir la tipificación de los delitos llamados “oficiales” establecidos por las numerosas hipótesis del artículo 18 del ordenamiento anterior (nada menos que 72 infracciones), y por el contrario disponer en sus artículos 3o. y 10, que las infracciones políticas imputables a los altos funcionarios dotados de inmunidad constitucional y sometido al juicio político, también se aplicarían a los restantes empleados y funcionarios que debían ser juzgados ante el jurado popular, se determinó que en ambos supuestos la sanción consistiría en destitución e inhabilitación.

82. Por tanto, en esta Ley de 1979, debido a un principio de igualdad mal entendido, se establecieron dos tipos de juicios políticos: uno que correspondía a los altos funcionarios dotados de inmunidad constitucional

según el artículo 108 de la carta federal entonces vigente, y el otro que se imputaba a los restantes empleados y funcionarios, cuya conducta se sometía a la decisión del jurado popular, pero ya no por la acusación respecto de delitos propiamente dichos (artículo 18 anterior), sino sólo por infracciones a la carta federal, aun cuando por sus funciones era difícil que la pudiesen violar de manera directa.

83. Lo anterior se tradujo en una verdadera confusión, pues al desaparecer la tipificación penal y aplicar exclusivamente a todos los empleados y funcionarios el juicio político por infracciones constitucionales, que se tramitaba ante las dos Cámaras del Congreso tratándose de altos funcionarios dotados de inmunidad, y ante el jurado popular respecto de los que carecían de él, se produjo una especie de amnistía implícita, de acuerdo con el principio de la retroactividad favorable en materia penal, para los escasos empleados de menor categoría (carteros y policías), como eran los que de manera predominante eran enjuiciados ante el citado Jurado Popular, y que habían sido acusados por los delitos tipificados en el anterior artículo 18 de la Ley de 1939, ya que las únicas sanciones en todos los casos eran las de destitución e inhabilitación, pero ya no podían someterse los que carecían de inmunidad, a un enjuiciamiento penal que ya no existía por falta de tipificación.

84. Como hemos señalado anteriormente, el título IV de la Constitución federal fue modificado sustancialmente por la reforma de diciembre de 1982, que fue acompañada por la expedición de una nueva Ley de Responsabilidades de la misma fecha, actualmente en vigor.

85. No haremos un examen exhaustivo de las reformas introducidas en la nueva legislación que entró en vigor en enero de 1983, que en general podemos considerar como positivas, pues nos concentraremos en el juicio político por infracciones a la carta federal, que es el que podemos situar dentro del concepto de justicia constitucional.

86. En efecto, las reformas constitucionales y legales de 1982 modificaron varios preceptos originales de la carta de 1917, en cuanto a las reglas generales para la regulación de la responsabilidad no sólo política, sino también administrativa y penal, al señalar en el artículo 109 constitucional los lineamientos que deben seguir el Congreso Federal y las legislaturas de los estados en sus respectivas competencias. *Especialmente debe sub-*

rayarse el adelanto que significó uniformar la responsabilidad administrativa, que estaba dispersa en numerosos ordenamientos, y que ahora está dotada de reglas precisas, ya que es la que se puede exigir con mayor frecuencia.

87. Dicho artículo 109 constitucional en su texto vigente distingue con claridad entre el juicio político y la responsabilidad penal de los que califica como servidores públicos, instrumentos que fueron confundidos en la Ley de Responsabilidades de 1979 (ver *supra*, párrafos 81-83). La fracción I del citado artículo 109 dispuso:

Se impondrán, mediante juicio político, las sanciones indicadas en el artículo 110 (destitución e inhabilitación) a los servidores públicos señalados en el mismo precepto, cuando en el ejercicio de sus funciones incurran en actos u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales de su buen despacho. No procede el juicio político por la mera expresión de las ideas.

La fracción II del mismo precepto constitucional establece: “La comisión de delitos por parte de cualquier servidor público será perseguida y sancionada en los términos de la legislación penal [...]”

88. Sin embargo, por lo que se refiere al juicio político en sentido estricto, la reforma de 1982 incurre en graves confusiones en cuanto a la distinción de los funcionarios que pueden quedar sujetos al mismo, ya que no precisa la inmunidad constitucional de los altos funcionarios, como lo hacía el artículo 108 anterior (ver *supra*, párrafos 61-62). En efecto, el artículo 108 vigente, en forma diversa a la enumeración del precepto original, señala en forma genérica que, para los efectos de las responsabilidades a que alude dicho título (es decir, tanto la política, la penal como la administrativa),

se reputarán como servidores públicos a los representantes de elección popular, a los miembros de los poderes Judicial Federal y Judicial del Distrito Federal, a los funcionarios y empleados, y *en general a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal o en el Distrito Federal*, quienes serán responsables por los actos u omisiones en que incurran en el desempeño de sus respectivas funciones.

89. En el último párrafo del citado precepto se dispone que las Constituciones de los estados de la República deben precisar, en los mismos

términos del primer párrafo de dicho artículo y para los efectos de sus responsabilidades, el carácter de servidores públicos de quienes desempeñen empleo, cargo o comisión de los estados y en los municipios.

90. En el diverso artículo 110, que es el que actualmente regula el juicio político (en sustitución de 111 del texto original constitucional) se establece una lista muy amplia de aquellos funcionarios que pueden ser objeto de este enjuiciamiento:

los Senadores y Diputados al Congreso de la Unión, los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Secretarios del Despacho, los Jefes del Departamento Administrativo, los Representantes a la Asamblea del Distrito Federal [estos últimos incluidos en la reforma de agosto de 1987], el titular del órgano y órganos del gobierno del Distrito Federal, el Procurador General de la República, el Procurador General de Justicia del Distrito Federal, los Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito, los Magistrados y Jueces del Fuero Común del Distrito Federal, los Directores Generales o sus equivalentes de los organismos descentralizados, empresas de participación estatal y mayoritaria, sociedades y asociaciones asimiladas a éstas y fideicomisos públicos.

91. También se extiende la procedencia del juicio político respecto de funcionarios locales, ya que se comprenden a: “Los Gobernadores de los Estados, Diputados locales y Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia locales”, los que podrán ser sujetos del citado enjuiciamiento:

por violaciones graves a la Constitución y a las leyes federales que de ella emanen, así como el manejo indebido de fondos y recursos federales, pero en ese caso la resolución será únicamente *declarativa* y se comunicará a las legislaturas locales para que en ejercicio de sus atribuciones procedan como corresponda.

92. Esta larga enumeración es inconsistente con el concepto de la inmunidad “fuero constitucional” establecido por el texto primitivo del artículo 108 de la carta federal, puesto que el juicio político está concebido para los más altos funcionarios, pero no para aquellos que carecen de la titularidad de los órganos del gobierno, ya que resulta incomprensible que se siga un procedimiento de dos instancias ante las Cámaras del Congreso de la Unión para destituir e inhabilitar a directores de organismos descentralizados y, todavía más, respecto de los directores de empresas y fideicomisos públicos, que no forman parte de la administración, no obstante el grave error en que se ha incurrido en el artículo 90 constitucional, que

confunde de manera inexplicable (por tratarse de instituciones bien conocidas) la administración pública descentralizada con el sector calificado como “paraestatal”, que comprende las empresas y los fideicomisos públicos, que de ninguna manera pueden considerarse como autoridades.

93. En forma diversa a la enumeración anterior, que extiende en forma exagerada la inmunidad o “fuero” constitucional, el artículo 111 actual (equivalente al 109 original), al regular lo que ahora califica la Ley de Responsabilidades de 1982 como *declaración de procedencia* (artículos 25-29), es decir, el procedimiento previo que debe seguirse ante la Cámara de Diputados para determinar si hay lugar a proceder contra el acusado en su proceso penal, se establece dicha inmunidad de manera más razonable respecto de delitos comunes imputados a diputados y senadores al Congreso de la Unión; ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; los secretarios de despacho; los jefes del departamento administrativo; los representantes a la Asamblea del Distrito Federal (estos últimos incluidos en la reforma de agosto de 1987), el titular del órgano de gobierno del Distrito Federal y los procuradores general de la República y de Justicia del Distrito Federal.

94. Esta designación de altos funcionarios aun cuando incluye algunos que no fueron comprendidos en el artículo 108 primitivo de la carta federal (ver *supra*, párrafos 61-62), tiene mayor vinculación con el concepto de *inmunidad de enjuiciamiento* para los Titulares de los órganos de poder, según nuestra organización constitucional y que se encuentra tanto en el concepto del juicio político para las infracciones constitucionales como en la noción del procedimiento previo ante la Cámara de Diputados en relación con el enjuiciamiento de los mismos altos funcionarios a los cuales se les imputan delitos de carácter común, con excepción del presidente de la República, que aun en este último supuesto (delitos graves del orden común) (ver *supra*, párrafo 65) se deben seguir las dos instancias ante ambas Cámaras del Congreso de la Unión.

95. La extensión de la inmunidad a funcionarios de menor jerarquía, y todavía más, a directivos de empresas públicas y fideicomisos oficiales que carecen del carácter de autoridad, tratándose del juicio político, en los términos del vigente artículo 110 constitucional, desvirtúa la estructura y funciones de dicho instrumento, tanto en nuestra historia constitucional

como desde el punto de vista comparativo, ya que debe considerarse como un mecanismo de tutela de las normas constitucionales.

96. La aseveración anterior se confirma si examinamos cuáles pueden ser las infracciones de carácter constitucional que pueden dar lugar al juicio político (con mayor precisión, al enjuiciamiento por responsabilidad política) de acuerdo con los artículos 6o. y 7o. de la citada Ley de Responsabilidades de 1982 (que coinciden, casi literalmente con los artículos 13 y 3o. de las Leyes de Responsabilidades de 1939 y 1979). En efecto, de acuerdo con dicho artículo 6o.:

Es procedente el juicio político, cuando los actos u omisiones de los servidores públicos a que se refiere el artículo anterior (enumerados por el artículo 110 constitucional antes mencionado), redunden en *perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho*.

97. El artículo 7o. señala en su parte conducente y de manera específica:

Redundan en perjuicio de los intereses públicos fundamentales y de su buen despacho. I. El ataque a las instituciones democráticas; II. El ataque a la forma de gobierno republicano, representativo, federal; III. Las violaciones graves y sistemáticas a las garantías individuales o sociales; IV. El ataque a la libertad de sufragio; V. La usurpación de atribuciones; VI. Cualquier infracción a la Constitución o a las leyes federales cuando cause perjuicios graves a la Federación, a uno o varios Estados de la misma o de la sociedad, o motive algún trastorno al funcionamiento normal de las instituciones; VII. Las omisiones de carácter grave en los términos de la fracción anterior; y VIII. Las violaciones sistemáticas o graves a los planes, programas y presupuestos de la Administración Pública Federal o del Distrito Federal y a las leyes; que determinan el manejo de los recursos económicos federales y del Distrito Federal [...].

98. En cuanto al *procedimiento del juicio político*, el artículo 110 constitucional y las disposiciones relativas de la Ley de Responsabilidades de 1982, que siguen en esta materia los precedentes del artículo 111 anterior de la *carta federal* y las Leyes de Responsabilidades de 1939 y 1979, establecen dos instancias, cada una de las cuales significa una etapa de un verdadero proceso judicial próximo al enjuiciamiento penal (aun cuando no lo sea en sentido estricto). El primer grado se sigue ante la Cámara de Diputados, y puede iniciarse por *acción popular* (de acuerdo con el texto original del artículo 111), pero ahora se exige según el artículo 109 constitucional, y respecto de todo tipo de Responsabilidades, según

el artículo 12 de la Ley de Responsabilidades respecto al juicio político, que el denunciante actúe *bajo su más estricta responsabilidad y mediante la presentación de elementos de prueba*, por lo que la doctrina ha señalado que si bien estos requisitos se han establecido para evitar denuncias frívolas o notoriamente improcedentes, pueden desalentar el ejercicio de la citada acción popular.

99. La Cámara de diputados actúa como “Jurado de Acusación”, por lo que si considera que procede a acusar al servidor público respectivo, designará a una comisión de tres diputados para que sostengan dicha acusación ante la Cámara de Senadores (artículo 21 de la ley). Recibido el asunto por el Senado federal, éste actúa como “jurado de sentencia”, para oír las partes acusadora y defensora, y si procede, debe aprobar por mayoría absoluta de los miembros presentes (artículo 110 constitucional), una resolución por lo cual establece la culpabilidad o inocencia del inculcado (artículo 24 de la ley de Responsabilidades).

100. Si la decisión de la Cámara de Senadores es de culpabilidad, tiene carácter firme respecto de los funcionarios federales o del Distrito Federal, y por ello, debe aplicar la sanción respectiva, que sólo puede consistir en la *destitución del cargo y su inhabilitación desde uno hasta veinte años en el ejercicio de empleos, cargos o comisiones en el servicio público* (artículo 110 constitucional y 8o. de la ley reglamentaria). Si las infracciones políticas que determinaron la declaratoria de culpabilidad por el Senado federal están tipificadas como delitos por las leyes penales (en especial el Código Penal para el Distrito Federal que ha sido reformado varias veces para incluir figuras delictivas en esta materia), el servidor público enjuiciado puede ser sometido a los tribunales ordinarios para la imposición de sanciones penales, cuando procedan, y para ello es preciso que el mismo Senado federal formule previamente la declaración de procedencia (artículo 7o., último párrafo, de la ley de Responsabilidades).

101. Cuando el inculcado sea un funcionario local, la declaración de culpabilidad del Senado federal debe comunicarse a la legislatura correspondiente para que en el ejercicio de sus atribuciones proceda como corresponda (artículo 110 de la Carta federal y parte final del artículo 24 de la ley Reglamentaria), innovaciones de las reformas de 1982 con objeto de respetar la autonomía de las entidades federativas, de manera que, al menos en teoría, dichas legislaturas podrían revisar el procedimiento del

juicio político ante las Cámaras federales. De acuerdo con nuestro criterio personal tenemos duda sobre si las legislaturas locales puedan examinar nuevamente el procedimiento de las Cámaras del Congreso de la Unión, ya que según el artículo 111 de la Constitución, las declaraciones y resoluciones de las propias cámaras inatacables, y por ello nos atrevemos a sugerir que dichas legislaturas sólo pueden aplicar las sanciones que autoriza la legislación local respectiva, pero sin poder discutir el fondo de la declaración del Senado federal, que es definitiva y firme.

102. Por lo que respecta a la posible duplicidad de sanciones, la de carácter político que implica la destitución y la inhabilitación, y la de naturaleza penal como resultado de proceso ante los tribunales ordinarios, se ha discutido por la doctrina mexicana si esta doble sanción implica o no una excepción al principio de la prohibición de la doble pena establecido por el artículo 23 constitucional (principio *non bis in idem*).

103. Es preciso analizar la disposición constitucional establecida por el primer párrafo del artículo 114 de la Carta federal (113 del texto original), en el sentido de que “el procedimiento de juicio político sólo podrá iniciarse durante el periodo en el que el servidor público desempeñe su cargo y dentro de un año después [...]”. El precepto vigente agregó al texto anterior: “Las sanciones correspondientes se aplicarán en un periodo no mayor de un año a partir de iniciado el procedimiento.” La finalidad de esta norma tiene el propósito de evitar persecuciones políticas de los altos funcionarios una vez que dejen su cargo. Sin embargo, su aplicación plantea varios problemas que no sería el momento de examinar, si bien consideramos que el alcance de este precepto significa que dentro de este plazo no procede el juicio político propiamente dicho, ya que el funcionario ha dejado el cargo, pero sí deben tramitarse las dos instancias ante las Cámaras del Congreso para establecer una “declaración de procedencia” respecto de posibles delitos de carácter oficial (pero ya no estrictamente infracciones constitucionales) que se le imputen durante el ejercicio de sus funciones, ya que en ese sentido se extiende la inmunidad constitucional durante el año posterior a la terminación del cargo.

104. Por otra parte, sin ser exclusivo de nuestro ordenamiento, el juicio político no es un instrumento de aplicación fácil, menos aún en nuestro sistema político en el que ha imperado un partido predominante, que en ciertas épocas inclusive podría considerarse hegemónico. Por ello, del

examen histórico que han hecho los tratadistas Raúl F. Cárdenas y Manuel González Oropeza, aparece con claridad que sólo excepcionalmente se ha aplicado el procedimiento relativo al juicio político, además con graves infracciones jurídicas, como ocurrió, en vía de ejemplo, respecto al pronunciamiento de la Cámara de Diputados de septiembre de 1935, que sin seguir el procedimiento de doble instancia del entonces artículo 111 de la carta federal, privó del cargo a varios de sus miembros imputándoles infracciones políticas. Lo cierto es que la mayor parte de los casos de responsabilidad se refirieron a la privación de la inmunidad o “fuero” constitucional por la comisión de delitos del orden común, es decir, lo que la legislación actual califica como “declaración de procedencia”.

105. Finalmente, es preciso señalar que dos de las innovaciones positivas de las reformas constitucionales y legales de diciembre de 1982 que se han analizado consisten, por una parte, en la supresión del enjuiciamiento por “mala conducta” de los funcionarios judiciales de la Federación y el Distrito Federal, que si bien se aplicó escasamente, debía considerarse como un instrumento que afectaba la independencia del Poder Judicial, y por la otra, la desaparición del jurado popular que el anterior artículo 111 constitucional había establecido para el enjuiciamiento de los delitos oficiales cometidos por empleados y funcionarios que carecían de inmunidad (ver *supra* párrafo 80), jurado cuya actuación fue desafortunada en los pocos casos en que se le sometieron casos de responsabilidad penal por ilícitos cometidos en el ejercicio de sus funciones por empleados de baja categoría.

V. LAS CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES

106. Esta garantía constitucional, también con antecedentes en la Constitución Federal de los Estados Unidos de 1787, se encuentra consagrada en el artículo 105 de la carta federal y reglamentada por el artículo 11, fracción I a IV, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación de 1988, y por los artículos 12 y 44, respectivamente, de la ley de Coordinación Fiscal de 22 de diciembre de 1978, que entró en vigor el primero de enero de 1980, y de Planeación, de 5 de enero de 1983.

107. De acuerdo con estos preceptos, se otorga al tribunal el Pleno de la Suprema Corte de Justicia, la facultad de resolver en única las controversias a que se refieren los preceptos anteriormente mencionados. Según las citadas fracciones del artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial

Federal, el mencionado Tribunal en Pleno es competente para conocer de los conflictos que puedan suscitarse entre dos o más entidades federativas; entre los poderes de una misma entidad sobre la constitucionalidad de sus actos; de las autoridades de éstos que invadan la esfera de la autoridad federal; de lo que surja entre una entidad federativa y la Federación; y finalmente aquellos en que la Federación sea parte, cuando a juicio del mismo Tribunal en Pleno se considera de importancia trascendente para los intereses de la nación, oyendo el parecer del Procurador General de la República.

108. Esta institución procesal tiene por objeto garantizar el equilibrio entre las facultades de la Federación y las de las entidades federativas señaladas en la carta federal, pero tampoco se ha aplicado con frecuencia en la realidad, ya que cuando se han presentado diferencias de carácter jurídico, especialmente entre el gobierno de la Federación y de algunos estados, se han resuelto por medio de procedimientos y por órganos de carácter político.

109. En su mayor parte, estos litigios jurídicos se han decidido por medio del instrumento calificado como “desaparición de poderes”, previsto por el artículo 76, fracción V, de la Constitución federal, y lo han sido en perjuicio de los estados, que poseen menor fuerza política frente a las autoridades de la Federación, con lo cual se favorece la centralización que se observa en los regímenes federales de nuestra época, particularmente en los latinoamericanos.

110. Debido a las frecuentes críticas que se han elevado contra este procedimiento de desaparición de poderes, que afortunadamente ya no se ha utilizado desde hace varios años, pero que se empleó con alguna frecuencia en el pasado, se intentó una reglamentación de esta facultad del Senado federal por conducto de la Ley de 27 de diciembre de 1978, la que tampoco limitó de la manera adecuada las amplias facultades discrecionales de la citada Cámara.

111. Con excepción de los conflictos en que la Federación figura como parte, que sí han tenido aplicación, puede afirmarse que para las demás hipótesis, la última controversia constitucional efectivamente planteada ante la Suprema Corte de Justicia se conoce el nombre de “caso Oaxaca”, el que se resolvió por el Tribunal en Pleno del más alto Tribunal de la

República los días 3 y 7 de diciembre de 1932, con motivo del conflicto jurídico presentado por el Procurador General de la República, en representación del gobierno federal, para solicitar la nulidad de la Ley de Dominio y Jurisdicción de Monumentos Arqueológicos, expedida por el gobierno del estado de Oaxaca el 13 de febrero del mismo año.

112. Dicho conflicto fue resultado favorablemente al gobierno federal, después de un prolongado debate y con varios votos de disidencia (llamados en nuestra legislación "votos particulares"). A partir de entonces no se ha presentado ningún otro litigio de este género por la vía judicial, sino que como se ha dicho, se han decidido con instrumentos estrictamente políticos, que son los más adecuados para resolver de manera imparcial conflictos que son de naturaleza jurídica.

113. No obstante que en las citadas leyes de Coordinación Fiscal y de Planeación se ha intentado revivir este instrumento de protección de las normas constitucionales, especialmente las que fijan las competencias de la Federación y de las entidades federativas en la materia de dicho ordenamiento, tampoco se han presentado estos litigios ante la Suprema Corte de Justicia.

114. Por ello, podemos afirmar, como lo hicimos respecto del juicio de responsabilidad política, que estos mecanismos de resolución de controversias constitucionales han caído en desuso no obstante los esfuerzos que se han hecho para revitalizarlos, puesto que sería muy conveniente su empleo para fortalecer nuestro sistema federal.

115. Otro aspecto importante que presenta el estudio de las controversias constitucionales se refiere al concepto de la Federación como parte, y que asume mayor trascendencia práctica que los instrumentos anteriormente analizados, ya que ha sido motivo de una evolución muy variable en la jurisprudencia de la Suprema Corte, hasta su precisión definitiva en la reforma constitucional y legales que entraron en vigor en octubre de 1968.

116. Como ha ocurrido con otros aspectos de los litigios constitucionales previstos por el artículo 105 de la Constitución federal, el concepto de la Federación como parte en un proceso judicial tiene su origen en la legislación y jurisprudencia de los Estados Unidos.

117. Como se ha dicho, la jurisprudencia de nuestra Suprema Corte ha sido muy cambiante en esta materia, ya que en una época imperó el criterio de que la Federación se consideraba como parte cada vez que una autoridad federal figurase como actora o como demandada en un juicio de carácter ordinario, pero a partir de 1954 se adoptó la diversa y acertada orientación de que sólo se estaba en la hipótesis del artículo 105 de la carta federal, *si en el juicio respectivo se afectaban los intereses fundamentales de la nación*, o sea cuando el asunto pudiera lesionar los principios del ejercicio de la soberanía o, por lo menos, los intereses de la entidad soberana.

118. Este último punto de vista nos parece el más razonable, puesto que el citado artículo 105 constitucional, al encomendar al Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de manera directa, es decir, en única instancia, la protección de los intereses generales de la nación, no puede interpretarse en el sentido de que basta que participe como actor o demandado un funcionario federal, sin importar la importancia del asunto, para que forzosamente el conflicto deba ser resuelto por el más alto tribunal del país como órgano supremo del Poder Judicial Federal.

119. De sostener lo contrario, como en alguna época se determinó en la jurisprudencia, se llevarían, como en efecto ocurrió, al conocimiento del propio Tribunal en Pleno reclamaciones por rentas de un local arrendado por una secretaría de Estado, o respecto de la falta de cumplimiento de un contrato de suministros; la exigencia de daños y perjuicios causados a un edificio ocupado por una dependencia federal, etcétera, que en todo caso se trataría de juicios ordinarios federales sin ninguna vinculación con problemas de carácter constitucional.

120. No obstante el correcto fundamento de la jurisprudencia iniciado en el año de 1954, diez años más tarde fue interrumpida por el mismo Tribunal en Pleno en el juicio federal resuelto de 8 de enero de 1963, por una apretada mayoría y se retornó al criterio tradicional de que bastaba la participación de una autoridad federal, sin tomar en cuenta la materia, para que se estuviera en la hipótesis del artículo 105 constitucional.

121. En virtud de este cambio de jurisprudencia, que puso en peligro al Pleno de la Suprema Corte del ser inundado nuevamente con controversias ordinarias, dicho alto tribunal propuso una modificación sustancial

al citado artículo 105 constitucional en el anteproyecto de reformas a los preceptos constitucionales y legales relativos al Poder Judicial Federal y al juicio de amparo (que hizo suyo el presidente de la República y presentó al Senado el 15 de noviembre de 1965; como la base de las reformas constitucionales y legales que entraron en vigor en octubre de 1968), para suprimir a la Federación como parte, afirmándose en la exposición de motivos correspondiente, que se perseguía el propósito de “reducir la amplísima competencia actual de la propia Suprema Corte”.

122. Esta solución radical no fue aceptada por las comisiones de ambas Cámaras las que adoptaron un criterio intermedio coincidente con la jurisprudencia imperante entre 1954 y 1963 en el sentido que de la Suprema Corte debía conservar su competencia originaria para conocer de las controversias constitucionales en las que la Federación figure como parte, pero únicamente en asuntos de verdadero interés nacional, proponiéndose, como se aprobó por el órgano reformador de la Constitución, que la definición de esta materia se dejara a la ley reglamentaria correspondiente.

123. Por este motivo se introdujo en la redacción de la fracción IV del artículo 11 de la Ley Orgánica de 1936, la siguiente disposición:

Corresponde a la Suprema Corte de Justicia conocer en Pleno [...]. IV. De las controversias en que la Federación fuese parte cuando a juicio del Pleno se consideren de importancia trascendente para los intereses de la Nación, oyendo el parecer del Procurador General de la República [...]

Esta disposición se ha conservado, con idéntica redacción, en el precepto del mismo número (artículo 11, fracción IV), de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal de 1988, actualmente en vigor.

VI. EL PROCEDIMIENTO INVESTIGATORIO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

124. El tercero de los instrumentos de garantía establecida por la carta constitucional vigente es el que se conoce con el nombre de *procedimiento investigador*, regulado actualmente por los párrafos tercero y cuarto del artículo 97 constitucional.

125. El texto primitivo de este precepto comprendía exclusivamente al primero de dichos párrafos, de acuerdo con el cual, la Suprema Corte

de Justicia estaba facultada para designar a alguno de sus miembros; un juez de distrito o magistrado de circuito; o nombrar uno o varios comisionados especiales, cuando así lo juzgara conveniente o lo pidiera el Ejecutivo Federal; alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión o gobernador de algún estado, únicamente para que investigara la conducta de algún juez o magistrado federal; algún hecho o hechos que constituyeran la violación de alguna garantía individual, la violación del voto público o algún otro delito castigado por la ley federal.

126. Por reforma de diciembre de 1977 se agregó el párrafo cuarto del citado artículo 97 constitucional y se modificó ligeramente la redacción del tercero, ya que se suprimió la referencia a la investigación de delitos federales.

127. En el nuevo párrafo cuarto se amplió la atribución investigadora de la Suprema Corte en materia electoral, en el sentido de que pueda practicar de oficio la averiguación de algún hecho o hechos que constituyan la violación del voto público, pero sólo en los casos en que a su juicio *pudiera ponerse en duda la legalidad de todo el proceso de elección de alguno de los poderes de la Unión*, en la inteligencia de que los resultados de la investigación se harán llegar a los órganos competentes.

128. La doctrina ha estimado que se trata de un simple procedimiento y no de un verdadero proceso, en cuanto a la actividad encomendada, la cual debe versar sobre violaciones de carácter constitucional y no respecto de cuestiones de simple legalidad cuyo esclarecimiento en materia penal corresponden al Ministerio Público; dictamen que debe entregar a la autoridad que le hubiese solicitado su intervención, o bien a la competente para resolver el asunto, esto último en los casos en que discrecionalmente la Suprema Corte iniciara de oficio la tramitación.

129. El citado procedimiento investigador no se inspira, como sí lo hacen los dos instrumentos señalados anteriormente (juicio político y controversias constitucionales), en el derecho constitucional de los Estados Unidos, sino que es una creación original de la carta de 1917, pero inclusive sus antecedentes nacionales —si los tiene— son bastante imprecisos, por lo que se ha dificultado de manera considerable el análisis de la estructura jurídica y de las finalidades de la institución, ya que lo único que resulta indiscutible es que el Constituyente de Querétaro pretendió esta-

blecer un instrumento para garantizar el cumplimiento de algunas disposiciones de carácter constitucional.

130. Varios factores han influido para determinar el funcionamiento esporádico y los resultados poco satisfactorios de este instrumento de garantía constitucional, si se toma en cuenta, por una parte, que no se ha expedido la ley reglamentaria que determine los alcances del referido texto fundamental, y por la otra, que en la mayor parte de los casos en que se ha solicitado la intervención de la Suprema Corte de Justicia, lo ha sido en relación con la violación del voto público, materia en la cual nuestro más alto tribunal se ha mostrado muy cauteloso por considerar que se trata de cuestiones esencialmente políticas.

131. Por otra parte, debemos tomar en consideración que hasta las reformas constitucionales de 1986 al artículo 60 de la carta federal se introdujo en nuestro ordenamiento un tribunal electoral, aun cuando se conservó —y todavía se mantiene— la decisión final de la calificación por los colegios electorales de las Cámaras; así como en las modificaciones también de carácter constitucional al artículo 41 de la carta federal, de abril de 1990, en las que se regula el funcionamiento de un tribunal electoral con mayor autonomía, pero siempre con decisión final atribuida a los citados colegios electorales en materia de calificación.

132. A lo anterior debemos agregar que la adición al párrafo cuarto del citado artículo 97 constitucional en la reforma de diciembre de 1977 (ver *supra* párrafo 127), además de desconocer la experiencia de la falta de aplicación del precepto original en la investigación sobre cuestiones electorales, la utilización improbable de las nuevas facultades que se otorgan a la Suprema Corte de Justicia implicarían, en sentido técnico, un golpe de Estado de carácter judicial, situación desafortunada que se presentó en el año de 1876, cuando el entonces presidente de la Suprema Corte de Justicia, José María Iglesias (quien según el artículo 79 de la Constitución Federal de 1857 debería sustituir al presidente de la República en sus ausencias o renuncia), declaró de oficio la nulidad de las elecciones por medio de las cuales el Congreso de la Unión declaró presidente electo de la República a Sebastián Lerdo de Tejada, y se proclamó titular del Ejecutivo Federal, con lo cual y sin proponérselo el distinguido jurista colaboró indirectamente al triunfo de la sublevación del General Porfirio Díaz, quien llegó a la presidencia por la fuerza de las armas.

VII. EL JUICIO DE AMPARO

133. La cuarta garantía constitucional es la configurada por el sector del *juicio de amparo*, que es la única que funciona eficazmente en la realidad jurídica de nuestro país a tal grado que se ha calificado a dicho instrumento como “juicio constitucional”, o bien “garantía constitucional por antonomasia”, pues si bien es verdad que su función inicial se reducía a la tutela estricta de los derechos individuales de la persona humana consagrados constitucionalmente, se ha extendido de manera paulatina a la protección de las disposiciones constitucionales cuya violación afecta un derecho de tipo personal.

134. De esta manera, no obstante que en la Constitución federal vigente se regula un sistema completo de garantías, y por tanto, de justicia constitucional, como lo hemos señalado en este breve estudio, el único instrumento que ha funcionado y funciona en nuestra realidad jurídica es el juicio de amparo, al menos en algunos de sus aspectos, lo que se ha traducido en un peso excesivo sobre una sola institución, la cual, por otra parte, no fue establecida con una finalidad tan amplia, con la consecuencia de que se le ha hipertrofiado, lo que ha hecho más difícil su aplicación, ya de por sí compleja.

135. En virtud de lo anterior, el propio juicio de amparo mexicano ha llegado a adquirir en la actualidad una estructura jurídica sumamente complicada, que bajo su aparente unidad comprende varios mecanismos procesales, que si bien poseen ciertos principios generales comunes, cada uno de ellos tiene aspectos peculiares de carácter autónomo, lo que no resulta extraño si tomamos en cuenta que inclusive los ordenamientos jurídicos latinoamericanos más próximos al derecho mexicano regulan en forma independiente dichos instrumentos en relación con el juicio de amparo, en los países que lo han establecido. En consecuencia, el propio derecho de amparo debe considerarse como una *federación de instrumentos procesales*, cada uno de los cuales posee una función tutelar específica, que a su vez determina una serie de aspectos específicos que sólo pueden conocerse por medio de un análisis autónomo.

136. En efecto, *en el amparo mexicano podemos descubrir cinco funciones diversas*, ya que puede utilizarse para la tutela de la libertad personal; para combatir las leyes inconstitucionales; como medio de impugnación de las sentencias judiciales; para reclamar los actos y resolu-

ciones de la administración activa, y finalmente, para proteger los derechos sociales de los campesinos sujetos al régimen de la reforma agraria.

137. En primer término, *el amparo mexicano realiza funciones similares al habeas corpus* de origen inglés, que tomó de la legislación y la jurisprudencia de los Estados Unidos, y por ello es que el ordenamiento mexicano se aparta en este aspecto de los restantes países latinoamericanos que consagran esta institución independientemente del amparo.

138. De acuerdo con la Ley de Amparo vigente, contra los actos que importen el peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal fuera de procedimiento judicial, deportación o destierro o alguno de los actos prohibidos por el artículo 22 de la Constitución federal, puede interponerse juicio de amparo por cualquier persona en nombre del afectado que se encuentre imposibilitado para hacerlo, aun cuando el promovente sea menor de edad. El juez está provisto de amplias facultades de investigación y dirección del proceso, con la atribución de dictar las medidas necesarias para lograr la comparecencia del presunto agraviado, después de resolver sobre la medida cautelar denominada "suspensión del acto reclamado", la que debe otorgarse de oficio con excepción de la privación de la libertad que debe solicitarse expresamente (artículos 17, 18 y 123, fracción I, de la Ley de Amparo).

139. El ejercicio de la acción procesal no está sujeto a plazo preclusivo, sino que puede hacerse valer en cualquier tiempo (artículo 22, fracción II), e inclusive a cualquier hora del día o de la noche (artículo 23, segundo párrafo de la citada Ley de Amparo).

140. La demanda puede formularse por comparecencia, es decir, oralmente, en los casos urgentes (artículo 117) o inclusive por telégrafo, pero debe ser ratificada por escrito dentro de los tres días siguientes (artículos 113 y 119), y para hacer más fácil su interposición es posible presentar la demanda no sólo ante el juez federal de distrito, quien generalmente reside en la capital de la entidad federativa, sino también ante el juez local de primera instancia, o en su defecto, ante cualquier funcionario judicial del lugar en el cual se pretende ejecutar el acto que se reclama.

141. Los citados jueces locales están facultados para detener provisionalmente la ejecución del acto lesivo de la libertad o de la integridad física

del afectado, remitiendo el expediente al juez federal respectivo, quien debe continuar el procedimiento (artículos 38, 39 y 40).

142. El sector preponderante desde el ángulo de la justicia constitucional, en el relativo a la impugnación de las leyes inconstitucionales por medio del juicio de amparo y que ha recibido el nombre de *amparo contra leyes*, el cual se inspiró, según se expresó con anterioridad, en la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes consagrada en los Estados Unidos, pero que ha asumido perfiles peculiares, los cuales describiremos brevemente:

143. En primer lugar, es preciso advertir que en los primeros años de aplicación de los artículos 101 y 102 de la Constitución de 1857, y de acuerdo con el punto de vista de los distinguidos juristas mexicanos (ambos magistrados de la Suprema Corte en diversas épocas) José María Lozano e Ignacio Luis Vallarta, se consideró que sólo se podía combatir una ley inconstitucional a través de los actos de aplicación, y únicamente era posible señalar como autoridades demandadas a las que realizaran dicha aplicación en perjuicio de los afectados, pues una ley, mientras no se aplicara concretamente, “era letra muerta y no causaba perjuicio”.

144. Pero ya en la ley vigente de 1936 pueden combatirse en forma directa los ordenamientos legales cuando se estimen inconstitucionales, es decir, al señalar como actos reclamados la expedición y promulgación de los mismos ordenamientos y como autoridades demandadas a las de carácter legislativo, es decir, ya se admite lo que el ilustre procesalista italiano Francisco Carnelutti, calificaba como “proceso al legislador”.

145. El principio fundamental del amparo contra leyes en el derecho mexicano es el de la relatividad o efectos particulares de la sentencia que otorga la protección de acuerdo con la llamada “fórmula Otero”, pues los artículos 107, fracción II, de la Constitución federal, y 76 de la Ley de Amparo disponen:

Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los individuos particulares o de las personas morales, privadas u oficiales que lo hubiesen solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda, sin hacer una declaración general respecto de la ley o del acto que la motivare.

146. El amparo contra leyes asume actualmente en el sistema mexicano una doble configuración:

147. Por conducto de lo que hemos calificado como *acción de inconstitucionalidad*, en virtud de que implica un ataque frontal, directo, contra el ordenamiento legislativo, entendido éste en su sentido material, es decir, que comprende también las disposiciones reglamentarias y los tratados internacionales aprobados por el Senado federal.

148. De acuerdo con esta vía se impugnan las normas legislativas por medio de un verdadero proceso en el cual figuran como contrapartes del promovente los órganos del Estado que intervinieron en el procedimiento legislativo, es decir, en la esfera federal, el Congreso de la Unión y el presidente de la República, y en las entidades federativas, la legislatura local y el gobernador respectivo, que son los órganos encargados de la expedición y la promulgación de las normas legislativas. En el supuesto de los reglamentos, debe señalarse como autoridad demandada al titular del Ejecutivo Federal o local correspondiente, así como al Senado de la República en cuanto a la aprobación de los tratados internacionales.

149. La reclamación debe hacerse en primera instancia ante un juzgado de distrito, según lo establecido por los artículos 107, fracción VII, de la Constitución federal, y 114, fracción I, de la Ley de Amparo, así como 51, fracción V, 52, fracción III, 53, fracción II, y 54, fracción VIII, según la materia, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

150. Contra las sentencias dictadas por los jueces de distrito en los citados juicios de amparo procede el llamado recurso de revisión (en realidad, de apelación) ante la Suprema Corte de Justicia, de acuerdo con lo establecido por los artículos 107, fracción VIII; inciso a), de la Constitución federal, y 84, fracción I, inciso a), de la Ley de Amparo, siempre que en el citado recurso subsista la cuestión de inconstitucionalidad. La Ley Orgánica del Poder Judicial Federal atribuye al Tribunal en Pleno el conocimiento del segundo grado de los citados juicios de amparo, cuando en ellos se impugne la inconstitucionalidad de leyes federales o locales, así como tratados internacionales (artículo 11, fracción V, inciso a), y a las Salas, de acuerdo con su materia, en los supuestos en que se reclame la inconstitucionalidad de reglamentos expedidos por el presidente de

la República o por los gobernadores de los estados (artículos 24, 25, 26 y 27, en todos ellos fracción I, inciso a).

151. La Ley de Amparo vigente estableció en su texto original dos oportunidades para combatir, en vía de acción, las disposiciones legales contrarias a la carta federal, en un primer momento cuando se trate de preceptos que al entrar en rigor afecten los intereses jurídicos del promovente. Estos ordenamientos son calificados por la doctrina y la jurisprudencia como “autoaplicativos”, y el plazo para interponer la demanda es de treinta días contados a partir de la entrada en vigor de los preceptos reclamados (artículo 22, fracción I, de la Ley de Amparo).

152. Una segunda oportunidad fue implantada por el artículo 73, fracción XII, segundo párrafo, de la Ley Reglamentaria del Juicio de Amparo, para toda clase de disposiciones legales, o sea, tanto para las que consideren autoaplicativas y no se hubiesen impugnado con motivo de su entrada en vigor, como aquellas que requieren de actos de aplicación por parte de alguna autoridad, y todas ellas deben reclamarse dentro del plazo de quince días establecido por el artículo 21 de la propia Ley de Amparo, contados a partir del conocimiento por el interesado del primer acto de aplicación en su perjuicio del ordenamiento que estima inconstitucional.

153. También debe advertirse que con anterioridad a las reformas a la legislación de amparo que entraron en vigor en el mes de octubre de 1968, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia fijó un criterio de jurisprudencia en el sentido de que, cuando se impugnaba la inconstitucionalidad de una ley, no era necesario que se agotaran los medios jurídicos de defensa de carácter ordinario, imperativos como regla general para hacer valer el juicio de amparo, de acuerdo con el llamado “principio de definitividad del acto reclamado” (artículo 73, fracción XV, de la Ley de Amparo).

154. Pero al mismo tiempo, la propia Suprema Corte introdujo la tesis de que el agotamiento de los medios jurídicos ordinarios de defensa no interrumpía el plazo para impugnar una ley reclamada por su inconstitucionalidad, por considerar que a través de dichos medios no se podría resolver sobre dicha inconstitucionalidad, sino exclusivamente respecto de la legalidad de los actos o de su aplicación.

155. Estos dos criterios provocaron una serie de problemas prácticos de difícil resolución, y por ello en las citadas reformas de 1968 se adicionó un nuevo párrafo a la fracción XII del artículo 73 de la Ley de Amparo, en el sentido de que:

Cuando contra el primer acto de aplicación proceda algún recurso o medio de defensa legal por virtud del cual pueda ser modificado, revocado o nulificado, será optativo para el interesado hacerlo valer o impugnar desde luego la ley en juicio de amparo. En el primer caso, sólo se entenderá consentida la ley, si no se promueve contra ella el amparo dentro del plazo legal contado a partir de la fecha en que se haya notificado la resolución recaída al recurso o medio de defensa, aun cuando para fundarlo se hayan aducido exclusivamente motivos de ilegalidad.

156. La segunda vía para impugnación de las leyes inconstitucionales por conducto del amparo la hemos calificado como *recurso de inconstitucionalidad*, y tiene su apoyo en el artículo 133 constitucional (que proviene del artículo VI de la Constitución Federal de los Estados Unidos), y lo llamamos recurso porque no combate directamente un ordenamiento sino la legalidad de una resolución ordinaria, a través de la cual se decide previamente si son constitucionales las disposiciones legislativas aplicadas por el tribunal que pronunció dicha sentencia.

157. En consecuencia, cuando el reclamante estima que un juez o tribunal ha dictado un fallo en el cual, contrariando lo dispuesto por el citado artículo 133 constitucional, se aplicó en su perjuicio un ordenamiento legal que estima contrario a la carta federal, puede impugnar dicha sentencia en el juicio de amparo de una sola instancia ante los tribunales colegiados de circuito, de acuerdo con las reglas de la competencia para el juicio de amparo contra sentencias judiciales, y que se señalarán más adelante.

158. La Suprema Corte de Justicia sostuvo durante mucho tiempo el criterio del llamado "monopolio de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes por parte de los tribunales federales", pero terminó por reconocer la necesidad de coordinar lo dispuesto por los artículos 103 y 133 de la Constitución federal, que en una época se consideraron contradictorios.

159. En las reformas a la legislación de amparo que entraron en vigor en enero de 1984 se reconoció plenamente la impugnación de las disposi-

ciones legislativas por medio de una sentencia judicial. En cuanto al párrafo segundo de la fracción IV del artículo 166 de la Ley de Amparo, que se refiere a los requisitos de la demanda de una sola instancia, dispone en lo conducente que:

Quando se impugne la sentencia definitiva, laudo o resolución que hubiese puesto fin al juicio por estimarse inconstitucional la ley, el tratado o el reglamento aplicado, ello será materia únicamente del capítulo de conceptos de violación de la demanda, sin señalar como acto reclamado la ley, el tratado o el reglamento, y la calificación de éste por el tribunal de amparo se hará en la parte considerativa de la sentencia.

160. Este procedimiento se ha calificado erróneamente como “vía de excepción”, en cuanto se supone que es el demandado en el proceso ordinario el que plantea la cuestión de inconstitucionalidad, lo que no siempre ocurre, por lo que debe estimarse como una cuestión “prejudicial o incidental”, ya que el juez que conoce del asunto debe decidir previamente sobre la constitucionalidad de la ley aplicable al caso, antes de resolver el problema de fondo.

161. Sin embargo, esta vía, inspirada en la revisión judicial estadounidense, como hemos señalado con anterioridad, posee una diferencia importante respecto del sistema americano original que han seguido otros países latinoamericanos, como Argentina y Brasil, de acuerdo con el procedimiento calificado como “difuso”, es decir, que corresponde a todos los jueces decidir sobre las cuestiones de inconstitucionalidad que le son planteados en los procesos ordinarios de los cuales conocen. En efecto, no obstante que el artículo 133 de la Constitución Federal Mexicana, que se inspira casi literalmente en el VI de la carta federal de los Estados Unidos, disponen su parte final que los jueces de cada estado deben arreglarse a la Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones y leyes de los estados. Dichos jueces locales no cumplen con esa obligación (ver *infra*, párrafos 233-237), de manera que la cuestión de inconstitucionalidad se plantea por medio del juicio de amparo ante los tribunales federales, específicamente los tribunales colegiados de circuito, en la inteligencia de que, cuando estos últimos se pronuncian sobre la inconstitucionalidad de las disposiciones impugnadas por esta vía del amparo de una sola instancia, sus resoluciones pueden impugnarse, por medio del recurso de revisión, ante el Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia (artículos 107, fracción IX, de

la Constitución Federal 83, fracción V, y 84, fracción II, de la Ley de Amparo, y 11, fracción VI, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

162. Finalmente, debemos destacar que existe una corriente doctrinal que tiene cada vez más adeptos y que propugna la superación de la llamada "fórmula Otero", que ya cumplió su misión histórica y, por consiguiente, debe modificarse el principio de los efectos particulares de la sentencia que otorgue el amparo contra disposiciones legislativas inconstitucionales, para sustituirla por la declaración general de inconstitucionalidad (de una manera paulatina, puesto que se requiere de un periodo de adaptación).

163. Esta tendencia no se apoya exclusivamente en la experiencia de los tribunales europeos, que pueden parecer lejanos a nuestra tradición jurídica, sino especialmente en la práctica que han seguido desde hace tiempo varios ordenamientos latinoamericanos, que han implantado la citada declaración general de inconstitucionalidad sin suprimir la desaplicación en cada caso concreto en relación con la cuestión planteada en los procesos ordinarios. En este sentido podemos señalar la acción popular de inconstitucionalidad que se ha implantado en los ordenamientos constitucionales de Colombia y Venezuela desde los primeros años de este siglo, y, recientemente, en El Salvador y Panamá; pero también se ha establecido la declaración general, si es promovida por persona afectada, en Costa Rica y varias provincias argentinas, así como en la Constitución brasileña de octubre de 1988.

164. Además de lo anterior, podemos observar la influencia del modelo de los tribunales especializados europeos en varias Constituciones latinoamericanas, y al respecto citamos la Corte de Constitucionalidad de Guatemala (1965-1985); el Tribunal Constitucional Chileno (1970-1973-1980) y los Tribunales de Garantías Constitucionales de Ecuador (1978) y Perú (1979), en los cuales, como es comprensible, se adoptó la declaración general de inconstitucionalidad. También se estableció una Corte Constitucional en los artículos 239-245 de la Constitución colombiana de 6 de julio de 1991. Las razones que se han expresado para introducir dicha declaración general se apoyan en el principio de igualdad de los gobernados ante la ley, y además, por motivos prácticos, ya que resulta lento e ineficaz el sistema actual de los efectos particulares de la sentencia de inconstitucionalidad (ver *infra*, párrafos 290-295).

165. *El amparo contra resoluciones judiciales*, como lo señalamos anteriormente, se impuso desde el siglo anterior por requerimientos de carácter social y político, y es el que constituye el sector de mayor trascendencia desde el punto de vista cuantitativo, ya que en la práctica un porcentaje cercano al sesenta o setenta por ciento de los juicios de amparo que se promueven ante los tribunales federales se refieren a este sector.

166. Este aspecto del juicio de amparo posee estrechas vinculaciones con el recurso de casación de origen francés, ya que tiene como finalidad el examen de la legalidad de las resoluciones de última instancia dictadas por todos los tribunales del país, y con este carácter fue aceptado de manera expresa en todas sus consecuencias por el artículo 14 de la Constitución de 1917.

167. *En cuanto a su materia, el amparo-casación* puede dividirse en cuatro secciones, según se impugnen sentencias de tribunales penales, civiles (incluyendo la materia mercantil), administrativos y laborales, y su tramitación, a partir de las reformas que entraron en vigor el 15 de enero de 1988, se realiza en única instancia ante los tribunales colegiados de circuito, salvo los casos de excepción, en los que las Salas de la Suprema Corte, según su materia, ejerzan potestad de atracción de oficio, o a petición fundada de los citados tribunales colegiados de circuito o del procurador general de la República (artículos 107, fracción V de la Constitución federal, y 24, 25, 26 y 27, fracción III, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación).

168. El amparo de una sola instancia contra resoluciones judiciales impugna sentencias definitivas y de acuerdo con las reformas de 1988, procede también contra las resoluciones que ponen fin al juicio, contra las cuales los ordenamientos procesales no otorgan ningún recurso o medio de defensa ordinarios por los cuales puedan ser modificadas o revocadas (artículo 46 de la Ley de Amparo).

169. *Debe tomarse en consideración* que las infracciones procesales sólo pueden impugnarse con motivo de la resolución de fondo, es decir, de la sentencia definitiva o la que pone fin al proceso, salvo en el caso de aquella dictada fuera del juicio (jurisdicción voluntaria); después de concluido (en ejecución del fallo); que tengan sobre las personas o las cosas efectos de imposible reparación, o bien cuando afecten a personas extra-

ñas al proceso ordinario, ya que en ese supuesto dichas violaciones deben impugnarse en forma autónoma por medio del juicio de amparo de doble instancia, la primera ante los jueces de distrito y la segunda ante los tribunales colegiados de circuito (artículo 107, fracción VII, de la Carta federal; 114, fracciones III, IV y V, y 85, fracción II, de la Ley de Amparo, y 44, fracción III; de la Orgánica del Poder Judicial Federal).

170. En virtud de la influencia del individualismo liberal que imperó en nuestro sistema jurídico durante el Siglo XIX y los primeros años del presente, en el texto original del artículo 79 de la Ley de Amparo se había consagrado de manera anacrónica el llamado *amparo de estricto derecho* en materia judicial civil y que la jurisprudencia había extendido, a nuestro modo de ver de manera injustificada, a los amparos contra actos y resoluciones administrativas. Dicha disposición implicaba que el tribunal de amparo debía sujetarse a los estrictos términos de la demanda sin poder suplir ni ampliar nada en ella.

171. Sin embargo, como uno de los aspectos esenciales de la modernización de nuestra máxima institución procesal, las reformas que entraron en vigor en enero de 1984 suprimieron el citado amparo de estricto derecho, ya que a partir de entonces los tribunales de amparo deberán corregir los errores no sólo en la cita de preceptos constitucionales, sino también de las disposiciones legales que se estimen infringidas, y podrán examinar en su conjunto los conceptos de violación y los agravios, así como los demás razonamientos de las partes, a fin de resolver la cuestión efectivamente planteada, pero sin cambiar los hechos expuestos en la demanda.

172. Finalmente, debe destacarse que también de acuerdo con los principios del recurso de casación, el examen de las sentencias y resoluciones impugnadas en amparo debe limitarse al estudio de su legalidad, según los lineamientos de los artículos 14 constitucional y 158 de la Ley de Amparo, sin que pueda hacerse un nuevo análisis de los hechos, los que deben apreciarse tal como fueron demostrados ante los tribunales ordinarios (artículo 78 de la Ley de Amparo).

173. Además de las funciones anteriores, el juicio de amparo mexicano, debido a la ausencia del tribunales administrativos en sentido estricto (los que son de creación relativamente reciente, si se toma en considera-

ción que se introdujeron con el Tribunal Fiscal de la Federación que inició sus funciones en 1937), debió absorber la impugnación de los actos y resoluciones de la administración activa, tanto federal como de las entidades federativas, y desde este punto de vista se le ha considerado como un proceso de lo contencioso administrativo.

174. Sin embargo, debe advertirse que este sector del *juicio de amparo como contencioso administrativo* se ha restringido en los últimos años, debido a la creación de varios tribunales administrativos de competencia genérica y no exclusivamente tributaria, tendencia que se inició con el Tribunal de lo Contencioso o Administrativo del Distrito Federal, establecido en 1971, y de acuerdo con este modelo se han creado varios tribunales de lo contencioso administrativo en los estados de Sonora (1977); Hidalgo (1977); Jalisco (1983); Guanajuato y Querétaro (1985); México (1986); Baja California (1988) y Veracruz (1989).

175. Esta evolución debe acrecentarse en un futuro próximo debido a la reforma constitucional promulgada en febrero de 1987, de acuerdo con la cual se adicionó la fracción IV del artículo 116 de la Carta Federal, para disponer que las Constituciones y las leyes de los estados podrán instituir tribunales de lo contencioso administrativo con plena autonomía para dictar sus fallos, que tengan a su cargo dirimir las controversias que se susciten entre la administración pública estatal y los particulares.

176. Por otra parte, todavía se conservan, aun cuando con propensión a transformarse en tribunales de competencia genérica, algunos exclusivamente de carácter tributario (aun cuando lo son en sentido amplio), tales como el Tribunal Fiscal de la Federación (en funciones, como se ha dicho, desde 1937), y los tribunales fiscales de Tamaulipas (1951) y el juzgado Fiscal del Estado de Nuevo León (1985).

177. Además, una solución peculiar fue adoptada por la legislación del estado de Chiapas, en virtud de que en ella se introdujo una Sala especializada en materia administrativa, según la Ley de Justicia Administrativa de 27 de diciembre de 1988.

178. Como puede observarse, se ha impuesto de manera paulatina la impugnación de actos y resoluciones administrativos ante tribunales especializados, con lo que se reduce este ámbito del amparo como sector

autónomo, es decir, como un proceso de lo contencioso administrativo, ya que esta función la realizan los citados tribunales, cuyo número se incrementa de manera constante, con mayor razón con posterioridad a la citada reforma constitucional de la fracción IV del artículo 116 de la carta federal. Inclusive se han presentado varios proyectos con objeto de transformar el actual Tribunal Fiscal de la Federación en un Tribunal Federal de Justicia Administrativa, con apoyo en lo dispuesto por la actual fracción XXIX-H del artículo 73 de la ley fundamental.

179. Por otra parte, la situación de los medios judiciales de impugnación de los actos y resoluciones administrativos en el ordenamiento mexicano ha pasado por varias etapas, ya que en un primer momento, tanto por la tradición de la época colonial como por la influencia del derecho público de los Estados Unidos, se desarrolló lentamente en un periodo bastante largo que va de la independencia hasta el año de 1936, en el cual se expidió la Ley de Justicia Fiscal que creó el citado Tribunal Fiscal de la Federación, el que inició sus funciones en enero de 1937, periodo en el que imperó el sistema de la reclamación de los actos y resoluciones administrativos ante los tribunales, tanto federales como locales.

180. El citado Tribunal Fiscal fue creado a imagen del Consejo de Estado francés, como órgano de jurisdicción delegada, con una competencia limitada que se incrementó de manera paulatina, por lo que en la actualidad, de acuerdo con la Ley Orgánica que entró en vigor en el mes de agosto de 1978, decide sobre cuestiones más amplias que las estrictamente tributarias y además posee plena autonomía para dictar sus fallos, de manera que debe considerarse como un órgano judicial autónomo, que de hecho forma parte del Poder Judicial Federal.

181. Sin embargo, la situación del administrado en el derecho mexicano es bastante incierta, ya que no existe un sistema unitario de impugnación de las resoluciones y actos administrativos, pues en algunos supuestos el gobernado puede acudir ante un tribunal administrativo, y en otros sólo dispone de medios de defensa ante la misma autoridad administrativa pero, en todo caso, siempre podrá utilizar como instrumento final el juicio de amparo.

182. En virtud de la situación anterior, existen dos vías en el derecho de amparo para reclamar actos y resoluciones administrativos. En un

primer supuesto, cuando los mismos no pueden combatirse ante un tribunal administrativo, se reclaman de manera inmediata en la vía de amparo, después de haberse agotado previamente ante la administración activa los medios de defensa ordinarios, según el principio de definitividad (artículo 73, fracción XV, de la Ley de Amparo). En este caso la tramitación se sigue en dos instancias, la primera ante los jueces de distrito y la segunda ante los tribunales colegiados de circuito.

183. Cuando los actos y resoluciones administrativos puedan impugnarse ante tribunales administrativos, el juicio de amparo debe promoverse contra la sentencia definitiva que pronuncien dichos tribunales, en amparo de una sola instancia, de acuerdo con los lineamientos del que hemos llamado “amparo-casación”.

184. En ambos casos, es decir, en amparo de doble grado o de una instancia, la segunda o única instancia se sigue ante los citados tribunales colegiados de circuito, pero en casos excepcionales, puede conocer de los mismos, por virtud de la facultad de atracción, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia, con apoyo en el artículo 107, fracciones V y VIII, de la carta federal, y 25, fracciones I; c) y III, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

185. El quinto y último sector del juicio de amparo mexicano surgió con motivo de las reformas a la Ley de Amparo que entraron en vigor el 5 de febrero de 1963, y que tuvieron por objeto establecer un sistema especial de protección procesal en beneficio de los campesinos sujetos al régimen de la reforma agraria. Estos principios culminaron con la reforma a la propia Ley de Amparo, promulgada el 28 de mayo de 1976, por virtud de la cual se extrajeron del texto de la misma las disposiciones relativas al amparo en materia agraria y con ellas se redactó un libro segundo (artículos 212-234), que se refiere a lo que podemos calificar como *amparo social agrario*.

186. En efecto, debe tomarse en cuenta que en el ordenamiento mexicano y de acuerdo con la reforma agraria que se inició con motivo de Ley de 6 de enero de 1915, incorporada al artículo 27 de la Constitución federal, como resultado de la revolución social iniciada en 1910, la propiedad de la tierra se divide en dos grandes sectores: propiedad particular, que no debe exceder de determinado límite, pues de lo contrario puede

ser afectada para beneficiar a los campesinos que carecen de ella, y por otra parte la propiedad social, dividida a su vez en dos modalidades: la propiedad comunal, que corresponde a los poblados indígenas, que se remonta a la época prehispánica, y que se les ha reintegrado cuando se demuestra que han sido despojados, y la propiedad calificada como "ejidal", la que se otorga a los campesinos que anteriormente carecían de ella, tomándola de los predios de propiedad privada que exceden de los límites que se consideran como "pequeña propiedad".

187. En los supuestos de las propiedades comunal y ejidal, la titularidad corresponde a los poblados respectivos, y sus integrantes sólo tienen el usufructo, el cual pueden transmitir por herencia, pero aun para los poblados está limitada, ya que no pueden enajenarla o arrendarla; todo ello se encuentra regulado por la actual Ley Federal de Reforma Agraria de 1971.

188. Fue precisamente en beneficio de los campesinos que integran los poblados sujetos a la reforma agraria, que se introdujeron reformas a la Ley de Amparo en 1963, tomando en cuenta que con anterioridad, cuando acudían en amparo contra las autoridades agrarias (que pertenecen a la administración pública federal, pues dependen de la Secretaría de la Reforma Agraria), se les aplicaban las mismas reglas del sector que calificamos equivalente al proceso administrativo, considerado entonces por la jurisprudencia de la Suprema Corte como de "estricto derecho", lo que ocasionaba su indefensión por falta de asesoría jurídica adecuada.

189. Se estimó, con toda razón que los campesinos pertenecientes a los poblados comunales y ejidales estaban en desventaja en relación con los trabajadores industriales, ya que éstos pueden hacer la defensa de sus derechos ante los órganos tripartitos llamados juntas de conciliación y arbitraje, que entre otros antecedentes tomaron como modelo a instituciones similares de Australia y Nueva Zelanda, a través de un procedimiento en el cual se les otorgan ventajas procesales frente a los empresarios de acuerdo con la nueva corriente que se agrupa bajo la denominación de "derecho procesal social", que pretende lograr el equilibrio y la igualdad real de las partes, compensando la situación de la parte débil.

190. Por otra parte, se ha insistido en la necesidad de establecer tribunales agrarios en los cuales los citados campesinos puedan hacer la

defensa efectiva de sus derechos, tomando en cuenta la corriente que se advierte en varias partes del mundo, e inclusive en algunos países latinoamericanos que han intentado una reforma agraria similar a la mexicana, como ha ocurrido en Bolivia (1953); Chile (1967); Perú (1969); Venezuela (1976); Costa Rica (1982), y Colombia (1989).

191. En las citadas reformas de 1963 y 1976 se establecen disposiciones que otorgan beneficios procesales a los campesinos, tales como una representación subsidiaria cuando no promuevan el amparo en un plazo de quince días los representantes legales, denominados comisariados ejidales o comunales, ya que en ese caso puede intervenir inclusive cualquier integrante de la comunidad respectiva en defensa de los derechos colectivos agrarios (artículo 213, fracción II).

192. Se reducen al mínimo las formalidades de la demanda de amparo, ya que bastan los datos elementales, pues las omisiones deben ser subsanadas de oficio por el juez federal (artículo 221); se estableció la institución denominada "suplencia de la queja deficiente" (artículo 107, fracción II, de la Constitución federal, y 227 de la Ley de Amparo), que significa que el propio juez federal está obligado a corregir los errores y deficiencias de la demanda de amparo, de las exposiciones, comparecencias y alegatos, así como de los recursos de los propios campesinos, pero además debe obtener los medios de prueba que no hubiesen aportado los campesinos reclamantes y que también están obligadas a presentar las mismas autoridades demandadas (artículo 223 de la Ley de Amparo).

193. Se modifican los plazos para la interposición del juicio de amparo, de manera que los ejidatarios y los comuneros en lo individual tienen ahora treinta días contados a partir de su conocimiento de los actos que estiman violatorios para presentar su demanda (antes era de quince días) (artículo 217 del mismo ordenamiento).

194. Cuando los derechos que se estiman infringidos tienen carácter colectivo, los campesinos afectados pueden acudir a los jueces de primera instancia de los lugares en los cuales se pretendan ejecutar los actos impugnados, si en ellos no reside un juez federal de distrito, y dicho juez local ordenará la suspensión de dichos actos y enviará el expediente al propio juez federal (artículo 38, 40 y 220 de la Ley de Amparo), este último debe ordenar

de oficio la suspensión de los actos, la cual se prolongará hasta la resolución definitiva de amparo (artículo 233 de la referida Ley de Amparo).

195. Dos disposiciones de gran importancia debemos destacar en esta materia. La primera establece la prohibición del desistimiento del amparo por parte de los campesinos sujetos a la reforma agraria cuando reclamen actos que afecten sus derechos colectivos (artículo 231, fracción I, de la Ley de Amparo), con la única excepción de que la renuncia a continuar la tramitación del amparo se acuerde por la Asamblea General de los campesinos afectados, con objeto de evitar que dichos campesinos sean engañados por las autoridades agrarias o los propietarios agrícolas; y en segundo término, el artículo 225 del mismo ordenamiento determina que el juez del amparo, cuando otorgue la protección solicitada, debe hacerlo respecto de los actos reclamados cuya existencia efectivamente se hubiese demostrado en el expediente, aun cuando hayan sido señalados equivocadamente por los campesinos reclamantes, ya que generalmente carecen de asesoramiento jurídico.

VIII. LA INTRODUCCIÓN Y DESARROLLO DEL *OMBUDSMAN*

196. Esta institución es muy reciente en el ámbito del derecho latinoamericano y por supuesto en México, debido a que hasta hace muy poco tiempo se consideraba como un instrumento tutelar de los Derechos Humanos extraño a nuestra tradición jurídica. Sin embargo, debido a que este mecanismo se ha extendido de manera rápida y vertiginosa en numerosos ordenamientos pertenecientes a diversas familias o tradiciones jurídicas, se despertó el interés de los juristas de nuestra región por su estudio, y a medida que se conoció y divulgó, se inició su implantación de manera progresiva en nuestros ordenamientos, por lo cual puede afirmarse que en la actualidad se encuentra en pleno desarrollo y se advierte una tendencia hacia su consolidación.

197. Son evidentes las causas por las cuales este instrumento se ha introducido y extendido en forma tan espectacular en numerosas legislaciones contemporáneas, ya que responde a una necesidad del Estado social de derecho, en el cual se observa un crecimiento desorbitado de la administración pública, pues como lo afirmó acertadamente el distinguido tratadista español Manuel García Pelayo, el Estado social se caracteriza por su intervención creciente en las actividades económicas, sociales,

políticas y culturales, para armonizar y coordinar los diversos intereses de una comunidad pluralista; lo que implica redistribuir bienes y servicios a fin de obtener una meta muy difícil de alcanzar: la *justicia social*, y por este motivo se le ha calificado como Estado de bienestar (*Welfare State*), pero también Estado benefactor, promotor, distribuidor, manager, etcétera.

198. Podemos observar en la realidad jurídica y social de nuestra época que se identifican casi totalmente los conceptos de gobernado y administrado, ya que el primero se encuentra inmerso en el mundo a veces impenetrable, de la actividad administrativa, y en ocasiones impotente y desorientado para defender su escasa esfera de libertad frente a una creciente reglamentación administrativa que llega a ser aplastante.

199. Es cierto que se han establecido varios instrumentos tradicionales para la defensa de los administrados, como los *recursos administrativos* y el *contencioso administrativo*, los primeros ante la misma administración activa y el segundo por conducto de tribunales especializados, pero aun cuando son eficaces en términos generales, han llegado a recargarse de tal manera, que son lentos y costosos, por lo que es indispensable el establecimiento de otros mecanismos más ágiles, los que, por medio de procedimientos flexibles, rápidos y poco onerosos, pueden resolver los incontables conflictos entre los propios administrados y la administración.

200. El gran prestigio de la institución que se conoce genéricamente como *Ombudsman*, debido a su origen escandinavo, ha determinado que este vocablo sueco (que significa "representante") hubiese penetrado en el lenguaje jurídico universal, pues si bien es verdad que en las diversas legislaciones se le han conferido varios nombres, en algunas otras, que no pertenecen a los ordenamientos escandinavos, lo han consagrado con su denominación original entre las cuales podemos señalar las leyes de Nueva Zelanda (1976) y Australia (la Ley Federal de 1976), entre otros.

201. Como es bien sabido, el *Ombudsman* tiene su origen en la Ley Constitucional sobre Forma de Gobierno de Suecia de 1809 (sustituida por la actual de 1974), que conserva la institución), y después de un lento pero firme desarrollo en su país de origen, trascendió con el mismo nombre a otros ordenamientos escandinavos, tales como la Constitución de Finlandia de 1919, y posteriormente en las legislaciones de Noruega (1952) y Dinamarca (1953).

202. Según el modelo original es un organismo dependiente del Legislativo, pero con autonomía funcional, y por ello se le calificó como “comisionado parlamentario”, con la atribución esencial de recibir las reclamaciones de los gobernados contra las autoridades administrativas cuando afecten sus derechos e intereses legítimos, con el propósito de obtener un pronto arreglo, o bien, en caso de no lograrlo, iniciar una investigación para formular recomendaciones no obligatorias a las propias autoridades administrativas, recomendaciones que se publican en los informes periódicos, generalmente de carácter anual, que presentan al propio órgano Legislativo.

203. Debido al éxito del modelo escandinavo, el mismo se introdujo de manera paulatina, pero de forma cada vez más acelerada, en diversos ordenamientos, y para no mencionar sino algunos, podemos hacer referencia al Comisionado Parlamentario para la Defensa en la República Federal de Alemania (1956); el Comisionado Parlamentario para la Administración en Nueva Zelanda (1962), ahora con el nombre de *Ombudsman* en la Ley de 1976, según se ha visto (ver *supra*, párrafo 200); en la Gran Bretaña se estableció como Comisionado Parlamentario para la Administración en (1967), el cual se extendió al ámbito local en 1974; en Canadá a partir de 1967 en las diversas entidades federativas, y en Australia en las entidades federativas a partir de 1971, y finalmente en la Federación en 1976.

204. Una modificación esencial al paradigma escandinavo se advierte en el derecho francés, en el cual se estableció el organismo denominado *Mediateur* en el año de 1973, ya que la designación de su titular no corresponde al órgano Legislativo, sino al gobierno, pero no puede ser destituido por éste sin autorización del Consejo de Estado, que como es bien sabido, es un tribunal administrativo dotado de gran independencia.

205. Sería interminable señalar, así fuera de manera panorámica, la evolución del *Ombudsman* en los ordenamientos cada vez más numerosos que lo han adoptado, por lo que nos limitaremos a destacar su establecimiento en las legislaciones europeas que se encuentran más próximas a la tradición jurídica latinoamericana, y por tanto, de la nuestra. Nos referimos al *Promotor de la Justicia* de Portugal, creado desde 1975 al establecerse el régimen democrático y constitucionalizado en la ley Fundamental de 1976-1982, y al *Defensor del Pueblo* español, consagrado por la Constitu-

ción de 1978, cuya ley orgánica fue aprobada el 6 de abril de 1981. En ambos supuestos el organismo tutelar se aproxima al modelo escandinavo del Comisionado Parlamentario.

206. Podemos, entonces, describir al *Ombudsman*, de manera aproximada, como el organismo dirigido por uno o varios funcionarios, designados por el órgano parlamentario, por el Ejecutivo o por ambos, los cuales, con el auxilio de personal técnico, poseen la función esencial de recibir e investigar reclamaciones (lo que también puede hacer de oficio), por la afectación de los derechos e intereses legítimos, e inclusive los fundamentales de los gobernados consagrados constitucionalmente, de los gobernados, de manera esencial respecto de los actos u omisiones de autoridades administrativas, no sólo por infracciones de la legalidad, sino también por injusticia, irrazonabilidad o retraso manifiesto. En primer término dicho organismo debe intentar un acuerdo entre las partes, y de no lograrlo, debe realizar una investigación para proponer, sin efectos obligatorios, las soluciones que estime más adecuadas, para evitar o subsanar las citadas violaciones. Esta labor se comunica periódicamente a los más altos órganos del gobierno y del Parlamento, con la atribución adicional de proponer las medidas legales y reglamentarias que se consideren necesarias para perfeccionar la protección de los citados derechos e intereses. Por tal motivo también se le ha calificado como “magistratura de opinión o de persuasión”.

207. Como una aproximación mayor al ordenamiento mexicano podemos señalar la introducción del *Ombudsman* en los ordenamientos latinoamericanos, si bien de manera todavía incipiente, pero con la tendencia a su ampliación paulatina. Al respecto, podemos señalar que esta introducción se debe a la doctrina latinoamericana, que en los años setenta inició el estudio y divulgación de la institución escandinava, conformando la cultura necesaria para su aceptación, con los matices necesarios para su introducción en lo ordenamientos de nuestra región. A este respecto también debe destacarse la labor de promoción que ha realizado el Instituto Latinoamericano del *Ombudsman*, creado en Caracas en el año de 1983.

208. Después de numerosos ensayos y proposiciones legislativas, lentamente pero con firmeza se ha introducido la institución en algunos ordenamientos de Latinoamérica, y en vía de ejemplo podemos mencionar el Consejo Deliberante de la Ciudad de Buenos Aires (octubre de 1985), la Procuraduría de los Derechos Humanos de Costa Rica (1982), que

dependió primero de la Procuraduría General de la República y ahora del Ministerio de Justicia; el Procurador de los Derechos Humanos de la República de Guatemala (Constitución de 1985 y Ley de octubre de 1986); la Consejería Presidencial para la Defensa, Protección y Promoción de los Derechos Humanos de la República de Colombia (decreto presidencial de 8 de noviembre de 1987), y la atribución a los personeros municipales colombianos por medio de la reforma de 1980 al Código de Régimen Municipal, de la defensa de los Derechos Humanos en sus respectivos municipios; en algunas constituciones recientes de las provincias argentinas se ha consagrado esta institución con varias denominaciones, entre ellas la de Defensor del Pueblo, y finalmente, la nueva Constitución colombiana de 6 de julio de 1991 estableció como resultado de esta evolución, al Defensor del Pueblo como verdadero *Ombudsman*.

209. En nuestro país también se inició una tendencia hacia el establecimiento del *Ombudsman* en época reciente, con apoyo en la labor previa de la doctrina nacional, que realizó estudios monográficos y tesis receptoriales sobre esta institución de origen escandinavo, en sus diversos modelos, los que dieron origen a varios ensayos legislativos, algunos de los cuales quedaron sin aplicación, pero sirvieron de antecedente a la introducción de este instrumento tutelar que se ha extendido de manera paulatina.

210. Como antecedente en el ordenamiento mexicano podemos señalar al Procurador de Vecinos de la ciudad de Colima, creado por acuerdo del ayuntamiento de dicha ciudad el 21 de noviembre de 1983, el que posteriormente se institucionalizó en la Ley Orgánica Municipal de la entidad federativa del mismo nombre, de 8 de diciembre de 1984. Anteriormente se había establecido, sin eficacia práctica, la Dirección para la Defensa de los Derechos Humanos del Estado de Nuevo León, de 3 de enero de 1979.

211. Es posible afirmar que la primera institución realmente efectiva, y que continúa funcionando de manera eficiente, es la Defensoría de los Derechos Universitarios, cuyo Estatuto fue aprobado por el Consejo Universitario de la UNAM el 3 de enero de 1985.

212. Una institución que también dio ejemplo de una labor tutelar de los derechos humanos fue la Procuraduría de Protección Ciudadana del

Estado de Aguascalientes, creada por la reforma a la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos de dicha entidad federativa, de 14 de agosto de 1988, pero que posteriormente se integró como Secretaría Ejecutiva, a la Comisión Estatal de Derechos Humanos, establecida por decreto del Ejecutivo publicado el 17 de junio de 1990.

213. También se puede mencionar a la Defensoría de los Derechos de los Vecinos de la ciudad de Querétaro, que fue introducida por decreto del Ayuntamiento publicado el 22 de diciembre de 1988.

214. Con los anteriores antecedentes y según el acuerdo del jefe del Departamento del Distrito Federal publicado en el *Diario Oficial* de 25 de enero de 1989, y cuyo *Manual de Organización* apareció en el propio órgano oficial de 17 de julio del citado año de 1989, se creó la *Procuraduría Social* de dicho Departamento. Este organismo depende del propio jefe del Departamento del Distrito Federal.

215. Sus funciones consisten, esencialmente, en recibir quejas y reclamaciones de los habitantes del propio Distrito Federal contra las autoridades administrativas del mismo Departamento, que afecten sus derechos e intereses legítimos; realizar investigaciones sobre dichas inconformidades con objeto de formular, si proceden, recomendaciones no obligatorias a las propias autoridades, así como informar periódicamente al citado jefe del Departamento del Distrito Federal sobre las referidas recomendaciones, las cuales también pueden tener carácter general con la intención de mejorar la prestación de los servicios y elevar la eficiencia de los servidores públicos.

216. Pero indudablemente, el organismo protector más importante es la *Comisión Nacional de Derechos Humanos*, creada por acuerdo presidencial de 5 de junio de 1990, y cuyo Reglamento fue elaborado por el Consejo de dicha Comisión durante los días 18 de junio a 9 de julio del mismo año de 1990.

217. No obstante que administrativamente dicha Comisión depende de la Secretaría de Gobernación, la misma ha demostrado un grado excepcional de independencia, que le ha otorgado amplio prestigio en todos los sectores sociales, por lo que ha logrado iniciar una cultura de los Derechos Humanos, que es un factor esencial para lograr su verdadera

tutela, todo ello por medio de una intensa labor de promoción que abarca conferencias, mesas redondas, cursillos, capacitación y la publicación de numerosos folletos y libros sobre la materia.

218. La referida Comisión posee una estructura peculiar, en cuanto, además de su presidente (designado por el titular del Ejecutivo Federal), y otros funcionarios, entre ellos el visitador, nombrados por el primero, forma parte de la Comisión un Consejo integrado por diez miembros con carácter honorífico, también de designación presidencial, de notorio prestigio intelectual y moral y pertenecientes a las diversas corrientes políticas y de opinión, que está encargado de señalar las directrices y lineamientos generales de la actividad tutelar y de promoción de los Derechos Humanos que corresponden a la citada Comisión.

219. La Comisión Nacional de Derechos Humanos posee atribuciones más amplias que las tradicionales del modelo escandinavo del *Ombudsman*, pues además de las relativas a la recepción de quejas y denuncias de violaciones de Derechos Humanos por parte de las autoridades públicas, y de realizar investigaciones, que inclusive puede iniciar de oficio, para formular las recomendaciones correspondientes, la propia Comisión efectúa labores de estudio, enseñanza, promoción y divulgación de los propios Derechos Humanos, así como el establecimiento de una política nacional materia de respeto y defensa de los propios derechos, que ha incluido el estudio y proposición de reformas legislativas y reglamentarias.

220. Aun cuando todas estas actividades son de gran trascendencia, es indudable que la que asume mayor significación es la clásica que corresponde a las instituciones inspiradas en el *Ombudsman* de la tutela de los Derechos Humanos por medio de las investigaciones de las infracciones a los mencionados derechos por parte de las autoridades públicas, en especial las de carácter administrativo, con objeto de formular recomendaciones, si procede, a las citadas autoridades, las que se dan a conocer públicamente, pues si bien no tienen carácter obligatorio, poseen la fuerza del convencimiento ante la opinión pública, como demuestra el apoyo que han encontrado en los diversos sectores sociales.

221. Si bien se han formulado algunas críticas en cuanto al actual marco jurídico de la citada Comisión Nacional de Derechos Humanos, consideramos que ha sido muy positivo su establecimiento con sus características

actuales, puesto que ha sido la forma más adecuada para que la institución pueda consolidar, ya que entonces su estructura jurídica puede perfeccionarse en un futuro próximo para otorgarle una base normativa más sólida que garantice de manera definitiva su autonomía.

222. Basta la consulta de los informes semestrales que ha presentado y publicado la citada Comisión y que corresponden a los periodos de junio-diciembre de 1990, y enero-junio de 1991, para percatarse de los profundos cambios que ha propiciado la actividad de protección y de promoción de los Derechos Humanos que ha realizado esta institución en nuestro país. De manera destacada puede señalarse el anteproyecto de reformas legislativas que formuló la Comisión con el asesoramiento de destacados juristas mexicanos; anteproyecto que sirvió de base a la iniciativa presidencial, transformada en el decreto legislativo que modificó diversas disposiciones de los Códigos Federal y Distrital de Procedimientos Penales, las que se han traducido en un mejoramiento ostensible de la situación de los inculpados, inclusive de los ofendidos, en el procedimiento penal mexicano. (Estas reformas entraron en vigor el primero de febrero de 1991.)

223. De acuerdo con el modelo de la Comisión Nacional, varias entidades federativas han establecido Comisiones locales con estructura jurídica y funciones muy similares a la primera, tendencia que seguramente se incrementará en el futuro próximo debido al éxito espectacular que ha obtenido la mencionada Comisión Nacional.

224. Entre dichas Comisiones debemos destacar la del estado de Guerrero, en virtud de que posee características peculiares que señalan una evolución hacia un marco jurídico más sólido, ya que dicha institución se incorporó al artículo 76 bis de la Constitución del estado, por medio de la reforma promulgada el 21 de septiembre de 1990.

225. Dicho precepto fundamental y la Ley Orgánica respectiva (publicada el 26 del propio mes de septiembre de 1990) si bien situaron a dicha Comisión dentro del Poder Ejecutivo y en relación directa con su titular sin intermediación alguna, se le dotó de autonomía técnica y operativa. Además, el presidente de dicho organismo tutelar es nombrado por el gobernador de dicha entidad con aprobación del Congreso local, en la misma forma en que son designados los magistrados del Tribunal Superior

de Justicia del estado, por lo que dicho presidente tiene el *carácter inamovible* hasta su jubilación, y sólo puede ser destituido por causa de responsabilidad (artículo 13 de la Ley).

226. Otro aspecto importante de la Ley que se comenta, consiste en que en la misma se establece un procedimiento específico en relación con la *desaparición involuntaria de personas* (artículo 31-39), además de un *recurso extraordinario de exhibición de persona (habeas corpus)* (artículos 44-52 del propio ordenamiento).

227. Otro organismo que implica un paso más en la evolución que se advierte en cuanto al establecimiento de figuras similares al *Ombudsman*, se denomina *Procuraduría de los Derechos Humanos y Protección Ciudadana del Estado de Baja California*, establecida por la Ley del Congreso de dicha entidad federativa con apoyo en la iniciativa presentada por el gobernador, primero que pertenece a un partido de oposición en nuestro país. Dicho ordenamiento fue expedido el 31 de enero de 1991.

228. En primer lugar, es de advertirse que el titular de la citada Procuraduría es nombrado por el Congreso del estado de una terna presentada por el gobernador, y los dos subprocuradores son designados por el procurador y ratificados por el mismo Congreso, lo que otorga a dichos funcionarios mayor independencia (artículos 9o. y 10 de la Ley).

229. Las funciones esenciales de dicha Procuraduría son las de recibir e investigar las quejas o denuncias cuando se afecten los Derechos Humanos de los habitantes de dicha entidad federativa por las autoridades y servidores públicos de carácter local; formular recomendaciones no obligatorias a dichas autoridades y rendir informes periódicos a los superiores jerárquicos de la administración pública estatal y municipal, con copia a los titulares de los órganos de gobierno de dicha entidad, así como presentar un informe anual en el mes de noviembre ante el Congreso del estado (artículo 12 de la Ley).

230. Por otra parte, se observa la influencia del modelo de la Comisión Nacional, en cuanto dicha Procuraduría cuenta, como organismo de participación ciudadana, con un consejo consultivo integrado con un mínimo de siete ciudadanos que gocen de reconocido prestigio en la sociedad y que se hubiesen significado por su interés y capacidad en la defensa,

difusión y promoción de los Derechos Humanos (artículo 11 del citado ordenamiento).

IX. LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRIBUNALES FEDERALES Y LOCALES EN LA FUNCIÓN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

231. Si observamos la actividad de conjunto de los jueces y tribunales mexicanos, podemos afirmar que su labor en la preservación y desarrollo de los valores jurídico-políticos de carácter fundamental consagrados en nuestra Constitución federal ha sido modesta, ya que se ha concentrado en la Suprema Corte de Justicia y posteriormente también en los tribunales colegiados de circuito, pero aun en ellos la función de justicia constitucional no ha tenido carácter predominante, en virtud de su doble función de órganos jurisdiccionales que conocen de cuestiones de legalidad y de constitucionalidad de manera contemporánea, y sólo hasta las reformas que entraron en vigor en enero de 1988, se concentró en la propia Suprema Corte la decisión de las cuestiones de constitucionalidad por conducto del juicio de amparo (ver *infra*, párrafo 262).

232. En primer lugar, debemos destacar que en nuestro ordenamiento constitucional existe teóricamente el *control difuso* de la constitucionalidad de las leyes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 133 constitucional (ver *supra*, párrafo 161), sistema que, como hemos dicho anteriormente, por vez primera se introdujo en la Constitución yucateca de 1841 (ver *supra*, párrafo 40), y posteriormente en el artículo 126 de la Constitución Federal de 1857.

233. Uno de los motivos esenciales de la pasividad de los jueces y tribunales locales se debe al criterio tanto doctrinal como jurisprudencial, en el sentido de que debe otorgarse primacía al artículo 103 de la Constitución Federal vigente (que corresponde al artículo 101 de la carta de 1857), que confiere a los tribunales federales el conocimiento de toda controversia que se suscite por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales, así como por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la autonomía de los estados y por leyes o actos de las autoridades de estos últimos que invadan la esfera de la Federación.

234. En efecto, la concentración de los problemas de constitucionalidad de las disposiciones legislativas en los tribunales de amparo determinó

el establecimiento del principio relativo al “monopolio del Poder Judicial Federal” sobre las cuestiones de constitucionalidad, por lo que un sector de la doctrina consideró que existía una contradicción entre los artículos 103 y 133 de nuestra Constitución federal, por lo que debería dársele preeminencia al primero sobre el último (ver *supra*, párrafo 158).

235. Sin embargo, como se señaló con anterioridad, esta supuesta contradicción entre los preceptos constitucionales mencionados fue superada por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, la cual aceptó la posibilidad de que se pueda impugnar la inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas y por medio de la interposición del juicio de amparo contra las sentencias judiciales, precisamente por la violación del citado artículo 133 de la Constitución federal (impugnación que hemos calificado como “recurso de inconstitucionalidad”) (ver *supra*, párrafos 156-162), pero por el contrario, no se ha encontrado una forma adecuada para lograr la aplicación del control difuso, de acuerdo con el cual los jueces de cualquier jerarquía puedan plantear y resolver en los procesos concretos de su conocimiento, las cuestiones de la constitucionalidad de las disposiciones aplicables, y esto probablemente, por un lado, por la desconfianza que todavía subsiste en la idoneidad de los jueces locales, no obstante que han cambiado las circunstancias que originaron esa falta de confianza, y por la otra, en el temor de dichos juzgadores para avocarse dichas cuestiones, que tradicionalmente se han considerado dentro de la esfera de los tribunales federales por conducto del derecho de amparo.

236. A este respecto consideramos aplicables los agudos razonamientos expresados hace casi cinco décadas por el ilustre constitucionalista mexicano Antonio Martínez Báez, en cuanto expresó que el citado artículo 133 de la carta federal no establece el control de la constitucionalidad de las leyes sino el que califica de “control federal” que no tiene por objeto hacer efectiva la supremacía de la Constitución sobre todas las leyes, sino de ese conjunto, heterogéneo formalmente, de la propia Constitución, leyes federales y tratados, y que la efectividad o cumplimiento de la supremacía de ese ordenamiento corresponde tanto a los jueces locales en los procesos ordinarios de que conozcan, como de los tribunales federales por medio de juicio de amparo.

237. Tampoco se ha logrado que otros tribunales federales tengan la facultad de decidir de manera prejudicial o incidental las cuestiones de

constitucionalidad planteadas por las partes o de oficio por el juzgador en los procesos de que conozcan, y al respecto podemos considerar como organismos judiciales que no integran formalmente al Poder Judicial Federal, en los términos del artículo 94 constitucional, al Tribunal Fiscal de la Federación, a la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, al Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje y a los tribunales militares.

238. Se realizó un intento con motivo de la creación del Tribunal Fiscal de la Federación en la Ley de Justicia Fiscal de 27 de agosto de 1936, para conferir a dicho organismo judicial (considerado entonces como dependencia administrativa de jurisdicción delegada) la facultad de desaplicar las disposiciones tributarias en los procesos de su conocimiento, pero este criterio fue desechado por el mismo Tribunal en la resolución pronunciada por el Pleno el 30 de octubre de 1937.

239. Pocos años después, es decir, en 1942, se efectuó un nuevo ensayo para otorgar al citado Tribunal Fiscal de la Federación la facultad de decidir sobre la constitucionalidad de las disposiciones legislativas aplicables en casos concretos, en el proyecto de sentencia elaborado por el entonces ministro de la Segunda Sala (Administrativa) de la Suprema Corte de Justicia y destacado tratadista Gabino Fraga (por lo que se le conoció con el nombre de “tesis Fraga”), todo ello con apoyo en los artículos 128 y 133 de la Constitución.

240. Después de un intenso debate doctrinal, en virtud de que este problema apasionó a los juristas mexicanos en esa época, la citada Sala Administrativa del más alto tribunal del país estableció el criterio convertido en jurisprudencia obligatoria que todavía subsiste, en el sentido de que el mencionado Tribunal Fiscal Federal no está facultado para resolver de manera prejudicial o incidental las cuestiones de constitucionalidad que se presenten con motivo de los asuntos de su competencia, y esta tesis puede aplicarse a los otros organismos judiciales que no forman parte del Poder Judicial Federal, mencionados con anterioridad (ver *supra*, párrafo 237).

241. A partir de entonces es indiscutible que sólo los jueces y tribunales que pertenecen al Poder Judicial Federal (en los términos del artículo 94 constitucional), son los únicos facultados para resolver sobre la desaplicación de las disposiciones legales que consideren contrarias a la Constitu-

ción federal, ya sea por medio de la vía directa que hemos calificado como “acción de inconstitucionalidad” (ver *supra*, párrafos 147-155) o bien de manera incidental o prejudicial al conocer de la impugnación de las resoluciones judiciales (es decir, el “recurso de inconstitucionalidad”) (ver *supra*, párrafos 156-162).

242. Pero aun por lo que se refiere al juicio de amparo contra leyes, deben destacarse algunos factores que han influido en la limitación de la función de la justicia constitucional atribuida a los tribunales que integran el Poder Judicial Federal. En primer término, una especie de autocontrol que deriva de la apreciación efectuada por Alexis de Tocqueville en su clásica obra *La democracia en América* (ver *supra*, párrafo 9), en cuanto subrayó la discreta labor de los jueces norteamericanos de su época, al atacar la ley en un debate obscuro y sobre la aplicación particular, lo que ocultaba en parte a las miradas del público la importancia del ataque, de manera que la ley no se sentía herida sino por casualidad y sólo llegaba a sucumbir bajo los golpes redoblados de la jurisprudencia, lo que ya no corresponde a la preeminencia que ha alcanzado el Poder Judicial Federal de los Estados Unidos, y en particular, la Corte Suprema Federal.

243. Un segundo aspecto que se debe tomar en cuenta es la centralización judicial en el ordenamiento mexicano (que como hemos sostenido se originó en una interpretación incorrecta del artículo 14 de la Constitución Federal de 1857) (ver *supra*, párrafos 49-52), que incorporó al juicio de amparo originalmente establecido para tutelar los derechos de la persona humana consagrados constitucionalmente, y por medio de tales derechos, la protección del equilibrio entre las facultades de la Federación y de las entidades federativas establecidas en la misma Constitución; el enorme peso de un recurso de casación nacional, que ha ahogado materialmente a los tribunales federales y les ha impedido, hasta muy recientemente, concentrarse en la labor esencial de justicia constitucional que se les ha conferido, y a ello se debe esencialmente la reforma constitucional y legal que entró en vigor el 15 de enero de 1988 (ver *infra*, párrafos 262-263).

244. Una cuestión de la mayor importancia (que abordaremos más adelante con mayor amplitud) (ver *infra*, párrafos 296-305), se refiere a la *interpretación constitucional*, instrumento utilizado con bastantes limitaciones por el Poder Judicial Federal mexicano y en particular por la

Suprema Corte de Justicia, debido a que en nuestro ordenamiento ha imperado el sistema de modificación y adecuación de las normas constitucionales a los cambios de la realidad político social cada vez más rápidos y acelerados en los últimos años por medio de las reformas de carácter formal, según el procedimiento del artículo 135 de la Carta federal, habida cuenta de que el texto original de la Constitución de 5 de febrero de 1917 debe considerarse como de transición entre el individualismo liberal de la carta de 1857 y el llamado constitucionalismo social que inició nuestra Constitución vigente, y que se manifestó en la primera posguerra.

245. Lo anterior llevó al ilustre constitucionalista mexicano Emilio Rabasa a considerar en una de sus obras publicadas en la primera década de este siglo, a negar a los tribunales de nuestro país la condición de un verdadero poder político equivalente al de los organismos Ejecutivo y Legislativo, pues en su concepto, los tribunales carecían de los elementos esenciales de iniciativa, unidad y autoridad que caracterizaban a los verdaderos factores del poder. Sin embargo, reconoció que si bien los tribunales no constituían un órgano del poder político, sí podían ejercerlo, y en ocasiones de manera considerable, como ocurría con la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, y también la Suprema Corte de Justicia de México, cuando resolvía cuestiones de carácter constitucional.

246. No obstante todos estos obstáculos, los tribunales federales, y en particular la Suprema Corte de Justicia de México, han realizado una labor muy discreta pero independiente, y en ocasiones valerosa, para proteger los derechos de los gobernados, y por ello es que desde sus inicios ha sido el juicio de amparo el único instrumento que ha tenido verdadera aplicación en nuestra realidad jurídico-política, como lo hemos sostenido en varias ocasiones, y por ello este instrumento ha adquirido un prestigio popular indiscutible.

247. En un documentado estudio, el tratadista norteamericano Carl E. Schwarz, profundo conocedor de nuestras instituciones judiciales, y en particular del juicio de amparo, llegó a la conclusión de que, al comparar la labor de los jueces federales de México y de los Estados Unidos, es sorprendente que los tribunales federales mexicanos hayan trazado con gran libertad el curso de su propio rumbo con o sin las presiones de los políticos locales o de las élites nacionales, debido al alto porcentaje de casos en que los reclamantes obtuvieron el amparo y el gran volumen

de iniciados anualmente, lo que demuestra que el Poder Judicial mexicano es un importante distribuidor de valores, de recursos escasos y de sanciones dentro del sistema político nacional.

X. LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA COMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

248. De las reflexiones anteriores se desprende que el peso del control de la legalidad, y en particular, de la impugnación de las resoluciones judiciales por medio del juicio de amparo, transformado en un recurso de casación de carácter nacional (ver *supra*, párrafos 166-167), determinó una severa restricción de la función de justicia constitucional conferida a los jueces y tribunales federales, y en particular de la Suprema Corte de Justicia. Compartimos, por tanto, la acertada opinión del distinguido tratadista mexicano Antonio Carrillo Flores, en el sentido de que la labor de la propia Corte como tribunal, es decir, como órgano predominantemente aplicador de las leyes ordinarias, ha oscurecido su función esencial de poder político, es decir, de justicia constitucional.

249. Las reformas constitucionales y legales que entraron en vigor el 15 de enero de 1988, han significado la culminación de una evolución paulatina en la competencia y estructura de los propios tribunales federales y en particular de la Suprema Corte de Justicia de nuestro país, para recuperar la función constitucional por medio del juicio de amparo (aun cuando no, desafortunadamente, en relación con los otros instrumentos relativos a las controversias constitucionales y el procedimiento investigatorio, que forman parte de la propia justicia constitucional, según hemos visto con anterioridad), que le confieren entre otros preceptos, los artículos 103 y 133 de la Constitución federal.

250. Dicha reforma de 1988, contra lo que a primera vista pudiera parecer, no puede considerarse como una transformación repentina e imprevista de nuestro Poder Judicial Federal, sino el resultado de un desarrollo lento y en ocasiones contradictorio, para atemperar la función de nuestra Suprema Corte como tribunal de casación, atribución que se inició, como hemos señalado de manera reiterada, en la segunda mitad del Siglo XIX, con la interpretación errónea del artículo 14 de la Constitución de 1857, que fue aceptada expresamente por el Constituyente de Querétaro (ver *supra*, párrafos 49-54). Se puede afirmar que esa transformación paulatina para recuperar la función de justicia constitucional de la Supre-

ma Corte de Justicia comenzó con las reformas constitucionales y legales de 1951, por medio de las cuales se crearon los tribunales colegiados de circuito, según veremos más adelanter (ver *infra*, párrafo 253).

251. En efecto, al constitucionalizarse en el artículo 14 de la Constitución vigente de 1917 el amparo judicial, la labor de la Suprema Corte de Justicia como tribunal de casación, en perjuicio de sus atribuciones de órgano de justicia constitucional, se hizo evidente, y por ello fue necesario en la reforma constitucional de 20 de agosto de 1928 al artículo 94 de la propia carta federal, que dividió al más alto tribunal del país en tres salas de cinco magistrados cada una, para el conocimiento del juicio de amparo según la materia (penal, administrativa y civil), en virtud de que el texto original de dicho precepto establecía que, para resolver las controversias planteadas por medio del juicio de amparo, debía funcionar en Pleno integrado entonces por once magistrados. En la reforma de 15 de diciembre de 1934 al mismo artículo 94 constitucional, se creó la cuarta Sala (en materia laboral), todo ello por la presión que significó el crecimiento incontenible de los juicios de amparo contra resoluciones judiciales.

252. A partir de entonces se observa una tendencia contraria dirigida a ampliar la actividad de la Suprema Corte de Justicia en las cuestiones de constitucionalidad, y reducir las que se refieren a la resolución de conflictos derivados de la aplicación de leyes ordinarias, así sea sólo en relación con el juicio de amparo, desarrollo que como hemos señalado anteriormente (ver *supra*, párrafos 249-250) ha desembocado en las reformas de 1988, en virtud de la evolución irreversible que se observa en nuestra época dirigida a otorgar funciones de justicia constitucional a los tribunales supremos, en los ordenamientos en los cuales no se han establecido tribunales especializados para la solución de los litigios constitucionales. En este desarrollo podemos señalar varias etapas.

253. Un primer paso, así sea modesto, se advierte en las reformas constitucionales y legales que entraron en vigor en el mes de mayo de 1951, ya que por una parte se crearon los tribunales colegiados de circuito para auxiliar a la Suprema Corte de Justicia en el conocimiento de los juicios de amparo, con lo cual se siguió el ejemplo de la creación de los tribunales de circuito de apelación en los Estados Unidos en el año de 1891, con el propósito de aliviar la carga de asuntos de la Suprema Corte

Federal; y al mismo tiempo en 1951 se amplió la institución denominada "suplencia de la queja" (ver *supra*, párrafo 192) (es decir la corrección de los errores y deficiencias de la demanda y de otras instancias en la tramitación del juicio de amparo), en relación con los actos de autoridad apoyados en las leyes consideradas inconstitucionales por la jurisprudencia obligatoria de la misma Suprema Corte, lo que implicaba la extensión de la obligatoriedad de la misma jurisprudencia a las autoridades administrativas, aun cuando estas últimas todavía no se han percatado con claridad de esta situación.

254. En una segunda etapa se pueden situar las reformas constitucionales y legales que entraron en vigor en octubre de 1968, en virtud de que uno de sus principales objetivos fue el de trasladar hacia los tribunales colegiados, cuyo número se ha ampliado constantemente a partir de entonces, los asuntos que se consideraron de mayor importancia social, económica o jurídica, conservando sólo los más trascendentes en la Suprema Corte de Justicia, lo que por otra parte produjo un debate doctrinal por la persistencia del criterio tradicional de que no era posible dividir la competencia para conocer del juicio de amparo en cuanto a los asuntos estrictamente constitucionales y aquellos que implicaban de manera exclusiva una controversia sobre problemas de legalidad secundaria.

255. Además, en esas reformas de 1968 se introdujo, así fuera en forma muy restringida, la facultad discrecional de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia, para conocer de los juicios de amparo en materia administrativa que por su menor cuantía correspondían en principio a los tribunales colegiados de circuito, cuando dicha Sala los considerase de "importancia y trascendencia para los intereses de la Nación".

256. Pero las dos reformas anteriores se quedaron a medio camino en el intento de otorgar a nuestra Suprema Corte una función más definida de justicia constitucional, por lo que la evolución posterior consistió en ampliar la competencia discrecional de la Suprema Corte de Justicia, en virtud de la experiencia favorable del *certiorari* ante la Suprema Corte Federal de los Estados Unidos, el que ha permitido a esta última elegir aquellos asuntos que estime de trascendencia constitucional y determinar que los restantes queden firmes o bien los remite a los tribunales de circuito de apelación, ya que éstos fueron creados según se expresó anteriormente (ver *supra*, párrafo 253), con el propósito de apoyar a la misma Corte Suprema norteamericana.

257. En esta dirección se dio el siguiente paso en la reforma a la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal de 1936 promulgada en diciembre de 1983, en cuanto se otorgó a las restantes salas numerarias de la Suprema Corte (es decir, Primera, Tercera y Cuarta), facultades a fin de que, cuando estimaran que un amparo promovido ante ellas *careciera de importancia y trascendencia sociales*, podían discrecionalmente enviarlo al tribunal colegiado correspondiente para su resolución. A la inversa, cuando una de las propias salas estimara que un amparo del conocimiento de un tribunal colegiado de circuito, por su *especial entidad* debiera ser resuelto por algunas de ellas, podían solicitarlo al propio tribunal para su decisión. En estos supuestos de atracción y de remisión, la Suprema Corte de Justicia procedía únicamente de oficio o a petición del procurador general de la República.

258. A continuación podemos señalar la reforma al artículo 11 de la citada Ley Orgánica del Poder Judicial de 1936, que adicionó la fracción V bis, y atribuyó al Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia, la facultad discrecional, de oficio o a petición del Procurador General de la República, para remitir a las Salas del propio alto tribunal para su resolución, aquellos asuntos que por sus características especiales no requerían su intervención.

259. El terreno estaba abonado para la reforma de 1988, pero además de la evolución que hemos señalado en los párrafos anteriores, es preciso destacar que ésta última reforma siguió de cierta manera los principios expuestos en dos proyectos de reforma constitucional que no prosperaron en su tiempo, pero que son antecedentes de la actual. El primero de estos intentos se realizó en diciembre de 1944, cuando el presidente de la República, general Manuel Ávila Camacho, presentó al Congreso Federal una iniciativa de reformas constitucionales con objeto de crear tribunales colegiados de circuito, que como hemos dicho no se introdujeron hasta 1951 (ver *supra*, párrafo 253), a fin de que auxiliaran a la Suprema Corte, y se encomendó la distribución de competencia de los jueces federales al propio Congreso (ya que se señala todavía en forma detallada por el artículo 107 constitucional), pero con la limitación de que la propia Suprema Corte debería decidir las controversias sobre la constitucionalidad de las leyes federales o locales; aquellas contra la violación de los derechos de los gobernados que afectaran la vida, la libertad o la integridad de las personas; y la impugnación de la infracción directa de un precepto constitucional.

260. El texto de esta iniciativa fue aprobado por las dos Cámaras del Congreso Federal y por la mayoría de las legislaturas de los estados, pero encontró una oposición abierta de los integrantes del más alto tribunal del país, en particular de su presidente, Salvador Urbina, y por ello, a pesar de la aprobación del proyecto mismo, no se hizo la declaratoria que exige el artículo 135 constitucional para la conclusión del procedimiento de las reformas a la carta federal, por lo que después de una discusión muy amplia, la misma Suprema Corte elaboró en 1945 un contraproyecto, el cual sirvió de base a las reformas de 1951 antes mencionadas (ver *supra*, párrafo 253).

261. Un nuevo intento se hizo en la iniciativa presentada por el senador Rodolfo Brena Torres el 19 de septiembre de 1959, el cual propuso a la Cámara respectiva, reformas constitucionales para reducir el número de integrantes de la Suprema Corte de Justicia a once (como se establecía en el texto original del artículo 94 de la carta federal de 1917), a fin de que funcionaran sólo en pleno para decidir de manera exclusiva los juicios de amparo en los cuales se plantearan *cuestiones de constitucionalidad*, dejando el llamado control de legalidad a la decisión firme de los tribunales colegiados de circuito, proyecto que no llegó a aprobarse.

262. Con las reformas constitucionales promulgadas el 29 de julio y publicadas el 10 de agosto de 1987, las que fueron reglamentadas por las modificaciones a la Ley de Amparo y por la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, que sustituyó a la anterior de 1936 (las dos últimas publicadas el 5 de enero de 1988), y que en su totalidad entraron en vigor el 15 del propio enero, culminó el desarrollo del Poder Judicial de la Federación, al cual nos referimos con anterioridad en sus diversas etapas, en las cuales se advierte la reducción paulatina de la competencia de la Suprema Corte de Justicia en materia de casación y en general, del control de legalidad.

263. No pretendemos realizar un análisis de los distintos aspectos de esta importante reforma constitucional y legal, sino sólo de aquellos estrictamente relacionados con la constitucionalización del más alto tribunal de la República, en el sentido en que lo hemos señalado, ya que dichas reformas contienen modificaciones a varias disposiciones de la Constitución de Querétaro, que no sería posible examinar en esta oportunidad.

264. En la exposición de motivos de la iniciativa presidencial de 6 de abril de 1987 se mencionó de manera expresa la intervención de la Suprema Corte de Justicia en la elaboración del anteproyecto de reforma constitucional, por lo que en esta ocasión dicho alto tribunal adoptó una posición opuesta a la que había asumido en el año de 1944 (ver *supra*, párrafos 259-260), lo que resulta explicable por la evolución posterior a esa época, que hemos señalado con anterioridad y que ha modificado en forma sustancial la situación de la propia Corte en ese lapso de casi cinco décadas.

265. En la propia exposición de motivos de la iniciativa de reformas constitucionales se señala que: “La presente iniciativa propone que la Suprema Corte de Justicia se dedique fundamentalmente a la *interpretación definitiva de la Constitución*, como debe corresponder al más Alto Tribunal del país.” Y agrega más adelante:

[...] Es la *trascendencia política* que deriva de la atribución de fijar en definitiva el alcance de los textos constitucionales, lo que debe orientar el criterio para determinar la esfera de competencia del máximo tribunal, pues la observancia y respeto a la Constitución añade el interés superior de la Nación. La custodia de la supremacía de la norma constitucional y de su estricto cumplimiento, es función que sirve para limitar la actuación de los poderes activos y para mantener la estabilidad del régimen político del país, por lo que fundamentalmente debe corresponder a la Suprema Corte de Justicia [...]

266. Además de los dos precedentes de 1944 y 1959 (ver *supra*, párrafos 259-261), se contó con la experiencia del funcionamiento de los tribunales colegiados de circuito durante todos estos años, ya que los mismos “han probado su capacidad para impartir justicia pronta, imparcial, gratuita y completa”, y además en virtud de que: “La sociedad mexicana se ha beneficiado con la descentralización que su ubicación determina”, como se menciona en la amplia y documentada exposición de motivos de la iniciativa presidencial de abril de 1987, por lo que el control relativo a las cuestiones de legalidad se atribuye en su totalidad a los citados tribunales colegiados de circuito, con la ventaja de evitar los problemas relativos a la distribución de competencias apoyada, como venía ocurriendo, en clasificaciones derivadas de la importancia jurídica, social o económica de las controversias, especialmente dentro del juicio de amparo.

267. Las citadas reformas constitucionales publicadas en agosto de 1987, relacionadas con la materia de justicia constitucional, son muy

esquemáticas, lo que en nuestro concepto constituye un aspecto positivo si lo comparamos con otras modificaciones a la carta federal, que han asumido en no pocas ocasiones carácter reglamentario, lo que determina la necesidad de cambiar dichos preceptos con frecuencia para lograr su actualización en una época que se caracteriza por sus constantes y dinámicos cambios sociales, económicos, políticos y culturales.

268. Por tanto, es preferible adoptar sólo los lineamientos esenciales, como se hace con la mejor técnica jurídica en la reforma que se analiza, con objeto de que el legislador secundario pueda establecer los matices que puedan adaptarse con mayor flexibilidad a dichos cambios, sin necesidad de afectar las disposiciones constitucionales que han sido modificadas con exceso en los últimos decenios, y así se hizo en los ordenamientos publicados el 5 de enero de 1988, es decir, las modificaciones a la Ley de Amparo y la expedición de una nueva Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (ver *supra*, párrafo 262).

269. En efecto, en el texto del artículo 94 constitucional se conserva la composición actual de la Suprema Corte de Justicia con veintiún ministros numerarios, y se establece el nombramiento de magistrados supernumerarios hasta el número de cinco, pero como una posibilidad que dependerá de las necesidades requeridas por las nuevas funciones del más alto tribunal de la República, ya que su designación será potestativa. Los aspectos reglamentarios sobre el funcionamiento de la propia Corte en pleno y en salas, la competencia de los tribunales colegiados de circuito y de los juzgados de distrito, así como las responsabilidades en que incurran los servidores públicos del Poder Judicial de la Federación, se rigen por lo dispuesto en los mencionados ordenamientos ordinarios.

270. Se puede destacar la *concesión de facultades legislativas de carácter material* a la Suprema Corte de Justicia, que ya eran indispensables, a fin de que el Pleno pueda determinar el número, división de circuitos, jurisdicción territorial y especialización por materia de los tribunales colegiados y unitarios de circuito, así como de los juzgados de distrito, en virtud de que la situación anterior requería de constantes y continuos cambios a la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación para incorporar modificaciones determinadas por las exigencias de incrementar el número de magistrados y jueces federales, así como distribuir competencias y aspectos de especialización, lo que además de producir inestabi-

lidad de los preceptos de la citada Ley Orgánica, requería de un procedimiento legislativo constante por parte del Congreso de la Unión, el que resultaba muy complicado para la flexibilidad que necesita el desarrollo tan dinámico de nuestros tribunales federales en los últimos años (artículo 94, párrafo quinto de la Constitución federal, y 12, fracciones I a IV de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación).

271. En este ámbito de las facultades legislativas, también se otorga al propio Tribunal en pleno, competencia para emitir acuerdos generales para lograr, mediante una adecuada distribución entre las Salas, de los asuntos que debe conocer la Suprema Corte de Justicia, la mayor prontitud en su despacho (artículo 94, párrafo sexto, de la carta federal y 12, fracción V, de la Ley Orgánica respectiva).

272. En el nuevo texto del artículo 107 constitucional se establecen las reglas básicas de la competencia de la Suprema Corte de Justicia, especialmente en el segundo grado del juicio de amparo (fracción VIII), al disponerse que el llamado recurso de revisión (en realidad, apelación), contra las sentencias de fondo por los jueces de distrito, será conocido por la Suprema Corte de Justicia en dos hipótesis: a) Cuando habiéndose impugnado en la demanda de amparo por estimarlas *directamente* violatorias de la Constitución, leyes federales o locales, tratados internacionales, reglamentos expedidos por el presidente de la República de acuerdo con la fracción I del artículo 89, de la propia carta federal, así como reglamentos de leyes locales emitidos por los gobernadores de los estados, *siempre que subsista esta cuestión de constitucionalidad en el recurso respectivo*. A su vez, el artículo 84, fracción I inciso a), agrega a las anteriores hipótesis aquella relativa a que *se establezca en la sentencia impugnada la interpretación directa de un precepto de la Constitución Federal*, y b) En los supuestos de las fracciones II y III del artículo 103 constitucional (que impropiamente se ha calificado como “amparo soberanía”), es decir, por invasión recíproca de competencias federales y locales, cuando exista afectación a intereses jurídicos particulares.

273. La nueva Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación hace la distribución de la competencia de la Suprema Corte de Justicia que se ha mencionado en el párrafo anterior, entre el Tribunal en Pleno y las Salas. Al Pleno corresponde el conocimiento de revisión de los fallos de fondo de los jueces de distrito tratándose de la impugnación de leyes

federales o locales, o de tratados internacionales; o bien cuando se trate de juicios de amparo en segunda instancia en los cuales se controvierta la invasión de la esfera federal o local, respectivamente, en el supuesto de afectación de los derechos de los particulares (artículo 12, fracción V, incisos A y B de la citada Ley Orgánica).

274. Por lo que se refiere a la impugnación por medio del juicio de amparo, cuando en el llamado recurso de revisión contra las sentencias de los jueces de distrito se discuta la constitucionalidad de reglamentos expedidos por el presidente de la República o por los gobernadores de los estados, o bien cuando en las propias sentencias se establezca la interpretación directa de un precepto de la carta fundamental, estos recursos se atribuyen al conocimiento de las Salas de acuerdo con su materia (artículos 24, 25, 26 y 27, todos ellos en su fracción I, inciso *a*), de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal). Lo anterior sin perjuicio de que el Tribunal en Pleno de la Corte determine que las Salas conozcan de los asuntos que por su materia correspondan a otras, en ejercicio de la facultad que le confiere el párrafo sexto del artículo 94 de la Constitución federal (ver *supra*, párrafo 271) (artículos 24, fracción XIII; 25, también fracción XIII; 26 y 27, fracciones XII y X, respectivamente, de la citada Ley Orgánica).

275. Por otra parte, también se conserva el texto de la fracción IX del citado artículo 107 constitucional, que admite el recurso de revisión contra las resoluciones pronunciadas por los tribunales colegiados de circuito en amparo de una sola instancia, cuando decidan la constitucionalidad de una ley o interpreten directamente un precepto de la Constitución federal. El conocimiento de este recurso de revisión corresponde a la Suprema Corte de Justicia (artículo 84, fracción II, de la Ley de Amparo), y se atribuye al Tribunal en pleno cuando la decisión se refiere a la constitucionalidad de una ley federal o local, o respecto de un tratado internacional (artículo 12, fracción VI, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación) y a las Salas, según su materia, cuando el recurso se interponga contra los mencionados fallos de los tribunales colegiados de circuito que decidan sobre la constitucionalidad de reglamentos federales o locales, o sobre la interpretación directa de un precepto de la carta federal (artículos 24, 25, 26 y 27, en todos ellos, fracción II, de la Ley Orgánica mencionada).

276. De acuerdo con las reformas que comentamos se *confiere a los tribunales colegiados de circuito algunos aspectos de justicia constitucional*

sin posibilidad de impugnación ante la Suprema Corte de Justicia, es decir, que sus fallos tienen carácter definitivo y firme, como lo explica la parte relativa de la exposición de motivos de la iniciativa de reforma constitucional publicada en agosto de 1987, pero se trata sólo de problemas de constitucionalidad de menor importancia, como son los relativos a los *reglamentos autónomos y municipales* (ya que las reformas promulgadas en diciembre de 1982 al artículo 115 de la carta federal otorgaron a los municipios ciertas atribuciones legislativas directas), así como también los *reglamentos de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal* (de acuerdo con las reformas al artículo 73, fracción VI, base 3a., inciso A, promulgadas el 10 de agosto de 1987), por tratarse de un nivel normativo inferior que requiere de la acción inmediata de la justicia federal, que se puede efectuar por la descentralización de los citados tribunales, sin la dilación que implica asignar el conocimiento de esta materia a la Suprema Corte de Justicia.

277. En este supuesto se trataría de amparos de doble instancia, en los cuales se combata de manera inmediata los citados reglamentos autónomos, municipales o de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, ya que si se discute la inconstitucionalidad de dichos ordenamientos de menor jerarquía en forma incidental o prejudicial por medio del juicio de amparo de una sola instancia ante los propios tribunales colegiados, y dichos tribunales, con motivo de dicha cuestión de constitucionalidad, deciden sobre la misma o interpretan en forma directa un precepto de la carta federal, contra esos fallos se puede interponer el recurso de revisión ante las Salas de la Suprema Corte de Justicia (ver *supra*, párrafo 274).

278. De acuerdo con la evolución que se advierte para conferir a la Suprema Corte de Justicia *facultades discrecionales* (ver *supra*, párrafos 255-258), en las reformas que entraron en vigor en enero de 1988 se conservaron dichas atribuciones, pero sólo en cuanto a la *atracción o avocación*, y se suprimieron las de remisión que se habían establecido en las reformas legislativas de 1983 (ver párrafos 257-258). En efecto en la actualidad se otorgan a la Suprema Corte de Justicia *facultades discrecionales de atracción* que se confieren al máximo tribunal del país en las fracciones V (amparo de una instancia) y VIII (amparo de doble grado), del artículo 107 constitucional, a fin de que la Corte de oficio, a petición fundada del correspondiente tribunal colegiado de circuito, o del Procurador General de la República, pueda conocer de los amparos de un solo

grado o en revisión, que por sus *características especiales* así lo ameriten. La Ley Orgánica del Poder Judicial Federal atribuye dicha facultad de atracción a las salas de la Suprema Corte de Justicia, de acuerdo con su materia (artículos 24, 25, 26 y 27, en todos en su fracción I, inciso b), en los amparos en revisión, y fracción III, respecto de los amparos de una sola instancia).

279. Esta expresión de *características especiales* es muy ambigua, pero su misma indeterminación confiere una discrecionalidad muy amplia a la Suprema Corte para atraer los asuntos que considere debe conocer, a pesar de que según las reglas de competencia correspondan a los tribunales colegiados de circuito. No obstante, el mismo legislador ha utilizado otras fases tales como *importancia trascendente para los intereses de la nación* (en relación con las controversias en que la Federación sea parte, de acuerdo con la fracción IV del artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal) (ver *supra*, párrafo 123).

280. En la misma norma el propio legislador ha empleado expresiones similares en cuanto a las facultades de atracción, y las de remisión (estas últimas actualmente suprimidas pero otorgadas a las Salas de la Suprema Corte en las reformas de 1968 y 1983) (ver *supra*, párrafos 255-257), en las cuales se utilizaron los vocablos "importancia trascendente para el interés nacional", en relación con la Segunda Sala, e "importancia y trascendencia sociales y especial entidad", respecto de las restantes. En virtud de lo anterior, puede concluirse que todas estas frases tienen significado equivalente, puesto que dejan a la discreción de la Suprema Corte decidir si ejercitan su facultad de atracción en los supuestos de que se trate de acuerdo con su trascendencia para el interés nacional debido a su significado jurídico, social o económico, y entre ellos pueden quedar comprendidos, en el supuesto de que se estimen significativos, los juicios de amparo de doble grado (que no admiten en el recurso de revisión) en los cuales se controvierta la constitucionalidad de reglamentos autónomos, municipales o que sean expedidos por la Asamblea de Representantes del Distrito Federal (ver *supra*, párrafos 276-278).

281. Todos los demás juicios de amparo promovidos en una o dos instancias se confieren a los tribunales colegiados de circuito, los cuales tendrán a su cargo, salvo los casos excepcionales de inconstitucionalidad de disposiciones reglamentarias de carácter inferior, el *control de legalidad*,

cuyo mayor número en cuanto a los juicios de amparo, corresponden a la impugnación de resoluciones judiciales, es decir, que dichos tribunales funcionan esencialmente como *tribunales de casación*, instrumento que anteriormente compartían con la Suprema Corte de Justicia (artículo 44, fracción I, de la Ley Orgánica respectiva).

282. Además de las razones antes mencionadas, que se apoyan en el desarrollo de la competencia de la Suprema Corte de Justicia que ahora funcionará como un tribunal predominantemente de carácter constitucional, en la exposición de motivos de la iniciativa presidencial de 1987 se señala que una ventaja adicional del control de legalidad conferido en su integridad a los tribunales colegiados de circuito, radica en que la distinción de la competencia en dicho control ya no se apoya, como se hizo a partir de 1951 y en mayor grado en 1968, en el interés económico del negocio, la duración de la pena o características especiales en otras ramas, sino que ahora se unifica de manera total, lo que en concreto se atribuye al logro de la democracia económica, según la propia iniciativa, al suprimirse la distinción que sólo se apoya en el monto que subyace al problema jurídico planteado.

283. Otra cuestión que se modificó en las reformas constitucionales y legales que entraron en vigor en enero de 1988, se refiere a la anterior competencia de la Suprema Corte de Justicia para conocer de una segunda apelación federal, que correspondía claramente al control de legalidad en materia administrativa, puesto que implicaba la impugnación de las resoluciones de los tribunales de lo contencioso administrativo establecidas por las leyes federales, que a partir de la reforma de 30 de diciembre de 1946, a la fracción I, del artículo 104 de la Constitución Federal, se atribuyen en última instancia a la Segunda Sala de la propia Suprema Corte de Justicia, ya que únicamente se estableció en materia tributaria contra los fallos del Tribunal Fiscal de la Federación, con el nombre de “revisión fiscal”.

284. En las reformas mencionadas de 1988 se adicionó la fracción I-B del citado artículo 104, fracción I, de la carta federal, que regula el “recurso de revisión” (en realidad apelación) contra las resoluciones definitivas de los tribunales de lo contencioso administrativo de carácter federal (que en la actualidad, de manera más técnica se regulan en la fracción XXXIX-H del artículo 73 de la misma Constitución), sólo

cuando lo establezcan las leyes respectivas (hasta el momento únicamente respecto de las sentencias del Tribunal Fiscal de la Federación) y que ahora se atribuyen a los tribunales colegiados de circuito, los que ya no sólo conocerán de la materia de amparo como ocurrió a partir de su creación en 1951.

285. En conclusión, podemos afirmar que la Suprema Corte de Justicia a partir de la aceptación de su competencia para conocer de los juicios de amparo promovidos contra las sentencias de todos los tribunales del país, con apoyo en el artículo 14 de la Constitución Federal de 1857 (ver *supra*, párrafos 50-53), se transformó de manera esencial en un *tribunal de casación* aun cuando también resolviera de manera restringida cuestiones de constitucionalidad, pero esta situación se ha revertido de manera paulatina, para llegar hasta las reformas constitucionales y legales que entraron en vigor el 15 de enero de 1988, por las cuales se transformó la propia Suprema Corte en un verdadero *tribunal constitucional*, puesto que se ha especializado en justicia constitucional.

XI. PERSPECTIVAS DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN MÉXICO

286. De acuerdo con lo que hemos señalado con anterioridad, la justicia constitucional mexicana posee varios instrumentos para la resolución de controversias derivadas de la aplicación de las normas fundamentales, pero sólo uno de ellos, el juicio de amparo, ha tenido una aplicación constante desde su consagración definitiva en los artículos 101 y 102 de la Constitución Federal de 1857, y además no es probable que en un futuro próximo puedan resurgir los restantes instrumentos, por lo que es previsible que todo el peso de la tutela de las normas de nuestra carta fundamental se seguirá apoyando esencialmente en el propio juicio de amparo, y sólo el surgimiento de mecanismos similares al *Ombudsman*, que se han consolidado recientemente en nuestro país, pueden aliviar la tarea agobiadora de nuestra máxima institución procesal.

287. En tal virtud, examineramos en primer lugar los aspectos previsibles de la evolución de nuestro derecho de amparo en los próximos años, para después hacer una breve referencia al desarrollo que puede predecirse de las comisiones, procuradurías o defensorías de Derechos Humanos que se han creado en estos últimos años.

288. De acuerdo con las reformas constitucionales y legales que entraron en vigor el 15 de enero de 1988, y que según hemos dicho concentraron en la Suprema Corte de Justicia la función esencial y definitiva de la justicia constitucional en nuestro país, tenemos la convicción de que en los próximos años, la función de tribunal constitucional que se le ha encomendado puede desenvolverse en cuatro direcciones fundamentales: *a*) en cuanto a la declaración general de inconstitucionalidad; *b*) un desarrollo importante en su labor como máximo y definitivo intérprete de los valores y principios constitucionales; *c*) en cuanto a la tutela de los llamados intereses difusos o transpersonales, y *d*) en la precisión de los derechos políticos de los mexicanos.

289. Destacamos con anterioridad la tendencia que se observa en un sector cada vez más importante de la doctrina mexicana para establecer la *declaración general de inconstitucionalidad* en el amparo contra leyes, que desde su establecimiento hasta la actualidad, sigue el modelo original americano de la desaplicación de las disposiciones legislativas en cada caso concreto, de acuerdo con la tradicional “fórmula Otero” (ver *supra*, párrafos 163-165). Tenemos la convicción de que no pasará demasiado tiempo en que esta institución se introduzca, así sea de manera paulatina, no sólo porque ésta es la proyección de los instrumentos de control de la constitucionalidad de las disposiciones legislativas en un número creciente de ordenamientos contemporáneos, sino por necesidades ineludibles, tanto del régimen democrático como de la solución rápida y efectiva de los conflictos de carácter constitucional.

290. Al ampliar los razonamientos que expresamos al examinar el amparo contra leyes, que explican el crecimiento de la corriente doctrinal favorable a la consagración en nuestro ordenamiento de la declaración general de inconstitucionalidad (ver *supra*, notas 163-164), se puede agregar que la citada fórmula Otero, la que se justificó plenamente en la época histórica de su consagración, es decir, en la primera mitad del siglo anterior (ver *supra*, párrafo 41), resulta anacrónica en la actualidad, y debe sustituirse de manera paulatina por la citada declaración general, en virtud de que el sistema actual posee dos defectos esenciales.

291. En primer lugar, son numerosas en la práctica las impugnaciones de las normas legislativas cuando se discute su inconstitucionalidad, en todos los ordenamientos en los cuales se admite, y nuestro país no es la

excepción, ya que no resulta expedito realizar la desaplicación de las disposiciones impugnadas en cada caso concreto. La demostración de lo anterior la podemos observar en la reforma constitucional y legal de 1975, por la cual se extendió la procedencia del sobreseimiento y la caducidad de la instancia por inactividad procesal a los juicios de amparo en los cuales se reclame la inconstitucionalidad de preceptos legislativos, no obstante que se trata de una materia en la cual predomina el interés público, y por este motivo se había excluido de estas instituciones introducidas en las reformas de 1951 y 1968, ya que debería imperar el impulso de oficio sobre la pasividad de las partes. Todo ello se debió al enorme rezago que ahogaba al tribunal en pleno de la Suprema Corte de Justicia. Sin embargo, en las reformas de 1988 no se suprimieron los citados sobreseimiento y caducidad de la instancia respecto del amparo contra leyes, a pesar de que con posterioridad a las mismas reformas la Suprema Corte de Justicia ha concentrado su actividad especialmente en esta materia, pero no por ello podrá terminarse el rezago de manera rápida, debido a los juicios de amparo que se han acumulado en estos años y los que previsiblemente se interpondrán en el futuro, y que deben resolverse uno por uno, no obstante que exista jurisprudencia obligatoria en varios de los problemas planteados.

292. En segundo lugar, y este es el aspecto de fondo, con el sistema vigente de desaplicación de las disposiciones legislativas contrarias a la carta fundamental en cada caso concreto y sólo en relación con las partes en los mismos, aun en el supuesto de que dichos juicios de amparo no se resolvieran con retardo, *se viola el principio esencial de igualdad de los gobernados ante la ley*, que es uno de los valores básicos de un régimen democrático (ver *supra*, párrafo 164), en cuanto la desaplicación particular implica que, frente a una ley inconstitucional, las personas que cuentan con recursos económicos para lograr el asesoramiento de abogados expertos no tienen la obligación de cumplirla al haber figurado como partes en los propios juicios de amparo en el caso de haber obtenido un fallo favorable, en tanto que un número generalmente mayor de personas, las que por su limitación de recursos económicos y por su inadecuada preparación cultural no han contado con ese asesoramiento, deben acatar las disposiciones legales contrarias a los preceptos fundamentales.

293. No resultará sencillo implantar este principio de la declaración general en nuestro ordenamiento, ya que previamente es necesario superar el peso de una concepción tradicional de la división de los poderes, de

acuerdo con la cual la citada declaración implicaría una invasión por parte de los tribunales federales, a las facultades legislativas del Ejecutivo Federal y los de los estados, así como del Congreso de la Unión y de las legislaturas locales; y, por la otra, es preciso vencer el temor de que la atribución de dicha facultad propicie el enfrentamiento entre la Suprema Corte y los otros dos órganos del poder. Por el contrario, la experiencia en Colombia y Venezuela, que es muy amplia y se encuentra próxima a nosotros, demuestra que el sistema ha sido beneficioso al permitir un control más efectivo por parte del organismo judicial y elevar en forma considerable el prestigio de las cortes supremas respectivas. Lo anterior ha propiciado el establecimiento muy reciente de la Corte Constitucional colombiana en la nueva carta de 6 de julio de 1991.

294. Al tomar en cuenta los problemas de adaptación que deben resolverse, se ha propuesto la introducción paulatina de la citada declaración general de inconstitucionalidad, de manera que en una primera etapa sólo pudiese operar hasta que la Suprema Corte de Justicia estableciera jurisprudencia sobre las leyes contrarias a la carta federal. Por otra parte, podría reducirse de manera paulatina el número de sentencias conformes que integran la citada jurisprudencia, y como ejemplo podemos citar la Constitución de la provincia Argentina de Río Negro, de acuerdo con el cual, cuando el Tribunal Superior declare por *tercera vez* la inconstitucionalidad de una norma legislativa, el mismo Tribunal puede suspender su vigencia y, por tanto, la citada disposición no puede aplicarse desde el momento en que es publicada la sentencia respectiva.

295. En esta dirección conviene tomar en cuenta el movimiento cada vez más vigoroso que se observa en Latinoamérica para la introducción de la propia declaración general de inconstitucionalidad de las leyes en los ordenamientos que, como el nuestro, todavía no la han adoptado, y que se advierte en la recomendación aprobada en el Primer Congreso Latinoamericano de Derecho Constitucional, efectuado en la ciudad de México durante los días 25 a 30 de agosto de 1975, en el sentido de que:

En la realización del control de la constitucionalidad de las leyes, los tribunales latinoamericanos deben superar el principio adoptado por razones históricas, de la desaplicación concreta de la ley, para consignar el de la declaración general de inconstitucionalidad, tomando en cuenta las particularidades y experiencias de cada régimen jurídico, con el objeto de darle verdadera eficacia práctica.

296. Un segundo aspecto que implica un mayor desarrollo se refiere a la *interpretación constitucional*, como ya se señaló en la exposición de motivos de la iniciativa presidencial que dio origen a las reformas de 1988 (ver *supra*, párrafo 265). En efecto, aun sin la implantación de la declaración general de inconstitucionalidad, las citadas reformas de 1988 han tenido y tendrán, con mayor vigor en el futuro, una repercusión significativa en las relaciones del Poder Judicial Federal y, en especial, de la Suprema Corte de Justicia, con los otros dos órganos del poder, y en particular con el Ejecutivo Federal y, en su caso, con los de las entidades federativas, en cuanto a su función de *intérprete máximo* de la Constitución federal, de manera predominante en relación con las disposiciones legislativas y reglamentarias, así como de los tratados internacionales incorporados al ordenamiento jurídico interno por la aprobación del Senado federal. En esta dirección, la Suprema Corte efectúa una *función política*, en cuanto interviene en la toma de decisiones esenciales de los órganos del poder, al interpretar, dar contenido y aplicar de manera definitiva los preceptos, principios y valores supremos consagrados en la carta fundamental.

297. Al asumir la Suprema Corte de Justicia esa función esencial de la interpretación final de las disposiciones constitucionales, se podrá alterar de manera sustancial la tradición de nuestro ordenamiento jurídico en el sentido de modificar formalmente el texto de los preceptos de la carta suprema, cuando resulte necesario su adaptación a los dinámicos cambios sociales, económicos y políticos de nuestra época, al extremo que hemos superado, según hemos señalado, las trescientas reformas constitucionales a partir de la vigencia de nuestra Constitución federal.

298. Con una labor mucho más intensa en esta materia de interpretación constitucional (institución cuyo estudio es muy reciente en nuestro país), sería innecesario, de acuerdo con el ejemplo de otros ordenamientos y particularmente con el notorio de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, acudir con frecuencia a las reformas formales del texto constitucional, ya que por medio de sus fallos la Suprema Corte mexicana puede dar contenido a los citados principios y valores abstractos de las normas constitucionales, de acuerdo con los cambios que se observan en nuestra realidad.

299. Como lo señala acertadamente el notable constitucionalista alemán Konrad Hesse, para el derecho constitucional la importancia de

la interpretación es fundamental, debido al carácter abierto y amplio de la Constitución, por lo que los problemas de interpretación surgen con mayor frecuencia que en otros sectores de ordenamiento cuyas normas son más detalladas, y esa importancia se acrecienta cuando existe una *jurisdicción constitucional*. Esta afirmación la podemos aplicar a nuestro ordenamiento, especialmente en la actualidad, al conferirse a nuestra Suprema Corte el carácter, aun cuando no el nombre, de tribunal constitucional.

300. La doctrina y la jurisprudencia contemporáneas han llegado a la conclusión, sobre la cual existe consenso, en el sentido de que la *interpretación constitucional*, en particular la que corresponde a los tribunales (y aun más, cuando realizan una función de justicia constitucional), no puede equipararse a la de las restantes normas jurídicas, aun cuando pertenezca al mismo género, ya que asume caracteres peculiares muy acentuados, pues como lo ha puesto de relieve el notable tratadista italiano Mauro Cappelletti, dicha interpretación, además de atribuir *facultades muy amplias de valoración a los jueces constitucionales*, les confiere una *función política vigorosa*, entendida en sentido técnico y no partidista, puesto que influye de manera significativa en la toma de decisiones por parte de los otros dos órganos del Estado.

301. Según el pensamiento del distinguido constitucionalista italiano Franco Pierandrei, la interpretación de las normas constitucionales debe adecuarse a la naturaleza fundamental de los motivos de los principios esenciales que se encuentran en la base de estos preceptos.

302. Por su parte, el conocido constitucionalista argentino Segundo V. Linares Quintana ha señalado una serie de reglas particulares, que en su concepto deben servir de orientación para interpretar las disposiciones constitucionales, entre las cuales destaca que en dicha interpretación debe prevalecer el contenido teleológico finalista; que debe utilizarse un criterio amplio, liberal y práctico; que debe considerarse a la ley suprema como un conjunto armónico de disposiciones y de principios; que deben tomarse en cuenta no sólo las condiciones y necesidades existentes en el momento de la sanción, sino también las imperantes en la época de la aplicación, etcétera.

303. Esto nos indica que la interpretación de las disposiciones constitucionales requiere por parte del intérprete y aplicador una *particular*

sensibilidad que le permita captar la esencia, penetrar en la entraña misma y comprender la orientación de las disposiciones fundamentales y, además, conocer y tomar en cuenta las condiciones sociales, económicas y políticas existentes en el momento en que se pretende desentrañar el sentido mismo de los preceptos supremos.

304. Lo anterior nos lleva a considerar que la interpretación constitucional, si bien participa de los lineamientos generales de toda interpretación jurídica en sentido genérico, posee aspectos peculiares que le confieren una autonomía tanto doctrinal como de carácter técnico o práctico, ya que, en términos generales, es considerablemente más difícil y complicado captar el pleno sentido de una norma fundamental que comprender el significado de un precepto ordinario y, por tanto, exige al intérprete una preparación especializada en derecho constitucional, con lo que desaparece la ilusión de los publicistas románticos del Siglo XIX, los que pensaban que los textos constitucionales debían ser comprensibles para todos los ciudadanos y, por el contrario, podemos afirmar que en la actualidad el significado de las disposiciones fundamentales ha llegado a ser tan complejo que ni siquiera pueden ser entendidas plenamente por todos los juristas.

305. Es cierto, finalmente, que la interpretación de los textos constitucionales no corresponde en exclusiva a los tribunales, sino que se efectúa también por los otros dos órganos del poder; es decir, por el Legislativo, cuando expide las normas secundarias, y por el Ejecutivo, cuando formula reglamentos, o bien crea actos o resoluciones de carácter administrativo, pero como lo señala el conocido tratadista alemán Klaus Stern, en los países en los cuales existe una jurisdicción constitucional, corresponde a los tribunales supremos o especializados establecer la *interpretación definitiva* de las normas constitucionales, la que es obligatoria para todas las autoridades públicas y para los particulares, y en este sentido se acrecienta de manera considerable la participación de nuestra Suprema Corte en la toma de decisiones fundamentales y, por lo tanto, su relación con los otros dos órganos del poder, y en particular con el Ejecutivo, como se señaló con anterioridad.

306. El problema de los *intereses difusos o transpersonales* es muy reciente, pues se origina en las modernas sociedades tecnológicas fuertemente industrializadas en las que se producen situaciones que afectan los intereses legítimos de personas que no pertenecen a grupos integrados,

sino que se encuentran dispersas e inarticuladas y de ahí las denominaciones con las que se les conoce. Debido al desarrollo industrial de nuestro país en las últimas décadas, que en estos últimos años parece acelerarse, después del estancamiento del inicio de los ochenta, han surgido, entre otros, los problemas relativos a la protección del medio ambiente, de los asentamientos humanos y de las zonas urbanas; pero no se han establecido con claridad los instrumentos jurídicos y particularmente procesales para su tutela.

307. En primer término, es necesario partir de una idea, así sea provisional, sobre lo que debe entenderse por los citados intereses difusos, los que pertenecen al género de los intereses colectivos, y corresponden a un número indeterminado de personas que no están agrupadas o asociadas para la defensa de sus intereses comunes, como por ejemplo los sindicatos de obreros y campesinos, los colegios profesionales o las cámaras empresariales, sino que forman conglomerados dispersos, como ocurre con los consumidores, los afectados con la contaminación, los interesados en defender el patrimonio artístico y cultural, los que se oponen al deterioro de las zonas urbanas o pretenden su mejoramiento.

308. No es el momento para realizar un análisis de los diversos mecanismos que se han establecido en varios ordenamientos jurídicos contemporáneos, inclusive a nivel constitucional, para proteger este tipo de intereses, ya que la bibliografía es muy amplia, pero por el contrario es muy escasa en nuestro país, no obstante la importancia que asume esta institución, aun cuando se ha legislado sobre algunos aspectos sustantivos, como los relativos a la tutela de los consumidores por medio de la Procuraduría Federal del Consumidor y respecto del medio ambiente.

309. Sólo mencionaremos muy brevemente la evolución que se advierte en este campo desde el punto de vista del derecho comparado, en el cual se observan tres soluciones esenciales de carácter legislativo: a) la primera, que se puede calificar de tradicional, confiere al Ministerio Público la facultad de promover la defensa procesal de los intereses colectivos de carácter social, cuando los mismos no corresponden a grupos o asociaciones determinados; b) el otorgamiento y legitimación a personas o asociaciones privadas y la facultad de acudir al proceso en representación de los intereses difusos, con la previa autorización del propio Ministerio Público (*Attorney General*), por conducto de lo que se

ha calificado de *relator actions*, reguladas por los ordenamientos de Inglaterra y otros países de la *Commonwealth*, como Australia y Nueva Zelanda; y c) el acceso directo de las propias personas o asociaciones en representación de los mencionados intereses transpersonales, de acuerdo con las llamadas *class o public interest actions*, que se han desarrollado particularmente en los Estados Unidos, pero que también han dado lugar a reformas legislativas y evolución de la jurisprudencia en varios países de Europa continental.

310. En los ordenamientos latinoamericanos se advierte una incipiente preocupación por establecer mecanismos de protección de los citados intereses, en particular de protección y defensa del consumidor en Venezuela (5 de agosto de 1974), y en Costa Rica (28 de febrero de 1975, con reformas en 1982), así como la mencionada Ley Federal mexicana de Protección al Consumidor de 5 de febrero de 1976, con reformas recientes. En estos ordenamientos se establecen organismos especializados en la tutela de los derechos de los consumidores frente a los prestadores de bienes y servicios, pero sin llegar a la tutela procesal, pues sólo funcionan como asesores y en ciertos casos como conciliadores y árbitros, si bien en algunos supuestos establecen lineamientos generales que sí protegen a los consumidores en su conjunto y no sólo a los afectados que acuden a presentar reclamaciones.

311. Un ejemplo que nos parece significativo en esta evolución consiste en la utilización de la *acción popular*, prevista en el artículo 153, parágrafo 31, de la Constitución brasileña anterior de 1967, y que actualmente está regulada por el artículo 5o., fracción LXXIII, de la carta federal vigente de 5 de octubre de 1988, y reglamentada por la Ley 4,717 de 29 de junio de 1965. Dicha institución tiene por objeto la anulación de los actos y disposiciones que afecten al patrimonio de las entidades públicas; pero la citada ley reglamentaria regula dicha acción popular con un criterio flexible, pues admite su ejercicio para tutelar como correspondientes a dicho patrimonio, los bienes y derechos de valor económico, artístico, estético, histórico y turístico, de manera que puede emplearse válidamente, de acuerdo con la jurisprudencia, por personas y asociaciones que promuevan la protección procesal de los intereses de grupos indeterminados relacionados con el medio ambiente, el desarrollo urbano y el patrimonio artístico y cultural.

312. Un paso adelante lo dio el Congreso federal brasileño al expedir la ley 7,347 de 24 de julio de 1985, publicada al día siguiente, que regula la acción civil pública de responsabilidad por daños causados al medio ambiente, al consumidor, o bienes y derechos de valor artístico, estético, histórico y turístico, sin perjuicio de la acción popular señalada en el párrafo anterior. Dicha acción (en realidad, pretensión), así como las medidas precautorias correspondientes, puede solicitarse ante el juez que resida en el lugar en que se efectúa o pretenda realizarse el daño, por el Ministerio Público; por la Federación, por los estados y municipios; los organismos descentralizados, empresas públicas, fundaciones y sociedades de economía mixta, o por asociaciones privadas, estas últimas cuando incluyan en sus finalidades institucionales la protección de los citados intereses.

313. En nuestro país estamos todavía lejos de encontrar una solución adecuada a la tutela de dichos intereses difusos o transpersonales, con excepción en cierta manera de los de los consumidores, pero no se han realizado estudios para lograr la defensa de los intereses legítimos de los afectados por el medio ambiente, por las obras urbanas, o aquellos que pretenden la defensa del patrimonio artístico y cultural de nuestro país.

314. No se han hecho todavía intentos por establecer el acceso de los representantes de los citados intereses difusos o transpersonales en el proceso civil o penal, puesto que primero es preciso revisar profundamente el concepto tradicional de *legitimación procesal*, la cual requiere de una afectación actual y directa de la esfera jurídica de las partes.

315. Por lo que respecta al procedimiento administrativo, si bien todavía subsiste en nuestro ordenamiento el principio del interés actual y directo para poder participar en el mismo, ya se advierte la preocupación para incorporar la tutela de los mencionados intereses difusos o transpersonales en el mismo procedimiento, como lo demuestra lo dispuesto por el artículo 16 del Anteproyecto de la Ley de Procedimientos Administrativos para el Distrito Federal, publicado en mayo de 1991 por la Coordinación General Jurídica del propio Departamento, y que propone la siguiente disposición:

(Intereses difusos). También podrán participar en el procedimiento administrativo el Ministerio Público como representante social, las asociaciones e instituciones legalmente constituidas para la defensa de los intereses de

cualquier persona o de un número indeterminado de ellas, con relación al medio ambiente, prestación de servicios públicos, patrimonio artístico y cultural u otras cuestiones similares y de interés general.

316. No ocurre lo mismo en relación con nuestro juicio de amparo, en el cual podrían plantearse cuestiones directamente constitucionales en relación con los mencionados intereses difusos, en virtud de que nuestra carta federal establece lineamientos y disposiciones en los cuales se puede apoyar la tutela de los propios intereses pertenecientes a grupos indeterminados, y como ejemplos podemos citar la ordenación de los asentamientos humanos; la preservación y restauración del equilibrio ecológico; la regulación del uso del agua y de los recursos naturales, todos ellos consagrados en el artículo 27 constitucional, pero también algunos derechos subjetivos como ocurre respecto a la protección de la salud y el derecho a la vivienda digna y decorosa (artículo 4o. constitucional), y el derecho a la información (artículo 6o.), entre otros, etcétera.

317. La Jurisprudencia todavía aplicable de la Suprema Corte de Justicia, con apoyo en el artículo 4o. de la Ley de Amparo mantiene el principio de que para interponer el juicio de amparo es precisa la *afectación personal, actual y directa*, según el concepto tradicional de la legitimación procesal (ver *supra*, párrafo 314).

318. Sin embargo, así sea en forma incipiente, se advierte una tendencia todavía incierta, para tutelar algunos intereses legítimos de personas indeterminadas, por parte de algunos tribunales colegiados en relación con problemas de carácter urbano o de protección del patrimonio artístico y cultural.

319. Contrasta esta situación en nuestro ordenamiento con el derecho constitucional brasileño, el cual ha logrado avances sustanciales en esta materia además de la acción popular que mencionamos anteriormente (ver *supra*, párrafo 311), por lo que respecta a una institución que debe considerarse equivalente, en varios aspectos, al juicio de amparo mexicano, es decir, el llamado *mandado de segurança*, que algunos autores han calificado como “mandamiento de amparo”. En efecto, el artículo 5o., fracción LXX, de la carta federal de 5 de octubre de 1988, establece el llamado “mandado de segurança coletivo”, que amplía considerablemente la legitimación procesal para interponer dicho medio de impug-

nación para tutela de derechos fundamentales, sin llegar a la amplitud de la mencionada acción popular, en cuanto dispone:

El mandamiento de seguridad (amparo) colectivo puede ser interpuesto por: *a) un partido político con representación en el Congreso Nacional (en relación con los derechos políticos); y b) por una organización sindical, entidad gremial o asociación legalmente constituida y en funcionamiento cuando menos durante un año, en defensa de los intereses de sus miembros o asociados.*

320. El último aspecto en que es previsible que se ocupe la justicia constitucional mexicana, por medio del juicio de amparo, se refiere a la *determinación de los derechos políticos*, debido a varias prohibiciones constitucionales y legales sobre la improcedencia del amparo en materia de responsabilidad de los altos funcionarios; la declaratoria de los colegios electorales, y en general las decisiones de los organismos de este carácter (artículos 60, 74, fracción I; 110 y 111, entre otros, de la Constitución federal), la jurisprudencia de la Suprema Corte ha establecido en forma tajante que no procede el juicio de amparo contra actos de naturaleza política, porque los mismos no constituyen derechos o garantías individuales, de acuerdo con la doctrina tradicional, que todavía sostienen algunos tratadistas mexicanos, en el sentido de que los citados derechos individuales, que se identifican con los Derechos Humanos, son diversos de los derechos políticos, los que constituyen prerrogativas exclusivas de los ciudadanos, y que por lo mismo no pueden ser objeto de tutela judicial por medio del amparo.

321. Esta distinción ya no puede hacerse en la actualidad, pues existe consenso en la doctrina contemporánea en el sentido de que los derechos políticos son Derechos Humanos y pueden protegerse de la misma manera que los tradicionales derechos individuales o “derechos civiles”. Tampoco puede sostenerse en nuestra época que los derechos políticos son diversos en cuanto a su tutela, de los derechos individuales, con mayor razón en cuanto nuestro país ha ratificado y se han aprobado por el Senado federal (por lo que forman parte de nuestro derecho interno de acuerdo con el artículo 133 constitucional), el Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, que contienen las dos categorías de derechos, ambos pertenecientes al género de los Derechos Humanos.

322. Lo que ha ocurrido en nuestra jurisprudencia y se observa en la actuación de los tribunales en el ámbito latinoamericano, es la influencia del criterio seguido por muchos años por la Corte Suprema Federal de los

Estados Unidos, que estableció una autolimitación en cuanto a las cuestiones políticas (*political questions*), pero que fue modificada sustancialmente en el famoso caso *Baker versus Carr* (1962) en el cual se estableció la inconstitucionalidad de varias leyes electorales de algunas entidades federativas, especialmente del sur, resolución que influyó decisivamente en una reforma de carácter electoral en dichos estados.

323. Los jueces y tribunales latinoamericanos han sido muy tímidos para intervenir en el conocimiento de cuestiones de carácter político, que tradicionalmente se han considerado como “no judiciales”, en lo particular por lo que se refiere a los llamados “delitos políticos” y en cuanto a las restricciones de los Derechos Humanos durante los estados de emergencia, que han sido constantes y en ocasiones permanentes en los numerosos regímenes *de facto* predominantemente castrenses, que dominaron por varias décadas en numerosos países de nuestro continente y que afortunadamente se encuentran en retirada.

324. Por ese motivo, en una de las conclusiones aprobadas en el Primer Congreso Latinoamericano de Derecho Constitucional efectuado en la ciudad de México durante los días 25 a 30 de agosto de 1975, se expresó:

La función jurisdiccional de los tribunales latinoamericanos, especialmente las Cortes Supremas y el ejercicio de la *función de justicia constitucional*, sólo podrá lograr efectividad, así sea limitada, cuando se superen los obstáculos, hasta ahora insalvables de la *interpretación desorbitada de los actos políticos y de gobierno*, así como de las constantes declaraciones de emergencia y de estatutos calificados con razón o sin ella, de revolucionarios, y para ello podrían utilizarse los instrumentos de la “razonabilidad” que ha sostenido en alguna época la Suprema Corte argentina, y en lo que resulte aplicable, el recurso de “desvío de poder”, creado por la jurisprudencia del Consejo de Estado francés para determinar los límites de las facultades discrecionales del ejecutivo.

325. Se advierte una evolución reciente en varios ordenamientos latinoamericanos para someter de manera paulatina ciertos derechos políticos a la tutela judicial si se toma en consideración que es posible distinguir entre los aspectos jurídicos respecto de los de oportunidad política de tales derechos, pero como sería difícil por la índole de este trabajo analizar dichos cambios, sólo hacemos referencia a las transformaciones en este sentido que se observan en la legislación mexicana en cuanto a la tutela judicial de los derechos políticos, inclusive los de carácter electoral.

326. En efecto, con posterioridad al infructuoso intento que se realizó en diciembre de 1977, para establecer en el artículo 60 constitucional una instancia ante la Suprema Corte de Justicia, que se calificó de “reclamación” contra las resoluciones del Colegio Electoral de la Cámara de Diputados, que fue severamente objetada por un sector importante de la doctrina, el segundo paso se dio en las subsecuentes reformas al propio artículo 60 de la carta federal promulgadas el 15 de diciembre de 1986, que suprimieron el citado recurso de reclamación, regulado por los artículos 235 a 241 de la Ley de Organizaciones Políticas y Procesos Electorales, promulgada en 1977 y reformada en 1982 (que como se vaticinaba no tuvo resultados prácticos), y en su lugar se introdujo por vez primera en nuestra legislación un tribunal para decidir las controversias electorales por medio de resoluciones obligatorias, pero se conservó el sistema de autocalificación, de manera que dichas resoluciones podían ser modificadas por los colegios electorales de cada Cámara, que tenían la facultad de dictar la decisión final.

327. Dicho organismo recibió la denominación de Tribunal de lo Contencioso Electoral, y fue reglamentado por los artículos 352 a 362 del Código Federal Electoral promulgado el 9 de enero y publicado el 12 de febrero de 1987, organismo que fue calificado por el citado artículo 352 como *organismo autónomo de carácter administrativo dotado de plena autonomía*.

328. La evolución hacia una verdadera *jurisdicción especializada* se advierte en la creación del Tribunal Federal Electoral en las reformas constitucionales de agosto de 1990 a los artículos 41 y 60 de la carta federal. El artículo 264 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales promulgado también en 1990, define a dicho Tribunal como *órgano jurisdiccional autónomo en materia electoral* y además, dispone en su párrafo segundo, que *contra sus resoluciones no procederá juicio ni recurso alguno*, pero aquellas que se dicten con posterioridad a la jornada electoral, sólo podrán ser modificadas por los colegios electorales de ambas Cámaras del Congreso de la Unión, de acuerdo con el sistema de autocalificación.

329. El objeto de hacer una breve descripción de este desarrollo hacia el establecimiento de una verdadera jurisdicción electoral concentrada en un Tribunal Federal Electoral (con independencia de sistemas similares

en las entidades federativas), es el señalamiento de que si bien las decisiones de este tribunal no son impugnables ante los tribunales federales por medio del juicio de amparo, y por lo mismo no pueden elevarse ante la Suprema Corte de Justicia, salvo aquellos aspectos que teóricamente se confieren a dicho alto tribunal por conducto del *procedimiento investigador* (ver *supra*, párrafo 132), pero existen algunas otras cuestiones que no son estrictamente electorales que se refieren a los derechos políticos tanto de los partidos como de los ciudadanos, las que pudieran combatirse por medio del juicio de amparo, si bien su delimitación no es sencilla, ya que varias de estas cuestiones están sometidas también al Tribunal Federal Electoral.

330. Nos referimos a controversias que pueden derivar de los derechos de los ciudadanos y de los partidos, así como de las prerrogativas de estos últimos que si bien en principio pueden combatirse ante el Instituto y el Tribunal Federal Electoral durante dos años anteriores a la elección y durante los procedimientos electorales, existen algunos aspectos no contemplados expresamente por la legislación electoral, como son, por ejemplo, la libre manifestación de las ideas, la libertad de imprenta, los derechos de asociación y reunión, todos ellos en materia política (artículos 6o., 7o. y 9o. de la Constitución federal, entre otros).

331. Además de la precisión que puede hacer la Suprema Corte en la delimitación de la tutela de los derechos políticos establecidos por nuestra Constitución federal y los tratados internacionales suscritos por nuestro país e incorporados a nuestro derecho interno en los términos del artículo 133 constitucional, ya sea ante los tribunales electorales que se han establecido y en el futuro se introduzcan en nuestro ordenamiento federal, los de las entidades federativas, y aquellos que se pueden impugnar por medio del juicio de amparo, los que todavía se encuentran en una situación de incertidumbre debido a los principios tradicionales mencionados con anterioridad (ver *supra*, párrafo 320).

332. Además existe un sector en el cual la propia Suprema Corte puede desarrollar un conjunto de lineamientos contemporáneos sobre la tutela de los derechos políticos en nuestro ordenamiento por medio del *juicio de amparo contra leyes*, en cuanto es posible la impugnación de las disposiciones electorales en la vía de amparo, en las dos modalidades de "acción y recurso", por parte de los ciudadanos de las agrupaciones y partidos políticos.

333. Finalmente, se avizora un reforzamiento muy significativo en la función de justicia constitucional de los tribunales federales y en particular de la Suprema Corte de Justicia, por medio de la labor complementaria, pero no por ello menos importante, de las comisiones, defensorías y procuradurías de Derechos Humanos que recientemente han surgido en nuestro país, tanto en el ámbito federal como en el de las entidades federativas, incluyendo el Distrito Federal (ver *supra*, párrafos 211-223). La evolución que se puede pronosticar en este desarrollo de las instituciones similares al *Ombudsman*, es la del fortalecimiento de su estructura jurídica, para asegurar con mayor rigor su autonomía, no sólo funcional sino de carácter institucional, como ya se advierte en algunas de ellas, como señalamos respecto de la Comisión de Defensa de Derechos Humanos del Estado de Guerrero, que inclusive se elevó a rango constitucional (ver *supra*, 224), y la Procuraduría de los Derechos Humanos y de Protección Ciudadana del Estado de Baja California (ver *supra*, párrafo 227), que fue establecida por ley del Congreso local, ya que en ambos supuestos, además del marco legislativo, la designación del titular de estos organismos se realizan por la legislatura local, previo nombramiento o formulación de una terna por parte del gobernador respectivo, lo que indudablemente otorga una mayor autonomía a la institución y la aproxima de cierta manera al modelo escandinavo.

334. Por tanto, no es aventurado vaticinar que en un futuro cercano se reforzarán dichas comisiones, procuradurías y defensorías de Derechos Humanos, al sustituirse los decretos del Ejecutivo que han establecido varias de ellas como un periodo muy fructífero de experimentación, por disposiciones expedidas por los órganos legislativos competentes, inclusive con la posibilidad de darles consagración en las Constituciones respectivas, con objeto de consolidar la autonomía de dichos organismos, para lo cual es preciso que los titulares de los mismos sean designados en la misma forma que los jueces y magistrados; es decir, con proposición del Ejecutivo y aprobación de dichos órganos legislativos, y además, debe dotárseles de las garantías de estabilidad, remuneración y autoridad similares a las de los jueces y magistrados.

XII. CONCLUSIONES

335. De las reflexiones que hemos hecho en este estudio, podemos llegar a las siguientes y breves conclusiones:

336. *Primera.* De las distintas expresiones que se han utilizado para calificar la función de la solución de los conflictos derivados de la aplicación de las normas constitucionales; es decir, *control, defensa, justicia, jurisdicción y derecho procesal, todos ellos con el calificativo "constitucional"* consideramos preferible el de *justicia constitucional*, no sólo porque es más precisa que las muy genéricas de defensa y control, pero a su vez más amplia que jurisdicción, garantías o derecho procesal constitucional, sino además por su amplio contenido axiológico que se advierte en la actividad dirigida a la decisión de dichos conflictos constitucionales.

337. *Segunda.* Las instituciones de justicia constitucional que existen en nuestro régimen jurídico actual tienen su origen en una evolución lenta y difícil, en la cual se advierte la influencia de varios ornamentos externos, especialmente angloamericanos, españoles y franceses, pero también una serie de etapas en el desarrollo constitucional mexicano, que se precisaron en la Constitución Federal de 1857 y se consolidaron de manera definitiva en la carta vigente de 5 de febrero de 1917 y sus reformas posteriores, que son numerosas.

338. *Tercera.* Los instrumentos mexicanos de justicia constitucional se inspiran en su mayor parte en el modelo de la Constitución de los Estados Unidos de 1787, tales como el juicio político de responsabilidad de los altos funcionarios (*Impeachment*); las controversias constitucionales, y el juicio de amparo, este último como un trasplante de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes. En la carta federal de 1917 se introdujo como institución original el llamado procedimiento investigador de la Suprema Corte de Justicia, y finalmente, en época reciente se han creado mecanismos de protección de los Derechos Humanos confiados a entidades públicas que tienen su fuente original en el paradigma escandinavo del *Ombudsman*.

339. *Cuarta.* En el presente, nuestra justicia constitucional está integrada, al menos desde el punto de vista del derecho positivo, por cinco instrumentos: *a)* El juicio de responsabilidad política de los altos funcionarios; *b)* Las controversias constitucionales; *c)* El procedimiento investigador de la Suprema Corte de Justicia; *d)* El juicio de amparo, y *e)* Las comisiones, defensorías o procuradurías de Derechos Humanos. De todos ellos, sólo pueden considerarse con eficacia en nuestra realidad jurídico-constitucional el juicio de amparo y los organismos inspirados en el modelo escandinavo del *Ombudsman*, pues los restantes han carecido de vigencia

y se han aplicado esporádicamente, por lo que puede afirmarse que han caído en desuso, no obstante la posible utilidad que pudiera tener.

340. *Quinta*. Es indudable que el juicio de amparo es la institución que posee mayor efectividad, pero no puede estimarse como un instrumento exclusivo de justicia constitucional, ya que se ha transformado en un mecanismo muy complejo que abarca la tutela tanto de las disposiciones estrictamente constitucionales como también las de todo el ordenamiento jurídico mexicano, como medio de impugnación de última instancia de todos los procedimientos y procesos de nuestro sistema jurídico, de manera que se encuentran mezclados el control de la constitucionalidad con el de la legalidad ordinaria, incluyendo la reglamentaria. Los sectores del juicio de amparo que se encuentran relacionados en forma directa con la solución de conflictos derivados de la aplicación de las normas constitucionales se refieren a la impugnación de los actos de autoridad que pongan en peligro la vida, afecten la libertad personal fuera de procedimiento judicial, deportación, destierro y actos regulados por el artículo 22 de la carta federal (restricción de la pena de muerte y prohibición de tormentos, malos tratos, penas infamantes y trascendentes, así como la confiscación de bienes), procedimiento que en su estructura y tramitación guarda semejanza con el *habeas corpus* tradicional. En segundo término el llamado *amparo contra leyes*, por medio del cual se combaten las disposiciones legislativas que se consideran contrarias a la carta federal, ya sea en forma directa, es decir, al reclamarse la expedición y promulgación de las mismas en contra de las autoridades legislativas (acción de inconstitucionalidad) o bien por conducto de una sentencia, en la cual la cuestión de constitucionalidad se plantea de manera incidental o prejudicial (recurso de inconstitucionalidad).

341. *Sexta*. Los otros sectores del juicio de amparo, es decir, los relativos a la impugnación de resoluciones judiciales de todos los tribunales del país (recurso de casación); contra actos de las autoridades administrativas que no admiten la impugnación ante tribunales especializados (contencioso administrativo); y de aquellos interpuestos contra actos y resoluciones de las autoridades que afecten los derechos de los campesinos sujetos al sistema de la reforma agraria (amparo social agrario), sólo de manera esporádica admiten el planteamiento de problemas de carácter constitucional.

342. *Séptima*. La reforma jurídica más importante en cuanto al derecho de amparo vinculado a la justicia constitucional entró en vigor el 15 de

enero de 1988, ya que por medio de la misma se concentraron las cuestiones directas de constitucionalidad en la Suprema Corte de Justicia, y se trasladaron a los tribunales colegiados de circuito los problemas relativos al control de legalidad, especialmente los relacionados con el recurso de casación, de tal manera que a partir de entonces el más alto tribunal del país puede dedicarse plenamente a su función esencial de la interpretación y aplicación de los preceptos, principios y valores establecidos en nuestra Constitución.

343. *Octava.* Se observa en una época muy reciente la creación, de manera paulatina y después de varios ensayos, de organismos inspirados en el modelo escandinavo del *Ombudsman*, con objeto de tutelar los Derechos Humanos consagrados constitucionalmente contra los actos u omisiones de las autoridades administrativas, o de la actividad administrativa de otros organismos públicos; entidades públicas que han recibido los nombres de comisiones, defensorías o procuradurías de Derechos Humanos, como los instrumentos complementarios o auxiliares de los ya existentes, en particular del juicio de amparo, ya que los otros mecanismos de justicia constitucional regulada por nuestra carta federal no han tenido eficacia ni aplicación en nuestra realidad jurídica. Por tanto, deben considerarse como los únicos mecanismos de tutela de los Derechos Humanos que pueden aliviar el enorme esfuerzo que realiza el juicio de amparo, que hasta hace poco tiempo era la sola institución que se ha utilizado y ello, parcialmente, para la solución de los conflictos de carácter estrictamente constitucional.

344. *Novena.* Las perspectivas de la justicia constitucional en México que pueden ser previsibles en un futuro más o menos cercano, se concentrarán en los dos instrumentos que hemos mencionado, es decir, el juicio de amparo y los organismos inspirados en el *Ombudsman*.

345. *Décima.* Por lo que respecta al propio derecho de amparo, se vislumbran cuatro aspectos de evolución: a) La declaración general de constitucionalidad; b) Un incremento considerable en la labor de interpretación constitucional por parte de la Suprema Corte de Justicia, como ha ocurrido en la mayor parte de los tribunales supremos o los especializados en materia constitucional de nuestra época, lo que se traducirá en una adaptación paulatina del texto de nuestra carta fundamental a los rápidos y dinámicos cambios sociales, políticos, económicos y culturales que expe-

rimenta nuestro país en los últimos años, y que hasta ahora se han traducido en modificaciones de carácter formal, que ya rebasan las trescientas; c) Deberán introducirse instrumentos para la tutela administrativa y procesal de los llamados intereses difusos o transpersonales, incluyendo la posibilidad de su protección por medio del juicio de amparo, para lo cual deberá modificarse el concepto tradicional de legitimación procesal, y d) Es preciso una revisión del juicio de amparo en relación con su procedencia respecto de los derechos políticos, ya que la jurisprudencia tradicional considera que no tienen el carácter de Derechos Humanos, lo que en la actualidad ya no resulta admisible, y para ello deberá precisarse la distinción de aquellos de carácter estrictamente electoral que son impugnables ante los tribunales especializados que recientemente se han introducido en nuestro ordenamiento y aquellos otros que pueden combatirse por medio del propio juicio de amparo.

346. *Decimaprimera.* Por lo que respecta al rápido crecimiento de las comisiones, defensorías y procuradurías de defensa de los Derechos Humanos, que se han consolidado en nuestro ordenamiento jurídico, en especial con posterioridad a la creación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos en junio de 1990, se advierte una tendencia hacia el perfeccionamiento de su estructura jurídica, ya que inicialmente se establecieron en su mayor parte por medio de decretos del titular del Ejecutivo Federal o los de algunas entidades federativas, pero que en el futuro, como ya se ha iniciado en algunos ordenamientos locales, serán regulados por disposiciones legislativas en sentido formal, e inclusive pueden llegar a tener rango constitucional. Además, ya se advierte la propensión a que la designación del titular de dichos organismos se realice en la misma forma que la de los magistrados federales y locales, es decir, con nombramiento del Ejecutivo y aprobación del órgano Legislativo, lo que les otorgará mayor independencia y además es preciso conferirles las mismas garantías de estabilidad, remuneración y autoridad, que se han atribuido a los miembros del Poder Judicial federal y recientemente a los de las entidades federativas.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

Si bien la bibliografía consultada es mucho más amplia, en la presente sólo mencionamos aquellos trabajos que pueden considerarse esenciales para ampliar la información que se consigna en este breve estudio, los que se refieren de manera predominante a tratadistas mexicanos y excepcionalmente a autores extranjeros, pero todos ellos redactados o traducidos al castellano para facilitar la consulta. Para aquellos que requieran una documentación más amplia, la misma que se consigna en los propios estudios que se mencionan.

AGUILAR CUEVAS, Magdalena, *El defensor del ciudadano (Ombudsman)*, México, UNAM-Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991.

ALONSO GARCÍA, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

BECERRA BAUTISTA, José, *El fuero constitucional*, México, Jus, 1943.

BUNSTER, Álvaro, "La responsabilidad penal del servidor público", en *Las responsabilidades de los servidores públicos*, México, Manuel Porrúa-UNAM, 1984, pp. 9-28.

BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Las garantías individuales*, 23a. ed., México, Porrúa, 1991.

_____, *El juicio de amparo*, 28a. ed., México, Porrúa, 1991.

CABRERA ACEVEDO, Lucio, *El derecho de protección al ambiente*, México, UNAM, 1981.

_____, "Las políticas del ambiente en los problemas urbanos", en *Comunicaciones mexicanas al XI Congreso Internacional de Derecho Comparado (Caracas, 1982)*, UNAM, 1984, pp. 39-57.

CAPPELLETTI, Mauro, *La justicia constitucional (estudios de derecho comparado)*, trad. de varios autores, México, UNAM, 1987.

CÁRDENAS, Raúl F., *La responsabilidad de los funcionarios públicos*, México, Porrúa, 1982.

CARPIZO, Jorge, "La función de investigación de la Suprema Corte de Justicia", en su libro *Estudios constitucionales*, 3a. ed., México, Porrúa, 1991, pp. 197-215.

_____, "La interpretación constitucional en México", en su libro citado en la referencia anterior, pp. 57-80.

_____, "La interpretación del artículo 133 constitucional", en su libro mencionado en las dos referencias anteriores, pp. 1-31.

_____, *La Constitución mexicana de 1917*, 7a. ed., México, UNAM-Porrúa, 1986.

- _____, *¿Qué es la Comisión Nacional de Derechos Humanos?*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1990.
- CARRILLO FLORES, Antonio, *La Constitución, la Suprema Corte y los derechos humanos*, México, Porrúa, 1981.
- _____, "La responsabilidad de los altos funcionarios de la Federación", en *Estudios de derecho administrativo y constitucional*, México, UNAM, 1987, pp. 151-167.
- _____, "La Suprema Corte de Justicia Mexicana y La Suprema Corte Norteamericana. Orígenes semejantes; caminos diferentes", en su libro mencionado en la referencia anterior, pp. 215-286.
- CASTRO, Juventino V., *Garantías y amparo*, 6a. ed., México, Porrúa, 1989.
- CHÁVEZ PADRÓN, Martha, *Evolución del juicio de amparo y el Poder Judicial mexicano*, México, Porrúa, 1990.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *El juicio de amparo*, México, Porrúa, 1964.
- _____, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1965)*, México, UNAM, 1968.
- _____, "Introducción al estudio de la defensa de la Constitución", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 1, enero-abril de 1968, pp. 64-118.
- _____, "Algunos aspectos de la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano", en *Comunicaciones mexicanas al VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado*, México, UNAM, 1971, pp. 271-309.
- _____, "Las garantías constitucionales en el derecho mexicano", en *Anuario Jurídico III-IV*, México, UNAM, 1977, pp. 69-109.
- _____, "Breve introducción al juicio de amparo mexicano", en *Memoria de El Colegio Nacional*, 1976, México, 1977, pp. 141-191.
- _____, *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Madrid, UNAM-Civitas, 1982.
- _____, *Introducción a la justicia administrativa en el ordenamiento mexicano*, México, El Colegio Nacional, 1983.
- _____, "Las responsabilidades de los servidores públicos en el derecho comparado", en *Las responsabilidades de los servidores públicos*, México, Manuel Porrúa, UNAM, 1984, pp. 57-70.
- _____, "La responsabilidad de los jueces en el ordenamiento mexicano", en *Comunicaciones mexicanas al IX Congreso Internacional de Derecho Comparado (Caracas, 1982)*, México, UNAM, 1984, pp. 59-117.
- _____, "La Constitución y su Defensa", en el libro colectivo del mismo nombre, México, UNAM, 1984, pp. 11-85.
- _____, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, 2a. ed., México, Porrúa, 1985.

_____, "La justicia constitucional en el ordenamiento mexicano", Giorgio Lombardi (ed.), *Costituzione e giustizia costituzionale nel diritto comparato*, Rimini, Maggioli, 1985, pp. 233-292.

_____, *Problemas contemporáneos del Poder Judicial*, México, UNAM, 1986.

_____, "La Suprema Corte de Justicia como tribunal constitucional", en los libros *Las nuevas bases constitucionales y legales del sistema judicial mexicano. La reforma judicial de 1986*, México, Porrúa, 1987, pp. 345-390; y *Reformas constitucionales de la renovación nacional*, México, Porrúa, 1987, pp. 495-541.

_____, "Función del Poder Judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos", en la obra del mismo nombre, México, UNAM, 1977, pp. 9-59, reproducido en el libro del mismo autor, *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*, México, UDUAL-Miguel Ángel Porrúa, 1988, pp. 223-272.

_____, "Influencia del derecho angloamericano en la protección procesal de los derechos humanos en América Latina", en la misma obra mencionada en la referencia anterior, pp. 133-154.

_____, "Justicia constitucional y régimen democrático en Iberoamérica", en el mismo volumen mencionado en las dos referencias anteriores.

_____, "La justicia constitucional en Iberoamérica y la declaración general de inconstitucionalidad", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, núm. 111, septiembre-diciembre de 1979, pp. 641-696 y reproducido en la obra que se ha señalado en las referencias anteriores, pp. 339-392.

_____, "Setenta y cinco años de evolución del poder judicial en México", en *México, 75 años de revolución. Política II*, México, INEHRM-FCE, 1988, pp. 289-382.

_____, "El Ejecutivo Federal y el Poder Judicial", en *El sistema presidencial mexicano*, México, UNAM, 1988, pp. 269-364.

_____, "El Ombudsman y la responsabilidad de los servidores públicos en México", en *Protección jurídica de los derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991, pp. 217-223.

_____, "Algunos aspectos de la influencia del constitucionalismo de los Estados Unidos en la protección de los derechos humanos en el ordenamiento mexicano", en la obra mencionada en la referencia anterior, pp. 137-146.

_____, "Reflexiones comparativas sobre el Ombudsman", en *Memoria de El Colegio Nacional*, 1978, México, 1979, pp. 99-149, reproducido en el libro citado en las dos referencias anteriores, pp. 189-213.

_____, "Legislación reciente sobre derechos humanos. Introducción del Ombudsman en el ordenamiento mexicano", en *El derecho mexicano hacia la modernidad*, México, Porrúa-UNAM, 1991, pp. 69-79.

- GARCÍA BELAÚNDE, Domingo, "Sobre la jurisdicción constitucional", Quiroga León, Anibal (ed.), *Sobre la jurisdicción constitucional*, Lima, Pontificia Universidad Católica de Perú, 1990, pp. 25-64.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Curso de derecho procesal penal*, 5a. ed., México, Porrúa, 1989.
- GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José, *Los delitos de los altos funcionarios y el fuero constitucional*, México, Botas, 1946.
- GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, "Experiencia parlamentaria sobre la responsabilidad de los servidores públicos (1917-1983)", en *Las responsabilidades de los servidores públicos*, México, Manuel Porrúa-UNAM, 1984, pp. 71-107.
- _____, "La responsabilidad política en el derecho constitucional americano", en *Anuario Jurídico*, XI, México, UNAM, 1984, pp. 459-489.
- HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional (selección)*, trad. de Pedro Cruz Villalón, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, "Delitos contra la libertad humana cometidos por los altos funcionarios", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, núm. 71, julio-diciembre de 1978, pp. 667-682.
- LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de derecho constitucional argentino y comparado*, 3a. ed., Buenos Aires, Plus Ultra, 1978, tomo III, pp. 615-725.
- MARTÍNEZ BÁEZ, Antonio, "El indebido monopolio del Poder Judicial de la Federación para conocer la inconstitucionalidad de las leyes", en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, núm. 15, julio-septiembre de 1942, pp. 246-253.
- NILSSON, Per-Erik; BARRERA GRAF, Jorge y FIX-ZAMUDIO, Héctor, *La Defensoría de los Derechos Universitarios y la institución del Ombudsman en Suecia*, México, UNAM, 1986.
- NORIEGA CANTÚ, Alfonso, *Lecciones de amparo*, 3a. ed., revisada por José Luis Soberanes, México, Porrúa, 1991, 2 vols.
- NÚÑEZ JIMÉNEZ, Arturo, *El nuevo sistema electoral mexicano*, México, FCE, 1991.
- OVALLE FAVELA, José, "La Ley de Responsabilidades de 1979" en su *Estudio de derecho procesal*, México, UNAM, 1981, pp. 291-298.
- RABASA, Emilio, *La Constitución y la dictadura. Estudio sobre la organización política de México*, 1a. ed., México, 1912; 2a. ed., Madrid, s.f. (1917) y 3a. ed., México, Porrúa, 1956.
- OROZCO HENRÍQUEZ, José de Jesús, "Régimen constitucional de responsabilidades de los servidores públicos", en *Responsabilidades de los servidores públicos*, México, Manuel Porrúa-UNAM, 1984, pp. 109-129.

- SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, "La responsabilidad administrativa de los servidores públicos", en *Responsabilidades de los servidores públicos*, México, Manuel Porrúa-UNAM, 1984, pp. 131-143.
- STERN, Klaus, *Derecho del Estado de la República Federal de Alemania*, trad. de Javier Pérez Hoyo y Pedro Cruz Villalón, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.
- TENA RAMÍREZ, Felipe, "La facultad de la Suprema Corte en materia electoral", en *Revista Mexicana de Derecho Público*, México, núm. 1, julio-septiembre de 1946, pp. 37-63.
- _____, *Leyes fundamentales de México (1808-1991)*, México, Porrúa, 1991.
- _____, *Derecho constitucional mexicano*, 25a. ed., México, Porrúa, 1991.
- TOCQUEVILLE, Alexis de, *La democracia en América*, trad. de Luis R. Cuéllar, México, FCE, 1957.
- VENEGAS ÁLVAREZ, Sonia, *Origen y devenir del Ombudsman (¿una institución encomiable?)*, México, UNAM, 1988.

LA CONSTITUCIÓN Y SU DEFENSA*

(PONENCIA GENERAL)

SUMARIO: I. Introducción. II. Concepto de defensa constitucional. III. Los dos grandes sectores: protección constitucional y garantías constitucionales. IV. Diversos aspectos de la protección constitucional: a) La protección política. División de poderes; b) Regulación de los recursos económicos y financieros; c) La institucionalización de los factores sociales: grupos de interés, grupos de presión y partidos políticos; d) La técnica jurídica: supremacía constitucional y el procedimiento dificultado de reforma. V. Garantías constitucionales, justicia y jurisdicción constitucionales, derecho procesal constitucional. VI. Diversos sectores: a) La jurisdicción constitucional de la libertad; b) La jurisdicción constitucional orgánica; c) La jurisdicción constitucional de carácter internacional y comunitaria. VII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

1. El tema de la defensa constitucional es uno de los que han despertado mayor preocupación e inclusive apasionamiento entre los constitucionalistas y los cultivadores de la ciencia política, a partir de la primera posguerra, y al respecto podemos citar el clásico libro de Carl Schmitt *Der Hüter der Verfassung* (literalmente, el protector de la Constitución), cuya primera edición apareció en Alemania en el año de 1931 y fue traducido al español con el título de *La defensa de la Constitución*, por Manuel Sánchez Sarto;¹ obra que mereció una réplica también clásica del ilustre fundador de la escuela de Viena, Hans Kelsen con el título de *Wer soll der Hüter der Verfassung sein? (¿Quién debe ser el protector de la Constitución?)*²

* La Constitución y su Defensa. México, UNAM, 1984.

¹ Editorial Labor, Barcelona, 1931.

² En *Die Justiz, 1930-1931* cuaderno 11-12, vol. VI, pp. 576-628, que en traducción italiana de Carmelo Geraci y con el título de "Chi dev'essere el custode della Costituzione", aparece en el volumen recopilativo de estudios del propio Kelsen, *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1981, pp. 231-291.

planteándose así una controversia sobre la superioridad de los instrumentos estrictamente políticos y los de naturaleza judicial para la tutela de las disposiciones fundamentales, que todavía no concluye y que renace periódicamente, como lo demuestra el reciente y profundo estudio de Mauro Cappelletti sobre este conflicto.³ En esa misma época apareció el libro del jurista mexicano Rodolfo Reyes *La defensa constitucional*, relativa a los instrumentos tutelares de la Constitución Republicana española de diciembre de 1931.⁴

2. Con el señalamiento anterior no queremos significar en modo alguno que la preocupación por la defensa de las normas supremas se inició en las primeras décadas de este siglo, ya que la cuestión se plantea desde el momento en que los hombres iniciaron sus reflexiones sobre los fenómenos políticos, y podemos señalar inclusive su institucionalización en las organizaciones políticas de la antigua Grecia, tales como la monarquía doble y los Éforos en Esparta,⁵ el Areópago, los Nomofilacos, la acción penal *graphé paranomón*, entre otras cosas, en Atenas, en la cual surgió también la distinción entre normas superiores (*Nomoi*) y los decretos ordinarios (*Psefismata*);⁶ la doble magistratura, el Senado y el tribunado en la República romana,⁷ la superioridad de la ley divina y de la ley natural sobre el derecho positivo durante la Edad Media;⁸ para percatarnos de que el pensamiento moderno sobre la defensa de las normas constitucionales es heredero de una larga y persistente tradición a través de varios siglos, pues en el fondo refleja la lucha de los hombres por su libertad frente al poder político, a través de un orden jurídico superior.

3. Rebasaría notoriamente los límites de este sencillo estudio panorámico el examen, así fuera muy superficial, de esta tradición que bajo diversas denominaciones e instituciones representa el desarrollo de la idea

³ "Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle", en *Revue internationale de droit comparé*, París, abril-junio de 1981, pp. 625-657.

⁴ Madrid, 1934.

⁵ Cfr. entre otros, Carlos Sánchez Viamonte, *Las instituciones políticas en la historia universal*, Buenos Aires, 1958, pp. 112 y ss., y 140 y ss.

⁶ Cfr. Sir Paul Vinogradoff, *Outlines of historical jurisprudence*, vol. II, *The jurisprudence of the Greek City*, London, 1922, pp. 129-152.

⁷ Cfr. Teodoro Mommsen, *Compendio de derecho público romano*, Buenos Aires, 1942, pp. 161 y ss; Giovanni Pacchioni, *Breve historia del imperio romano narrada por un jurista*, Madrid, 1944, pp. 61, y ss.

⁸ Cfr. entre otros, el clásico estudio del notable tratadista alemán Otto Gierke, *Political Theories of the Middle Age* (trad. al inglés de Frederic William Maitland), Boston, 1958 (primera edición en inglés, 1900), pp. 73-87.

de la defensa constitucional, que en esta segunda posguerra ha tenido una expansión excepcional tanto doctrinal como jurisprudencial y legislativa, por conducto de los conceptos relativos a la justicia o a la jurisdicción constitucionales, o bien de las garantías y los controles de la Constitución, los que se han manejado con bastante imprecisión respecto a la tutela de las normas fundamentales.⁹

4. Tenemos la convicción de que resulta necesario realizar una sistematización más rigurosa sólo para efectos de estudio, que nos permita una visión de conjunto sobre los instrumentos que se han establecido en las constituciones de nuestra época para la tutela de sus disposiciones fundamentales, aspecto que tuvimos la osadía de abordar hace algún tiempo en un pequeño estudio provisional e introductorio, y en el cual sólo pretendimos señalar los numerosos y complejos problemas que han surgido en esta materia y que se encuentran dispersos en los diversos estudios sobre teoría de la Constitución.¹⁰

5. Por otra parte, estamos conscientes de que es preciso partir de un concepto, también provisional, de Constitución y de normas constitucionales como base así sea aproximada que nos permita abordar el tema de su defensa. Éste es uno de los sectores más complicados y debatidos, si tomamos en cuenta la diversidad de significados contemporáneos del vocablo Constitución, pues basta recordar que Carl Schmitt señaló cuatro acepciones distintas: en sentido absoluto, relativo, positivo e ideal,¹¹ en tanto que Hermann Heller analizó cinco significados diversos: dos sociológicos y tres de carácter jurídico.¹²

6. En primer término, consideramos necesario apoyarnos en un concepto normativo de Constitución sin desconocer la importancia de los análisis sociológico y político, los que forzosamente debemos tomar en cuenta para no quedarnos sólo con un pedazo de papel, de acuerdo con el análisis estrictamente político de Fernando Lasalle,¹³ es decir estamos

⁹ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional, 1940-1965*, México, 1968, pp. 12-15.

¹⁰ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "Introducción al estudio de la defensa de la Constitución", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 1, enero-abril de 1968, pp. 89-118.

¹¹ *Teoría de la Constitución* (trad. de Francisco Ayala), México, 1952, pp. 3-41.

¹² *Teoría del Estado* (trad. de Luis Tobío), 4a. ed., México, 1961, pp. 267 y ss.

¹³ *¿Qué es una Constitución?* (trad. de Wenceslao Roces), Buenos Aires, 1964 (primera edición en alemán, 1862), especialmente, pp. 55-70.

conscientes de los factores reales del poder, pero éstos conforman algunos de los elementos materiales, que no son los únicos de constituciones modernas, ya que lo que pretenden tutelar los instrumentos de la defensa de las normas fundamentales, no son estos factores reales del poder ni la Constitución en su sentido material, sino las normas jurídicas constitucionales y esto explica las dificultades del estudio de esta materia en los países que carecen de un documento fundamental en sentido formal, como Inglaterra, Nueva Zelanda e Israel.¹⁴

7. Partimos, por tanto, del concepto de la *Constitución en sentido formal*, es decir como *norma jurídica*, en el sentido expuesto en el reciente y agudo estudio del tratadista español Eduardo García de Enterría¹⁵ (lo que no significa que utilicemos de manera exclusiva la orientación lógico-jurídica o jurídica positiva del pensamiento kelseniano),¹⁶ sino que simplemente consideramos a la Constitución como la ley suprema contenida en uno o varios documentos escritos que se caracterizan por su preeminencia, jurídicamente relevante respecto de todas las normas de un ordenamiento jurídico,¹⁷ y que adquieren relativa permanencia o rigidez al requerir un procedimiento especial para su reforma o modificación, en relación con el que se exige para las leyes ordinarias.¹⁸

8. Por otra parte, también nos percatamos de la extraordinaria complejidad de las constituciones contemporáneas, las que contienen normas jurídicas de estructura heterogénea, como aquellas calificadas de ejecución inmediata y las que requieren de otras normas jurídicas para su aplicación; las disposiciones de principio, tanto de reglas generales como

¹⁴ Sin embargo se ha efectuado con limitaciones, la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes en Israel, *cfr.* Melville B. Nimmer, "The uses of judicial review in Israel's quest for a Constitution", en *Columbia Law Review*, noviembre de 1970, pp. 1217-1260; y en Nueva Zelanda, las decisiones judiciales más importantes pueden impugnarse todavía ante el Consejo de la Corona inglesa, la que puede establecer una jerarquía normativa, *cfr.* Sir Thaddeus McCarthy y P. A. Cornford, "El sistema judicial en Nueva Zelanda", en *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Ginebra, junio de 1968, pp. 84-98.

¹⁵ "La Constitución como norma jurídica", en su libro *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981, pp. 37-113.

¹⁶ *Cfr.* Hans Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado* (trad. de Eduardo García Máynez), 2a. ed. México, 1979, pp. 135-137.

¹⁷ *Cfr.* entre otros, Vezio Crizafulli, "Costituzione", en *Enciclopedia del Novecento*, Roma, 1966, pp. 11-12 del sobretiro.

¹⁸ *Cfr.* Vezio Crizafulli, *op. ult. cit.*, pp. 13-15.

programáticas; las que contienen mandatos preceptivos; las que establecen los mecanismos de la creación normativa, etcétera.¹⁹

9. El análisis de las diversas categorías de normas jurídicas incorporadas al documento o documentos constitucionales nos llevaría a elaborar una verdadera monografía, por lo que al destacar su complejidad nos limitamos, de acuerdo con el criterio que hemos adoptado, a considerar como normas constitucionales a todas aquellas que, con independencia de su estructura, importancia material o su eficacia, están contenidas en la Constitución formal.

10. Desde este punto de vista genérico hemos señalado en otra ocasión que dichas normas constitucionales se distinguen de las restantes disposiciones jurídicas desde tres puntos de vista: en su aspecto puramente externo o formal, los preceptos fundamentales están consagrados en los documentos expedidos por el poder constituyente y sólo pueden ser modificados a través de un procedimiento especial y riguroso; desde el ángulo de su estructura lógica, como lo puso de relieve Kelsen, son el fundamento de validez de todo el ordenamiento jurídico, y por lo que se refiere a su contenido, poco se distinguen de las normas secundarias u ordinarias, pero se les ha querido revestir formalmente de la dignidad que caracteriza a la supremacía constitucional, por lo que, y al menos ésta es la tendencia de todo documento constitucional, la esencia de sus preceptos radica en los valores supremos de la comunidad política y en la organización de sus poderes supremos.²⁰

II. CONCEPTO DE LA DEFENSA CONSTITUCIONAL

11. Ya hemos señalado que resulta necesario establecer una elaboración sistemática del concepto de defensa constitucional, en virtud de que los diversos sectores que la integran se examinan de manera dispersa en los estudios de teoría constitucional y más recientemente en los dedicados a la justicia y a la jurisdicción constitucional, además de emplearse de manera indiscriminada otras denominaciones como las relativas a las garantías y a los controles de carácter constitucional (ver *supra*, párrafo 4).

¹⁹ Cfr. José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, São Paulo, 1982, pp. 34-50.

²⁰ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "Algunos aspectos de la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano", en el volumen *Comunicaciones mexicanas al VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado*, México, 1971, pp. 278-279.

12. Como una idea provisional y aproximada podemos afirmar que la defensa de la Constitución está integrada por todos aquellos instrumentos jurídicos y procesales que se han establecido tanto para conservar la normativa constitucional como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento y, lo que es más importante, lograr el desarrollo y la evolución de las propias disposiciones constitucionales en un doble sentido: desde el punto de vista de la Constitución formal lograr su paulatina adaptación a los cambios de la realidad político-social, y desde el ángulo de la Constitución material, su transformación de acuerdo con las normas programáticas de la propia carta fundamental. Por este motivo nos atrevemos a sostener que una verdadera defensa constitucional es la que puede lograr la aproximación entre estos dos sectores, que en ocasiones pueden encontrarse muy distanciados: la Constitución formal y la Constitución material.²¹

13. En este sentido, la defensa de la Constitución no debe considerarse sólo desde un punto de vista estático, que concuerda de cierta manera con la idea de *conservación* de la Constitución, cuyo representante más conocido fue Benjamín Constant con su doctrina del órgano neutro, moderador o armónico,²² pero también el abate Sieyès con su Senado Conservador de la Constitución francesa del año VIII (1799),²³ que influyeron en el derecho público del Siglo XIX y trascendieron inclusive en la concepción de Schmitt en relación con un sentido exclusivamente conservador y estático de la defensa constitucional.²⁴

14. La Constitución, tanto en su sentido material, pero también desde el ángulo formal, es forzosamente dinámica, y con mayor razón en nuestra época de cambios acelerados y constantes; por este motivo la defensa de la Constitución, desde la apreciación formal que hemos adoptado, tiene por objeto no sólo el mantenimiento de las normas fundamentales sino también su evolución y su compenetración con la realidad política para

²¹ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, Introducción al estudio de la defensa de la Constitución, cit., *supra* nota 10, p. 91.

²² *Curso de política constitucional* (trad. de F. L. de Yturbe), Madrid, 1968, caps. II y III, pp. 13-30 (primera edición francesa, 1815).

²³ Cfr. André Boldel, *Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des Lois: étude critique comparative Etats Unis-France*, París, 1928, pp. 173 y ss.

²⁴ *La defensa constitucional*, cit., *supra* nota 1, sobre el poder moderador, pp. 163-195; consúltese también el estudio del conocido tratadista argentino Jorge Reinaldo Vanossi, "El poder moderador y el poder de control", en su libro *Teoría constitucional*, Buenos Aires, 1976, t. II, pp. 51-73.

evitar que el documento escrito se convierta en una simple fórmula nominal o semántica, de acuerdo con el profundo pensamiento de Karl Loewenstein,²⁵ es decir, que sólo resulta digno de tutelarse un ordenamiento con un grado razonable de eficacia y de proyección hacia el futuro, y no un simple conjunto de manifestaciones declamatorias.

III. LOS DOS GRANDES SECTORES: PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

15. En una materia tan extensa y compleja es preciso un ensayo de sistematización, y por este motivo, no obstante el convencimiento de que toda división es en cierto modo artificial, consideramos que el concepto genérico de la defensa constitucional puede escindirse en dos categorías fundamentales, que en la práctica se encuentran estrechamente relacionadas: la primera podemos denominarla de manera convencional como *protección de la Constitución*, y la segunda, que ya ha tenido una consagración institucional en varias cartas fundamentales contemporáneas, comprende las llamadas garantías constitucionales.

16. El primer sector, relativo a la *protección de la Constitución*, está integrado por todos aquellos instrumentos políticos, económicos, sociales y de técnica jurídica que han sido canalizados a través de normas de carácter fundamental e incorporados a los documentos constitucionales, con el propósito de limitar el poder y lograr que sus titulares se sometan a los lineamientos establecidos en la propia Constitución. Es decir, con estos instrumentos se pretende lograr la marcha armónica, equilibrada y normal de los poderes públicos y, en general, de todo órgano de autoridad.

17. En un trabajo anterior utilizamos un símil de carácter biológico para describir gráficamente estas categorías de instrumentos de conservación constitucional, y consideramos que se refieren al aspecto *fisiológico* de la ley suprema, en virtud de que los citados tutelares tienen por objeto lograr el adecuado funcionamiento de los órganos del poder.²⁶

²⁵ *Teoría de la Constitución* (trad. de Alfredo Gallego Anabitarte), Barcelona, 1965.

²⁶ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución*, cit., *supra* nota 10, p. 92.

18. La segunda categoría está formada por las llamadas *garantías constitucionales*, estimadas en su sentido estricto y no en el tradicional que identificó dichas garantías con los derechos de la persona humana consagrados constitucionalmente (ver *infra*, párrafos 75-77); es decir, como los medios jurídicos, predominantemente de carácter procesal, que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los propios órganos de poder, a pesar de los instrumentos protectores que mencionamos en el párrafo anterior, los cuales en esta situación han sido insuficientes para lograr el respeto de las disposiciones fundamentales.

19. Utilizando el mismo símil de carácter médico, este segundo sector se puede calificar como el destinado a la corrección de los fenómenos de la *patología constitucional*, en virtud de que se utilizan cuando los medios protectores no han podido lograr el buen funcionamiento de los órganos del poder y, por tanto, la eficacia de las disposiciones fundamentales y, por este motivo, las citadas garantías son necesarias para restablecer el orden jurídico supremo.²⁷

20. Sin embargo, dicho efecto terapéutico, restaurador de los preceptos constitucionales que se encomienda a las garantías constitucionales, no agota todas las funciones que desarrollan, en virtud de que el estudio de las mismas en los regímenes contemporáneos nos demuestra la existencia de una orientación preventiva de dichos instrumentos, que tiende a evitar la alteración del orden jurídico constitucional (movimiento que también se observa en las ciencias de la salud, en las cuales se manifiesta cada vez más una tendencia preventiva en relación con la terapéutica tradicional), y, por otro lado, las mencionadas garantías cumplen de manera creciente una actividad evolutiva en cuanto a la aplicación de las disposiciones fundamentales en el doble sentido que hemos señalado anteriormente (ver *supra*, párrafo 13); es decir, por una parte la paulatina adaptación de los citados preceptos constitucionales a la realidad político-social, y por el otro la modificación de la propia realidad en el sentido señalado por las normas programáticas inscritas en las cartas constitucionales.

21. En este sentido podemos llevar al ámbito constitucional las agudas observaciones del notable tratadista italiano Norberto Bobbio, en cuanto

²⁷ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *op. ult. cit.*, pp. 92-93.

señala las modificaciones que se advierten actualmente en los ordenamientos jurídicos, en los cuales se está superando su carácter exclusivamente represivo para introducir también normas de carácter *promocional* es decir, aquellas que consagraban una situación estrictamente conservadora, para adoptar la transformación innovadora de la situación existente, alentando la conducta positiva de los titulares de los órganos del poder.²⁸

IV. DIVERSOS ASPECTOS DE LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

a) La protección política: división de poderes

22. Señalamos con anterioridad (ver *supra*, párrafo 14) que el primer sector esencial de la defensa constitucional está integrado por un conjunto de instrumentos protectores que tienden a lograr la aplicación correcta y eficaz de los preceptos constitucionales y que estos instrumentos son de carácter político, económico, social y de técnica jurídica, pero canalizados todos ellos por conducto de normas también de carácter constitucional.

23. El primero de estos instrumentos se apoya en el principio, actualmente en crisis en su formulación original, de la división de los poderes o, para decirlo con Carl Schmitt, de la separación de poderes²⁹ (en sentido estricto, de las funciones), y que constituyó el dogma del constitucionalismo clásico del Siglo XIX.³⁰

24. Lo importante en la actualidad no consiste en la separación de las tres funciones esenciales del poder del Estado: administración, legislación y jurisdicción, las cuales fueron señaladas ya por Aristóteles,³¹ sino el empleo de esta separación para encomendar dichas funciones a diversos organismos con el objeto de evitar la concentración del poder, mediante su limitación recíproca, que es la finalidad que le atribuyen los promotores del principio; es decir, John Locke³² y particularmente Carlos Luis de

²⁸ "Funzione promozionale del diritto", en su libro *Della struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, 1977, pp. 130-131.

²⁹ *Teoría de la Constitución*, cit., *supra* nota 11, pp. 217-231.

³⁰ Cfr. Paolo Biscaretti di Ruffià, *Introducción al derecho constitucional comparado* (trad. de Héctor Fix-Zamudio), México, 1975, pp. 53-55.

³¹ *La política* (trad. de Antonio Gómez Robledo), México, 1953, libro IV, cap. XI, pp. 130-131.

³² "De los poderes legislativo y federativo de la República", en *Ensayo sobre el gobierno civil* (trad. de José Carner), México, 1941, cap. XII, pp. 94-96.

Secondat, Barón de Montesquieu,³³ quien influyó decisivamente en las primeras constituciones en sentido moderno; es decir, las expedidas en los Estados Unidos y en la Francia revolucionaria,³⁴ en virtud del concepto de *checks and balances*, pesos y contrapesos, que no obstante las profundas transformaciones de los regímenes contemporáneos todavía debe considerarse como un principio válido.

25. El principio tradicional de la separación tripartita ha sido objeto de severas críticas por la doctrina constitucional de nuestros tiempos y, como un ejemplo, el ilustre tratadista Karl Loewenstein lo consideró como anticuado y, por tanto, superado,³⁵ por su parte los juristas socialistas le niegan toda validez, por considerar que existe la concentración de todo el poder en el organismo legislativo (*soviets* o asambleas populares), en tanto que los restantes organismos sólo tienen facultades delegadas del primero y dependen del mismo,³⁶ de acuerdo con los lineamientos del llamado "gobierno de Asamblea".³⁷

26. Lo que ha ocurrido en realidad es que el dogma trinitario de tres funciones distintas y un solo poder verdadero se ha modificado profundamente en nuestra época, y se ha vuelto mucho más complejo al agregarse otros elementos y formas de limitación del poder; por ello coincidimos con las penetrantes observaciones del destacado tratadista español Manuel García Pelayo, en cuanto considera que no puede afirmarse que el mantenimiento y la funcionalidad jurídico-política de la división clásica de los poderes carezcan de significación, sino que simplemente han modificado su sentido, en cuanto tienen la función de contribuir a la racionalidad del Estado democrático, introduciendo factores de diferenciación y articulación en el ejercicio del poder político por las fuerzas sociales, y de obligar

³³ *El espíritu de las leyes* (trad. de Nicolás Estevanez y Matilde Huici), Buenos Aires, 1951, libro XI, cap. VI, pp. 202 y ss.; sobre la importancia del pensamiento de Montesquieu, *cfr.*, el estudio de Enrico Vidal, *Saggio sul Montesquieu con particolare conessione dell'uomo del diritto e della politica*, Milano, 1950, pp. 178 y ss.

³⁴ *Cfr.* M. S. C. Vile, *Constitutionalism and the separation of powers*, Oxford, 1969, pp. 119-211.

³⁵ *Teoría de la Constitución*, cit., *supra* nota 25, pp. 54-57.

³⁶ Un ejemplo de la negación de la tripartición de las funciones está contenido en el estudio del jurista búlgaro, Juroslav Radew, intitulado "Montesquieu und seine Lehre von der Teilung der Gewalten" (Montesquieu y su teoría de la división de los poderes), en *Staat und Recht* (Estado y derecho), Berlín, diciembre de 1955, especialmente pp. 929-930.

³⁷ Sobre el gobierno de asamblea, *cfr.* Karl Loewenstein, "Constituciones y derecho constitucional en Oriente y Occidente", en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 164, Madrid, marzo-abril de 1969, pp. 35-37.

a los grupos políticamente dominantes a adoptar el contenido de su voluntad a un sistema de formas y de competencias, objetivando así el ejercicio del poder.³⁸

27. En virtud de los cambios mencionados anteriormente se han pretendido descubrir nuevos criterios de distribución del poder, y el mismo García Pelayo considera digna de mención la teoría del jurista alemán W. Steffani,³⁹ quien distingue las siguientes categorías: *a*) división horizontal, que coincide con la tripartición clásica; *b*) la división temporal, o sea la duración limitada y la rotación en el ejercicio del poder público; *c*) la división vertical o federativa, que se refiere a la distribución del poder entre la instancia central y las regionales o locales; *d*) división decisoria —y en esto coincide con Loewenstein, como lo veremos más adelante (ver *infra*, párrafo 35)—; *e*) división social de poderes entre los estratos o grupos de la sociedad.⁴⁰

28. Por lo que se refiere a la división *horizontal*, el notable tratadista Karl Loewenstein analizó la limitación de las funciones de los órganos del poder por conducto de los diversos *controles* de carácter constitucional, cada vez más complejos y que dividió en dos grandes sectores: los que calificó de *intraorgánicos* o autocontroles, y los *interorgánicos* o externos, considerados como restricciones que el constituyente estableció dentro de cada órgano o bien de manera recíproca entre ellos, para lograr su funcionamiento equilibrado.⁴¹

29. En relación con los controles intraorgánicos podemos señalar como ejemplos la división en dos cámaras del órgano legislativo; la separación entre el jefe del Estado y el jefe del gobierno en los gobiernos parlamentarios, y el escalonamiento de los tribunales de diversa jerarquía en el organismo judicial. Por lo que respecta a los calificados como interorgánicos es posible citar, entre muchos otros, el veto suspensivo del titular del ejecutivo presidencial a las leyes expedidas por el legislativo; las

³⁸ "El Estado Social y sus implicaciones", en su libro *Transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, 1977, pp. 68-72.

³⁹ La obra de Steffani citada por García Pelayo se intitula "Gewaltenteilung in demokratisch-pluralistischen Rechtstaat" (La división de poderes de un Estado de derecho democrático y pluralista) y aparece en la obra editada por Rauch H., *Zur heutigen problematik der Gewaltentrennung* (sobre la problemática actual de la separación de los poderes), Darmstadt, 1969, pp. 329 y ss.

⁴⁰ Cfr. Manuel García Pelayo, *El Estado social y sus implicaciones*, cit., *supra* nota 38, p. 60.

⁴¹ *Teoría de la Constitución*, cit., *supra* nota 25, pp. 232-235.

comisiones investigadoras de la administración designadas por el parlamento o la decisión del jefe del Estado, como órgano neutro en los regímenes parlamentarios, para disolver al órgano legislativo en casos de conflicto insuperable con el gobierno; los votos de censura o de apoyo parlamentarios al propio gobierno, etcétera.

30. Estos complicados mecanismos de pesos y contrapesos, cada vez más complejos en las constituciones contemporáneas, deben considerarse como la versión moderna del viejo principio liberal de la división de poderes y que, como hemos visto varios destacados tratadistas prefieren estudiar a través del concepto de los controles constitucionales, los cuales, en nuestra opinión y como lo puso de relieve el clásico estudio del conocido tratadista italiano Sergio Galeotti,⁴² poseen una acepción genérica, que abarca tanto este sistema de pesos y contrapesos, es decir, de instrumentos de protección constitucional, como también a las garantías constitucionales en sentido estricto; en este último sentido la idea de control es utilizada con frecuencia por la doctrina, en especial por lo que se refiere a la tutela de las normas constitucionales encomendada al organismo judicial.⁴³

31. La *duración temporal* y la *rotación* de las funciones que ejercen los titulares de los órganos del poder es uno de los mecanismos a través de los cuales las cartas fundamentales pretenden evitar las extralimitaciones de los citados funcionarios, para lo cual han establecido la periodicidad en el ejercicio de ciertos cargos, particularmente aquellos que dependen de la elección popular o indirecta, señalando lapsos breves en relación con su duración. Sin embargo, uno de los aspectos más sensibles radica no tanto en la temporalidad del ejercicio de los cargos públicos superiores, sino en la posibilidad de la reelección indefinida de sus titulares, y al respecto podemos señalar como ejemplos la consagración expresa de la costumbre constitucional que limitaba la reelección del presidente de Estados Unidos a sólo dos periodos (enmienda vigesimasegunda, 1947) o bien, como ocurre en la Constitución mexicana vigente, que debido a una amarga experiencia histórica se ha prohibido de manera absoluta la reelección del presidente de la República de acuerdo con el artículo 83 de la Constitución federal, cualquie-

⁴² *Introduzione alla teoria dei controlli costituzionali*, Milano, 1963, *Id.*, "Profilo giuridico dei controlli costituzionali" en la obra colectiva *Studi in onore di Guido Zanobini*, vol. III, Milano, 1962, pp. 319-381.

⁴³ *Cfr.* Jorge Reinaldo Vanossi, "Control de constitucionalidad y defensa de la Constitución". en su libro *Teoría constitucional*, cit., *supra* nota 24, t. II, pp. 9-188.

ra que sea la forma del ejercicio del cargo (elección popular, o con el carácter de interino, provisional o sustituto),⁴⁴ y que se ha extendido a los diputados y senadores al Congreso de la Unión para el periodo inmediato (artículo 59).⁴⁵

32. *La división vertical o federativa* señalada por el citado tratadista alemán Steffani (ver *supra*, párrafo 26), implica la tendencia hacia la descentralización territorial del poder con el objeto de establecer o vigorizar las entidades autónomas, y que de manera paradójica coincide con el movimiento contrario que se advierte en la actualidad en los países federales de carácter tradicional —y se observa con mayor fuerza en los latinoamericanos como Argentina, Brasil, México y Venezuela—,⁴⁶ y también con la creciente integración comunitaria en varios países europeos.⁴⁷ Dentro del movimiento descentralizador podemos señalar como ejemplos el establecimiento —o restablecimiento, como el caso de Austria en 1945— de nuevos Estados federales en la segunda posguerra, entre los cuales podemos destacar a la República Federal de Alemania en 1949, y 2 repúblicas federativas en el campo socialista europeo, como Yugoslavia desde 1946 y Checoslovaquia a partir de 1968,⁴⁸ en algunos países africanos (Camerún, Nigeria, Tanzania y Uganda)⁴⁹ y asiáticos (la India, Birmania y Malasia),⁵⁰ así como los sistemas autonómicos de Irlanda del Norte, Gales y Escocia en el Reino Unido, y los movimientos regionalistas que se observan tanto en Bélgica como también en Francia, este último paradigma del Estado Unitario.⁵¹

33. Al lado del federalismo tradicional, también en esta segunda posguerra ha surgido una nueva forma de descentralización política de

⁴⁴ Cfr. Felipe Tena Ramírez, *Derecho constitucional mexicano*, 17a. ed., México, 1980, pp. 455-499; Jorge Carpizo, *El presidencialismo mexicano*, 2a. ed., México, 1979, pp. 55-61.

⁴⁵ Cfr. Diego Valadés, "El poder legislativo en México (1950-1975)", en *Evolución de la organización político-constitucional en América Latina*, vol. 1, México, 1978, pp. 56-59.

⁴⁶ Cfr. Jorge Carpizo, *Federalismo en Latinoamérica*, México, 1973, pp. 77-78.

⁴⁷ Cfr. Raúl Morodo, "La integración jurídica europea" en *Federalismo y federalismo europeo*, Madrid, 1965, pp. 299-319.

⁴⁸ Cfr. Charles Durand, "El Estado federal en el derecho positivo", en *op. ult. cit.*, pp. 171-213. Puede consultarse además el excelente libro comparativo de Robert R. Bowie y Carl S. Friedrich, *Estudios sobre el federalismo* (trad. de Susana Barrancos), Buenos Aires, 1958.

⁴⁹ Cfr. Gérard Conac, "Le rôle du fédéralisme dans l'évolution constitutionnelle des Etats d'Afrique Noire", en *Las instituciones constitucionnelles des Etats d'Afrique francophone et de la République Malgache*, París, 1979, pp. 248-280.

⁵⁰ Cfr. José Alfredo de Oliveira Baracho, *Teoria Geral do Federalismo*, Belo Horizonte, Minas Gerais, 1982, pp. 227-233.

⁵¹ Cfr. José Alfredo de Oliveira Baracho, *op. ult. cit.*, pp. 145-150.

carácter territorial, o sea el llamado *Estado regional*, que se introdujo en la Constitución italiana, que entró en vigor en enero de 1948 (artículos 114-133), en la cual se establecieron dos tipos de regiones, aquéllas con régimen especial y que requirieron para su constitución de la expedición de leyes constitucionales (Sicilia, Cerdeña, Trentino-Alto Adigio, Friuli-Venezia Giulia y el Valle de Aosta, artículo 116), establecidas entre 1948 y 1963, y las quince restantes que se crearon por leyes ordinarias e iniciaron su funcionamiento hasta 1970.⁵²

34. El sistema regional fue acogido con aspectos peculiares, en la Constitución portuguesa de 25 de abril de 1976 (artículos 227-236), para las regiones de las islas Azores y Madeira,⁵³ y con posterioridad en la Constitución española, que entró en vigor el 29 de diciembre de 1978 (artículos 143-158), en la inteligencia de que por una parte se han expedido decretos que regulan los regímenes preautonómicos de numerosas provincias⁵⁴ y se han aprobado los estatutos de cuatro regiones autónomas, es decir, los del País Vasco y de Cataluña, según *referenda* simultáneos de 25 de octubre de 1979; así como el de Galicia y el de Andalucía, estos últimos, según *referenda* de 21 de diciembre de 1980 y 20 de octubre de 1981.⁵⁵

35. *La división de las decisiones de los órganos del poder* ha sido objeto de preocupación por la doctrina contemporánea, y si bien en este campo ha predominado el análisis de sociología política, desde el ángulo normativo también podemos señalar varios instrumentos tutelares y al respecto citamos nuevamente al ilustre Loewenstein, quien consideró que la tripar-

⁵² Cfr. Paolo Biscaretti di Ruffià, *Diritto costituzionale*, 12a. ed.; Napoli, 1981, pp. 672-712, además el excelente análisis intitulado "L'esperienza regionale ed i problemi degli enti locale", en el libro de los tratadistas italianos Paolo Barile y Carlo Macchitella, *I nodi della Costituzione*, Torino, 1979, pp. 142-148; y el agudo estudio de Antonio La Pergola, "Federalismo y regionalismo: el caso italiano", en *Federalismo y regionalismo*, Madrid, 1978, pp. 167-196.

⁵³ Cfr. J. J. Gomes Canotilho y Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa, Anotada*, Coimbra, 1980, pp. 413-436; Jorge Miranda, *A Constituição de 1976*, Lisboa, 1978, pp. 435-438.

⁵⁴ Las entidades que poseen estatutos de preautonomía son: Aragón, Archipiélago Canario; Valencia; Archipiélago Balear, Extremadura; Castilla y León; Asturias; y Región Castellano-Manche-ga. Cfr. Juan Ferrando Badía, "Del Estado unitario al Estado autonómico", en *Revista del Departamento de Derecho Político*, núm. 5, Madrid, invierno de 1979-1980, pp. 7-19.

⁵⁵ La bibliografía es muy extensa, por lo que nos limitamos a citar algunos trabajos en vía de ejemplo: Gumersindo Trujillo (editor), *Federalismo y regionalismo*, Madrid, 1979; Óscar Alzaga, *La Constitución española de 1978*, Madrid, 1978, pp. 841-909; Adolfo Serrano de Triana, "La Constitución y la administración autonómica", en *Lecturas sobre la Constitución española*, t. II, Madrid, 1978, pp. 241-266; Jesús Leguina Villa, "Las Comunidades Autónomas", en *La Constitución española de 1978*, Madrid, 1980, pp. 739-796.

tición clásica debería sustituirse por otra moderna, también en tres sectores: a) la decisión política conformadora o fundamental (*policy determination*), b) la ejecución de la decisión (*policy execution*), y c) el control político (*policy control*).⁵⁶

36. En esta misma dirección el notable tratadista francés Maurice Duverger ha elaborado la sugestiva teoría de la división entre el *poder del estado*, que significa el fenómeno contemporáneo de la concentración de los poderes de decisión en los mismos órganos, aun cuando después se distribuya en varios sectores (gobierno, asambleas, tribunales) y el que califica de *poder tribunicio* —en recuerdo de las facultades de *intercessio* del tribuno romano—,⁵⁷ que resultan del poder público de oposición en contra de los gobiernos mayoritarios y que no sólo pueden impedir, sino inclusive influir sobre las decisiones de la mayoría.⁵⁸

37. Lo anterior nos lleva a mencionar brevemente los recientes estudios que se han elaborado sobre el papel de la oposición en toma de decisiones de los órganos del poder cuyos titulares corresponden al sector político mayoritario y, por ello, la citada oposición actúa como un mecanismo de contrapeso y de limitación respecto a dichos órganos. En esta materia podemos mencionar los agudos análisis de los tratadistas españoles Pedro Vega y Juan Ferrando Badía⁵⁹ y del italiano Giuseppe de Vergottini.⁶⁰ Son varios los ordenamientos contemporáneos que han institucionalizado a la oposición otorgándole una verdadera función constitucional, cuya actividad es necesaria para canalizar la opinión contraria a la de la mayoría, así como su participación en las decisiones esenciales de carácter jurídico-político, e inclusive la posibilidad de una orientación alternativa.

⁵⁶ *Teoría de la Constitución*, cit., *supra*, nota 25, p. 62.

⁵⁷ Un trabajo reciente sobre esta institución es el del profesor Guillermo F. Margadant, "El tribunado de la plebe: un gigante sin descendencia", en *Revista de la facultad de derecho de México*, núm. 93-94, enero-junio de 1974, pp. 219-256.

⁵⁸ *La Monarchie Republicaine, ou comment les democraties se donne les rois*, París, 1974, pp. 198-209.

⁵⁹ Cf. Pedro de Vega, "Para una teoría política de la oposición", en su libro *Estudios políticos-constitucionales*, México, 1980, pp. 9-45; Juan Ferrando Badía, *La democracia en transformación*, Madrid, 1973, pp. 157-228; y posteriormente en su libro *Democracia frente a autocracia*, Madrid, 1980, pp. 267-319.

⁶⁰ "La forma de gobierno de oposición garantizada" (trad. de Faustino González), en *Revista de estudios políticos*, núm. 9, Madrid, 1979, pp. 5-41; *Id.*, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, 1981, pp. 249-262.

38. Es muy complicado resumir el análisis de los instrumentos jurídicos que varias cartas fundamentales han establecido para lograr la conformación, que con acierto denomina Vergottini como *oposición garantizada*, ya que dichos medios normativos son muy variados, pues van desde la obligación de integrar las comisiones parlamentarias con los miembros de los partidos minoritarios; la necesidad de un voto de mayoría calificada en la aprobación de leyes que se consideran de gran trascendencia (las llamadas leyes orgánicas en los derechos francés y español);⁶¹ el derecho de los representantes minoritarios para impugnar ante los tribunales constitucionales las leyes aprobadas por la mayoría;⁶² hasta llegar al ejemplo del derecho británico que, primero a través de una costumbre constitucional y a partir de 1937 por conducto de una disposición legislativa (*Ministers of the Crown Act*), incorpora al principal partido de oposición como órgano constitucional (oposición de su Majestad), el cual puede formar lo que se ha denominado “gabinete en la sombra” (*Shadow Cabinet*).⁶³

b) Regulación de los recursos económicos y financieros

39. Un segundo sector de instrumentos protectores está relacionado con la regulación constitucional de los recursos económicos y financieros, para evitar que sean utilizados de manera discrecional por los órganos del poder, especialmente por el ejecutivo, al cual corresponde la dirección de

⁶¹ Excelente estudio de Tomás-Ramón Fernández, sobre los ordenamientos francés y español, en su libro *Las leyes orgánicas y El bloque de la constitucionalidad*, Madrid, 1981, pp. 15-95.

⁶² Así, podemos mencionar que por reforma a los artículos 61, de la Constitución francesa de 1958 y 18 de la Ley orgánica del Consejo Constitucional, por medio de los decretos legislativos publicados el 4 de octubre y 26 de diciembre de 1974, respectivamente se estableció una instancia (*saisine*) ante el propio Consejo Constitucional que pueden plantear un grupo de parlamentarios a través de uno o varios escritos, con la firma cuando menos de sesenta diputados o sesenta senadores, para reclamar la inconstitucionalidad preventiva de las leyes expedidas por el Parlamento y que ha tenido una gran importancia de carácter práctico; además, según los artículos 93, fracción 1, inciso 2), de la Ley fundamental de la República Federal de Alemania, y 13, inciso 6: 76-79 de la Ley orgánica del Tribunal Federal Constitucional, puede interponer la acción directa de inconstitucionalidad (*abstrakte Nonnenkontrolle*) de la legislación federal o local, además del gobierno federal o de un gobierno local, y una tercera parte de los miembros del Congreso Federal (*Bundestag*); y finalmente, de acuerdo con la ley federal que entró en vigor el primero de julio de 1976, se extendió la legitimación activa ante la Corte Constitucional austriaca para solicitar, el control abstracto de las disposiciones legislativas, a un tercio de los miembros de los parlamentos tanto de la federación como de las entidades federativas, además de los titulares de los gobiernos respectivos. Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, México, 1980, pp. 36-75.

⁶³ Cfr. El documentado libro del tratadista italiano Giuseppe de Vergottini, *Lo Shadow Gabinete. Saggio comparativo sur rilievo costituzionale della opposizione nel regime parlamentario británico*, Milano, 1973, *Id.*, *Diritto costituzionale comparato*, cit., *supra*, nota 60, pp. 370-377.

la política de los recursos del Estado. Por este motivo, la mayoría de las constituciones contemporáneas contienen varias disposiciones e inclusive en algunos casos, capítulos especializados, sobre esta materia, que se pueden agrupar bajo la denominación de "derecho constitucional económico".⁶⁴

40. Debemos recordar que los cuerpos representativos surgieron históricamente con la primordial función de autorizar a los monarcas para recabar impuestos y efectuar los gastos correspondientes, dentro de determinados límites establecidos por el mismo organismo parlamentario; lo que ha conformado de manera paulatina los principios generales de las facultades del organismo legislativo sobre los recursos económicos y financieros, tales como los relativos a la presentación y aprobación anual de los presupuestos de ingresos y de egresos y la revisión, también anual, del gasto público y, lo que es más importante en la actualidad, el establecimiento de los límites de la deuda pública, todo ello dentro del llamado "poder de la bolsa", que corresponde al propio organismo legislativo, particularmente significativo en esta época en la que se advierte una tendencia generalizada a la supremacía del ejecutivo aun en los países tradicionalmente parlamentarios.⁶⁵

41. Por otra parte, las cartas fundamentales contemporáneas contienen la consagración de disposiciones de principio sobre la estructura y directivas de la vida económica del Estado, y así en países socialistas se toma como punto de partida el sistema calificado de *economía centralmente planificada*; para citar como ejemplo el modelo de la Constitución soviética de 1977, ésta contiene todo un capítulo, el segundo, que regula el sistema económico, apoyándose en la propiedad socialista de los medios de producción (artículo 10) dirigida a través de los planes estatales de desarrollo económico y social (artículo 16).⁶⁶

42. En los ordenamientos constitucionales occidentales calificados también de capitalistas o burgueses, se consagra constitucionalmente el

⁶⁴ Ya la Constitución alemana de Weimar de 1919 estableció un capítulo sobre la vida económica, cfr. Ottmar Bühler. *La Constitución alemana de 11 de agosto de 1919* (trad. de José Rovira Armengol), Barcelona, 1931, pp. 139-150.

⁶⁵ Sobre los orígenes del parlamentarismo, entre otros, Segundo V. Linares Quintana, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, t. VIII, Buenos Aires, 1943, p. 41 y ss.

⁶⁶ Cfr. Paolo Biscaretti di Ruffià y Gabriele Crespi Reghizzi, *La Costituzione soviética de 1977*, Milano, 1979, pp. 134-144.

principio de lo que se califica como *economía de mercado o economía mixta*, en la cual se pretende lograr un equilibrio entre los sectores privados que conservan ciertos factores de la producción y la dirección pública de la economía —y al respecto podemos señalar como ejemplo los principios establecidos por los artículos 38 (iniciativa empresarial) y 128, inciso 2 (iniciativa pública), de la Constitución española de 1978—,⁶⁷ sin que se excluya tampoco la posibilidad de la planificación económica, pero esta última no tiene carácter de obligatoriedad absoluta como el de los regímenes socialistas, sino que se considera de carácter indicativo, sin que ello signifique que sea potestativa.⁶⁸

43. Lo anterior por lo que se refiere a los principios básicos del régimen económico consagrado en la carta fundamental, pero por lo que respecta a los lineamientos financieros, las propias constituciones generalmente consignan reglas, inclusive minuciosas, para determinar las categorías impositivas y lineamientos sobre las inversiones públicas y privadas, incluyendo también las formas de explotación de los recursos naturales renovables y no renovables, etcétera; lineamientos que se complican de manera considerable en los países en los cuales existe descentralización territorial ya sea federal o regional, en virtud de que la distribución de los propios recursos financieros ha resultado complicada, en particular por la tendencia inevitable hacia la concentración económica en las autoridades centrales en detrimento de las de carácter local, lo que ha determinado la consagración, inclusive en las mismas normas constitucionales, de complicados sistemas técnicos de redistribución, que entre otros nombres ha recibido la denominación generalmente aceptada de *federalismo cooperativo*, y que puede extenderse también a los sistemas que reconocen la existencia de regiones autónomas, como lo demuestra el reciente y excelente volumen que contiene los estudios sobre la división de competencias económicas en los federalismos angloamericanos (Estados Unidos y Canadá) y germánicos (Suiza, Alemania y Austria), así como en los Estados regionales (Italia, el proyecto inglés y España).⁶⁹

⁶⁷ Cfr. Massimo Morisi, "Aspectos esenciales de la relación entre Estado y economía en una Constitución de la crisis", en la obra colectiva dirigida por Alberto Pedreiri y Eduardo García de Enterría, *La Constitución española de 1978*, Madrid, 1980, pp. 363-407; Ramón García Cotarelo, "El régimen económico-social de la Constitución española", en la obra colectiva coordinada por Tomás-Ramón Fernández, *Lecturas sobre la Constitución española*, 2a. ed., Madrid, 1979, t. I, pp. 60-83.

⁶⁸ Cfr. Agustín Gordillo, *Introducción al derecho de la planificación*, Caracas, 1981, especialmente pp. 37-65.

⁶⁹ Estudios dirigidos por el destacado jurista español Eduardo García de Enterría, *Distribución de las competencias económicas entre el poder central y las autonomías territoriales en el derecho comparado y en la Constitución española*, Madrid, 1980.

44. No es nuestro propósito hacer un análisis de las cuestiones económicas reguladas por las constituciones contemporáneas, sino exclusivamente destacar la trascendencia que estas materias han adquirido en las mismas cartas fundamentales, planteándose entonces el problema de los medios que se han establecido para lograr la tutela de dichas normas, extremadamente complejas, además de los sistemas tradicionales relativos al examen y aprobación anual por parte del organismo legislativo de los presupuestos de ingresos y de egresos, así como el análisis del gasto y de la deuda públicos. Como se trata de disposiciones que en su mayoría son de carácter técnico, en nuestro concepto no es suficiente la vigilancia de tipo político como la que funciona a través de los sistemas de control popular que existen en los países socialistas, y para acudir nuevamente al modelo soviético se puede citar al respecto la Ley federal del control popular, expedida el 30 de noviembre de 1979.⁷⁰

45. Tenemos el convencimiento de que los instrumentos que pueden tutelar con mayor eficacia las disposiciones económicas fundamentales son los organismos técnicos permanentes que reciben los nombres de *tribunales de cuentas y de contralorías generales*, pues no obstante el nombre de los primeros, sus funciones no son jurisdiccionales sino en mínima parte, ya que su actividad está dirigida al análisis de los recursos económicos y financieros que manejan los organismos públicos.

46. Por lo que respecta a los propios tribunales de cuentas, es posible señalar como ejemplos los regulados por las constituciones de la República Federal de Alemania (artículo 114, inciso 2), de Italia (artículo 100), de Portugal (artículo 219) y de España (artículo 136), todos los cuales realizan una actividad permanente en el examen y fiscalización de las cuentas y de la gestión económica del Estado, y en términos generales dependen, con cierto grado de autonomía, de los organismos legislativos, ante los cuales rinden sus informes sobre las infracciones y responsabilidades en que hubieren incurrido los funcionarios encargados del manejo de los recursos públicos.⁷¹

⁷⁰ Cfr. Michel Mouskhély, "Le système soviétique de contrôle", en *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, París, mayo-junio de 1965, pp. 500 y ss.; y para los restantes países socialistas: L. Török, *The Socialist System of State Control*, Budapest, 1974.

⁷¹ El artículo 114, inciso 2, de la ley fundamental de la República Federal de Alemania dispone: "El Tribunal Federal de Cuentas, cuyos miembros gozarán de independencia judicial, revisará las cuentas, así como el carácter económico y la legalidad de la gestión presupuestal y económica. Además, deberá informar directamente todos los años, no sólo al Gobierno Federal, sino también al Parlamento Federal y al Consejo Federal. Por lo demás, las atribuciones del Tribunal Federal de Cuentas serán reguladas por la ley federal." El artículo 100 de la Constitución italiana, dispone en su parte conducente:

47. Una función fiscalizadora similar realizan los organismos que reciben la denominación de contralorías generales, entre las cuales podemos citar en América Latina a la Contraloría General de la República de Chile, que además de las atribuciones de vigilancia e inspección del manejo de los fondos públicos posee la muy importante de pronunciarse sobre la constitucionalidad y legalidad de los decretos supremos del Ejecutivo.⁷²

**c) La institucionalización de los factores sociales:
grupos de interés, grupos de presión y partidos políticos**

48. El estudio de los grupos de interés y de presión, así como su influencia para impedir o para obtener determinadas decisiones políticas, ha sido objeto de estudio muy amplio, particularmente por los sociólogos y los cultivadores de la ciencia política tanto de Estados Unidos como de Europa Occidental, por lo que no incurrimos en el defecto de examinar superficialmente un tema tan conocido. Lo que interesa para el presente análisis panorámico es la institucionalización jurídica de tales grupos, inclusive en las normas de las constituciones contemporáneas, y debemos recordar que fue la Constitución federal mexicana de 1917 la que elevó a rango fundamental el reconocimiento de los derechos y de la personalidad jurídica de los sectores más débiles, es decir de los trabajadores y de los campesinos, a través de los sindicatos y de las comunidades agrarias, dotándolos de mecanismos jurídicos para la defensa de tales derechos,

"El Tribunal de Cuentas ejerce la intervención preventiva de la legalidad en los actos del Gobierno y también la fiscalización de la gestión del presupuesto del Estado. Participa, en los casos y en las formas establecidas por la ley, en el examen de la gestión financiera de los entes a los que el Estado subvenciona ordinariamente. Informa directamente a las Cámaras acerca del resultado de la verificación efectuada ..."

El artículo 219 de la Constitución portuguesa, preceptúa: "Compete al Tribunal de Cuentas dictaminar sobre la Cuenta General del Estado, fiscalizar la legalidad de los gastos públicos y examinar las cuentas que la ley le somete." Finalmente, el artículo 136 de la Constitución española, establece: "El Tribunal de Cuentas es el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado, así como el sector público. Dependerá directamente de las Cortes Generales y ejercerá sus funciones por delegación de ellas en el examen y comprobación de la Cuenta General del Estado. Las cuentas del Estado y del sector público estatal se rendirán al Tribunal de Cuentas y serán censuradas por éste. El Tribunal de Cuentas, sin perjuicio de su propia jurisdicción, remitirá a las Cortes Generales un informe anual en el que, cuando proceda, comunicará las infracciones o responsabilidades en que, a su juicio, se hubiere incurrido. 3. Los miembros del Tribunal de Cuentas gozarán de la misma independencia e inamovilidad y están sometidos a las mismas incompatibilidades que los jueces. 4. Una ley orgánica regulará la composición, reorganización y funciones del Tribunal de Cuentas."

⁷² La Contraloría General chilena está reglamentada por la ley (texto refundido) publicada el 10 de junio de 1964, y sus lineamientos esenciales fueron incorporados a los artículos 87-89 de la Constitución de 11 de septiembre de 1980. Cfr. Enrique Silva Cimma. "La Contraloría General de la République chilienne", en *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étrangere*, París, marzo-abril de 1961, pp. 286-291.

como la huelga para los primeros (artículo 123, apartado A, fracción XVIII) y la solicitud de restitución o dotación de tierras y aguas (artículo 27, fracción X) para los segundos; pero también se reconoció el derecho de asociación gremial a los empresarios (artículo 123, apartado A, fracción XVI).⁷³

49. También en la primera posguerra la Constitución alemana de Weimar, de 1919, siguió a la mexicana en cuanto a la consagración de derechos sociales de carácter constitucional y los mecanismos de su defensa jurídica,⁷⁴ pero en particular en esta segunda posguerra, prácticamente todas las cartas fundamentales de los países occidentales reconocen la existencia de los diversos grupos sociales y procuran la conciliación de sus intereses divergentes, a través de un conjunto de mecanismos con los cuales se pretende lograr una redistribución de bienes y servicios, conformando lo que se ha denominado *Estado social de derecho*, pero que también se define como Estado benefactor, promotor, distribuidor, *manager*, etcétera, con su equivalente, el *Welfare State* en el vocabulario jurídico-político angloamericano.⁷⁵

50. También en los países socialistas se reconoce constitucionalmente la existencia de grupos sociales, pero desde una perspectiva diversa, ya que, como lo dispone el artículo 19 de la Constitución soviética de 1977, el Estado favorece el reforzamiento de la homogeneidad social de la sociedad, la supresión de las diferencias de clase, de las diferencias sustanciales entre la ciudad y el campo y entre el trabajo intelectual y el físico; pero aun dentro de esta pretensión de uniformación de la sociedad socialista (que está muy lejos de alcanzarse) se establece en el diverso artículo 7 que los sindicatos, la Unión Comunista Leninista de la Juventud, las organizaciones cooperativas y otras organizaciones sociales participen, de conformidad a sus propias funciones estatutarias, en la administración de los

⁷³ En relación con el nacimiento y desarrollo de los derechos sociales consagrados en la carta federal de 1917, pueden citarse, entre otros, los siguientes trabajos: Alberto Trueba Urbina, *La primera Constitución político-social del mundo*, México, 1971; *Id. Derecho social mexicano*, México, 1978; Lucio Mendieta y Núñez, *Derecho Social*, 3a. ed., México, 1980; José Campillo Sainz, *Los derechos de la persona humana. Los derechos sociales*, México, 1962; Salvador Reyes Nevares, "Apunte histórico sobre los derechos sociales", en *Los Derechos sociales del pueblo mexicano*, México, 1979, t. 1, pp. 145-252.

⁷⁴ Cfr. Ottmar Bühler, *La Constitución alemana*, cit., *supra*, nota 64, pp. 121-129.

⁷⁵ Cfr. entre otros, Manuel García Pelayo, *El Estado social y sus aplicaciones*, cit., *supra*, nota 38, pp. 13-82.

negocios estatales y sociales y en la decisión de las cuestiones políticas, económicas y socioculturales.⁷⁶

51. Son extremadamente complejos los mecanismos que permiten la participación de los grupos sociales, ya sea de interés, de presión o los inarticulados (titulares de los llamados intereses difusos), en la defensa de sus derechos constitucionalmente establecidos, por lo que, como en ocasiones anteriores y por la imposibilidad de hacer referencia a los más importantes, sólo destacaremos algunos de ellos: *a*) la utilización de instrumentos de democracia semidirecta para decidir sobre reformas constitucionales o para iniciarlas, y *b*) la formación de consejos económicos y sociales como organismos de consulta y de defensa de los derechos e intereses constitucionales de los grupos sociales.

52. Entre las instituciones de democracia semidirecta para la defensa de los valores supremos de carácter constitucional podemos citar el *referéndum constitucional*, a través del cual los diversos sectores sociales se pronuncian sobre las modificaciones al texto constitucional, para aprobarlas o rechazarlas, decidiendo así la conservación o el cambio en los citados valores jurídicos fundamentales; institución que se consagra entre otros ordenamientos en las cartas fundamentales de Italia de 1948 (artículo 138),⁷⁷ la francesa de 1958 (artículo 11)⁷⁸ y la austriaca de 1920, restablecida en 1945 (artículo 46).⁷⁹

53. Además del anterior, se ha establecido otro instrumento de creación jurídica constitucional, con el nombre de *iniciativa popular*, prevista por el artículo 71 de la Constitución italiana de 1948,⁸⁰ y por los artículos 120 y 121 de la Constitución suiza de 1874; ordenamiento en el cual se ha utilizado con frecuencia,⁸¹ por conducto de la cual un grupo de ciudadanos puede proponer la modificación o reforma de disposiciones fundamentales.

⁷⁶ Cfr. A. I. Shivayev, "The Constitution of Developed Socialism and Trade Unions", y B. N. Pastukhov, "The Leninist Young Communist League: a Rialable Helper and Militant Reserve of the CPSU", ambos en *The Fundamental Law of the URSS* (trad. al inglés por Lenina Ilitskaya), Moscú, 1980, pp. 288-300 y 301-316, respectivamente.

⁷⁷ Cfr. Paolo Biscaretti di Ruffià, *Diritto costituzionale*, cit., *supra*, nota 52, pp. 413-424.

⁷⁸ Cfr. André Hauriou, *Derecho constitucional e instituciones políticas* (trad. de José Antonio González Casanova), Barcelona, 1971, pp. 543-548.

⁷⁹ Cfr. Friedrich Koja, "Il concetto di Costituzione di Hans Kelsen e lo sviluppo del diritto costituzionale austriaco", en *Diritto e società*, Padova, enero-marzo de 1981, pp. 97-115.

⁸⁰ Cfr. Paolo Biscaretti di Ruffià, *Diritto costituzionale*, cit., *supra*, nota 52, pp. 412-413.

⁸¹ Cfr. Alberto Antonio Spota, *Democracia directa o semi-directa en Suiza (El Landsgemeinde, el referéndum, la iniciativa popular o Volksbegehren)*, Buenos Aires, 1971, especialmente, pp. 93-94.

54. Otro instrumento que no puede servir de ejemplo es el de la formación de consejos económicos y sociales para la tutela de los derechos e intereses constitucionales de sus integrantes antes los poderes públicos, los cuales generalmente están obligados a consultarlos antes de tomar medidas que los afecten. En la Constitución de Weimar de 1919 se crearon los Consejos Supremos del Trabajo (que agrupaban a empresarios y trabajadores) y el Consejo Supremo de la Economía (formado por los grupos profesionales imperantes de acuerdo con su significación económica y social) (artículo 165).⁸² Esta experiencia se reiteró en varios ordenamientos de la segunda posguerra, y en esta dirección podemos mencionar el Consejo Económico Social, regulado por los artículos 69-71 de la Constitución francesa de 1958, reglamentados por la ordenanza de 29 de diciembre del mismo año;⁸³ el Consejo Nacional de la Economía y del Trabajo, consagrado por el artículo 99 de la Constitución itilajana de 1948, regulada por la ley de 5 de enero de 1957 (el que se considera como un órgano auxiliar del gobierno),⁸⁴ y también podemos señalar, aun cuando carezca de rango constitucional, la Cámara Federal para la industria, el comercio y el artesanado, y las Cámaras de Trabajadores, reguladas por el ordenamiento austriaco.⁸⁵

55. En los consejos que hemos señalado (que no tienen ninguna relación con los organismos corporativos de los sistemas autoritarios del fascismo italiano, nacionalsocialismo alemán, o las dictaduras salazarista y franquista) están representados los principales grupos con intereses económicos y sociales, para la defensa de sus respectivos derechos e intereses, consagrados en las cartas fundamentales, que si bien poseen carácter exclusivamente consultivo, sus puntos de vista deben tomarse en consideración para pronunciar decisiones o expedir disposiciones legislativas que los afecten.⁸⁶

56. *El régimen jurídico de los partidos políticos* se aproxima al sector de la protección política relacionada con la división de las funciones (ver

⁸² Cfr. Ottmar Bühler, *La Constitución alemana*, cit., *supra*, nota 64, pp. 149-150.

⁸³ Cfr. André Hauriou, *Derecho constitucional*, cit., *supra*, nota 78, pp. 646-648.

⁸⁴ Cfr. Norberto Bobbio y Franco Pierandrei, *Introduzione a la Costituzione*, 12a. ed., Bari, 1971, pp. 154-155.

⁸⁵ Cfr. Hans Peter Rill, "L'Austria come Stato moderno interventista e sociale", en *Diritto e Società*, Padova, enero-marzo de 1981, pp. 128-145.

⁸⁶ Cfr. Diego Valadés, "Una reforma institucional", en *Anuario Jurídico*, IX (1982), México, 1982, pp. 697-714.

supra, párrafos 25-37), primero debido a que la actividad de los propios partidos influye decisivamente en la práctica de los sistemas de gobierno establecidas por las cartas constitucionales y, en segundo lugar, porque la regulación normativa de los propios partidos se incorpora de manera creciente a las disposiciones fundamentales. Sin embargo, durante un largo periodo histórico los estatutos de las organizaciones políticas estuvieron al margen de las cartas constitucionales, que sólo se ocupaban de los sistemas electorales y de la representación parlamentaria, esta última en crisis precisamente por la incorporación de los propios partidos a las funciones constitucionales.⁸⁷

57. Esta institucionalización jurídica de los partidos ha producido importantes consecuencias sobre la organización política, la que a su vez ha influido decididamente en la regulación de los propios partidos y en los sistemas electorales estrechamente vinculados con los mismos; por ello afirma Maurice Duverger, en su clásico libro, que el desarrollo de los partidos ha transformado profundamente la estructura de los regímenes políticos y, por ello también, los ordenamientos constitucionales.⁸⁸ A veces suele olvidarse que esta transformación no sólo ha sido en la realidad política sino también en las disposiciones normativas, incluyendo las constitucionales, y por ello no compartimos plenamente la afirmación del propio Duverger, en el sentido de que quien conoce el papel de los partidos e ignora el derecho constitucional clásico tiene una visión incompleta, pero exacta, de los regímenes políticos contemporáneos,⁸⁹ en virtud de que ese conocimiento no sólo es incompleto sino también incorrecto, debido a la interdependencia de ambos sectores.

58. Nos apoyamos en la profusa legislación sobre los partidos políticos, ya que, como lo afirma Giovanni Sartori en su magnífico estudio, existen más de cien Estados en los que, al menos sobre el papel, existe algún tipo de disposición legislativa sobre los partidos.⁹⁰ Pero es todavía más importante la tendencia, cada vez más vigorosa, para incorporar el régimen jurídico de los partidos políticos en las disposiciones constitucionales, en

⁸⁷ *Cfr.* El reciente estudio del tratadista español Antonio Torres del Moral, "Crisis del mandato representativo", en *Revista de Derecho Político*, núm. 14, Madrid, verano de 1982, pp. 7-30.

⁸⁸ *Los partidos políticos* (trad. de Julieta Campos y Enrique González Pedrero), México, 1957, pp. 416-445.

⁸⁹ *Op. ult. cit.*, pp. 446-451.

⁹⁰ *Partidos y sistemas de partidos* (trad. de Fernando Santos Fontela), Madrid, 1980, t. I, p. 151.

las cuales se consignan los fines, la estructura y las funciones de los propios partidos políticos. Como simple ejemplo podemos señalar los preceptos de las constituciones de Italia de 1948 (artículo 49), de la República Federal de Alemania de 1949 (artículo 21), de Francia de 1958 (artículo 60.), así como el proyecto de Constitución federal suiza publicada en 1977 (artículo 68), a las cuales debemos agregar las más recientes cartas fundamentales de Latinoamérica, de las cuales citaremos sólo algunas como la de Brasil de 1967, reformada en 1969 (artículo 152), la de Ecuador de (1978) (artículos 37 y 38), y la de Perú de 1979 (artículos 68-71).⁹¹

59. Por supuesto que en los ordenamientos socialistas el partido comunista desempeña una función muy importante de carácter constitucional, particularmente en defensa del ordenamiento fundamental, ya que no existen grupos políticos opositores y menos aún contradictores del sistema, no obstante que algunos ordenamientos constitucionales socialistas admiten teóricamente la posibilidad de los primeros. Como ejemplo podemos citar lo dispuesto por la parte relativa del artículo 60. de la Constitución soviética de 1977, según el cual: "El Partido comunista de la Unión Soviética es la fuerza que dirige y orienta a la sociedad soviética, el núcleo de su sistema político, y de las organizaciones estatales y sociales." A su vez, el artículo 20. de la Constitución de la República Popular China, aprobada el 5 de marzo de 1978, establece también en su parte relativa: "El Partido Comunista de China es el núcleo dirigente de todo el pueblo chino. La clase obrera ejerce su dirección sobre el Estado a través de su destacamento de vanguardia, el Partido Comunista de China ..."⁹²

60. Esta tendencia irreversible hacia el reconocimiento constitucional de los partidos políticos y su regulación en los textos fundamentales, posee un significado ambivalente en cuanto al problema de la protección de las disposiciones de las cartas constitucionales, pues si bien por una parte los partidos son los instrumentos necesarios para la conducción de la vida

⁹¹ Sobre este fenómeno de la constitucionalización de los partidos políticos, puede consultarse la extensa bibliografía que consigna Paolo Biscaretti di Ruffia, *Diritto Costituzionale*, cit., *supra*, nota 52, pp. 805-832. También pueden consultarse los excelentes trabajos presentados en el Simposium Internacional sobre Constitucionalización de los Partidos Políticos, efectuado en la Universidad de Salamanca, España, durante los días 19-23 de abril de 1977; trabajos contenidos en el volumen editado por el distinguido tratadista español Pedro de Vega, con el título de *Teoría y práctica de los partidos políticos*, Madrid, 1977.

⁹² Cfr. Manuel García Álvarez. "Partido y Estado en las constituciones socialistas", en *Teoría y práctica de los partidos políticos*, cit. nota anterior, pp. 331-353.

política, al mismo tiempo pueden desvirtuar en la práctica los valores constitucionales, y por ello esta misma consagración constitucional plantea varios problemas de difícil solución señalados por la doctrina.⁹³ Así se produce la situación contradictoria de que si bien los partidos pueden tutelar las disposiciones constitucionales, por otra parte, es preciso proteger dichas normas contra la acción de los partidos, de manera que los preceptos fundamentales y las normas legislativas que los reglamentan han establecido principios concretos para el debido funcionamiento de los mismos dentro del cauce de los valores fundamentales de carácter constitucional, como son los relativos a la exigencia de su estructura y fines democráticos, su acceso a los medios de comunicación y el financiamiento de sus actividades, en virtud de que estas disposiciones de los ordenamientos occidentales no sólo recogen los lineamientos derivados de la realidad política, sino que pretenden encauzar a los propios partidos y evitar las deformaciones que se producen en la realidad política por las tendencias hacia la dirección oligárquica, la manipulación de la opinión pública, el manejo secreto de los recursos económicos, los acuerdos entre las élites partidistas sin contar con las bases y, en general, los vicios que conducen a las deformaciones conocidas como *partitocracia*.⁹⁴

61. En los regímenes socialistas, no obstante que el partido comunista tiene como objetivo dirigir y defender los valores fundamentales del sistema, su compenetración con las más importantes decisiones políticas de los órganos del Estado deja sin contenido varias de las disposiciones constitucionales que señalan las competencias de los propios órganos estatales, pues, como lo señala con agudeza el notable constitucionalista italiano Paolo Biscaretti di Ruffià, toda la decisión de importancia nacional, tanto en el plano económico como político, se toma primeramente en la sede del partido y sólo posteriormente se aplica en los órganos estatales competentes, y en ocasiones inclusive las propias decisiones se discuten en sesiones conjuntas del comité central del partido y el Consejo de

⁹³ Cfr. El agudo análisis del destacado tratadista español Ignacio María de Lojendio, "Algunos problemas que plantea la constitucionalización de los partidos políticos" en la obra citada en las notas anteriores, pp. 355-371.

⁹⁴ El conocido tratadista español Francisco Rubio Llorente, en su estudio "Los partidos en el proceso constituyente", en *Las experiencias del proceso político constitucional en México y en España*, México, 1979, pp. 163-183, estima que se configura la "partitocracia" cuando: "las organizaciones partidistas, en un proceso puramente objetivo, van perdiendo su carácter instrumental, su naturaleza de medio para la consecución de fines que les son extrínsecos y, absolutizando sus propios fines intrínsecos, antepone[n] a cualquier otra consideración la conveniencia de su propia organización", p. 175.

Ministros o el Presidium del Soviet Supremo, tomando en cuenta, además, que es frecuente que exista una unión personal entre varios de los dirigentes del partido y los titulares de los más elevados organismos del Estado, quien en ocasiones coinciden, todo lo cual modifica sensiblemente en la práctica el texto de varios preceptos fundamentales.⁹⁵

62. Se ha considerado muy significativa la influencia de los partidos políticos en la aplicación de las disposiciones constitucionales, y por ello en el ordenamiento de la República Federal de Alemania se estableció una verdadera garantía para evitar actividades de grupos políticos contrarios a los valores esenciales de la Constitución, confiriéndose al Tribunal Federal Constitucional la facultad de declarar la inconstitucionalidad de los partidos políticos que por su programa o por la actitud de sus miembros, contradigan el orden constitucional democrático o pretendan eliminar o poner en peligro la existencia de la República (artículo 21, segundo párrafo, de la citada Constitución, en relación con los artículos 13, fracción 2a., 43 a 47 de la Ley reglamentaria). Si el mencionado Tribunal Constitucional Federal encuentra fundada la petición que puede ser formulada por el gobierno federal o por alguna de las cámaras del Parlamento, ordena en su fallo la disolución del partido respectivo y la confiscación de sus bienes, con la prohibición de crear una organización similar (artículo 46 de la propia Ley reglamentaria).⁹⁶

63. Dos han sido los casos resueltos por el citado Tribunal Federal Constitucional alemán en esta materia (por otra parte, muy controvertidos), el primero en relación con el Partido Socialista del Reich (SRP), de tendencia neonazi, y en segundo lugar respecto del Partido Comunista Alemán (KPD), planteados por el gobierno federal desde noviembre de 1951; pero mientras en el primer caso el fallo de inconstitucionalidad se pronunció en el plazo de un año (23 de octubre de 1952), el mismo Tribunal, por razones de prudencia política, tardó aproximadamente cinco años (17 de agosto de 1956) para formular la resolución respectiva, deci-

⁹⁵ *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, 4a. ed., Milano, 1980, pp. 376-382.

⁹⁶ *Cfr.* Francisco Rubio Llorente, "El Tribunal Federal Constitucional alemán", en *Revista de la Facultad de Derecho*, Caracas, 1962, pp. 123-124; Theo Ritterspech, en el estudio elaborado conjuntamente con Mario Stella Richter y Heinz Schuster, "La organización y funcionamiento de la Corte Federal Constitucional en Alemania Federal (trad. de Héctor Fix-Zamudio), en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núms. 31-32, julio-diciembre, de 1958, pp. 294-295.

siones que en ambos supuestos significaron la disolución de las mencionadas agrupaciones políticas.⁹⁷

d) La técnica jurídica: supremacía constitucional y el procedimiento dificultado de reforma

64. Estos dos principios, si bien pertenecen al campo de la técnica normativa, tienen efectos esenciales sobre la eficacia de las disposiciones fundamentales y en la vida política, y por ello es que se han consagrado en la mayor parte de las Constituciones contemporáneas, ya sea expresa o implícitamente.

65. La supremacía constitucional debe considerarse el principio básico de todo sistema jurídico, como lo demostró con claridad el genio de Hans Kelsen, en cuanto establece una jerarquía normativa indispensable, así como el fundamento de validez de todo el ordenamiento a partir de las disposiciones de carácter constitucional.⁹⁸ Sin embargo, por razones prácticas, por los antecedentes en la vida jurídica colonial y la doctrina del magistrado inglés Eduardo Coke, este principio fue consagrado primeramente en el artículo VI de la Constitución federal de Estados Unidos y se le otorgó eficacia al famoso caso *Madison versus Marbury* (1803), en el cual, como es bien sabido, el presidente de la Suprema Corte Federal John Marshall consideró que toda norma legislativa contraria a la Constitución federal era nula y sin ningún valor.⁹⁹

66. El citado principio de la supremacía constitucional, tuvo una influencia decisiva en cuanto al establecimiento de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes en varios de los países pertenecientes a

⁹⁷ Además de los autores y obras mencionados en la nota anterior, pueden consultarse: Edward McWhinney, "Judicial restraint and the West German Constitutional Court", en *Harvard Law Review*, noviembre de 1961, pp. 12-13; Donald Kommers, *Judicial Politics in West Germany. A study in the Federal Constitutional Court*, Beverly Hills, London, 1976, pp. 237-243; Ignacio María de Lojendio, *Algunos problemas que plantea la constitucionalización de los partidos políticos*, cit., *supra*, nota 93, pp. 364-367.

⁹⁸ *Teoría general del Estado* (trad. de Luis Legaz y Lacambra), México, 1951, pp. 306 y ss.; *Teoría general del derecho y del Estado* (trad. de Eduardo García Máynez), cit. *supra*, nota 16, pp. 128 y ss., 271 y ss.; *Teoría pura del derecho* (trad. de la 2a. ed. alemana de Roberto J. Vernengo), México, 1979, pp. 201-225.

⁹⁹ Los efectos importantísimos de este clásico fallo judicial para la eficacia de la supremacía constitucional son destacados agudamente por el tratadista español Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma jurídica*, cit., *supra*, nota 15, pp. 49-55.

la Comunidad Británica,¹⁰⁰ así como la mayoría de los ordenamientos latinoamericanos, incluyendo México a través del juicio de amparo consagrado en los artículos 101 y 102 de la Constitución federal de 5 de febrero de 1857.¹⁰¹

67. Por el contrario, en los ordenamientos europeos dicho principio no fue implantado sino hasta la primera posguerra (con excepción de la Constitución federal suiza de 29 de mayo de 1874, pero en forma limitada), primero con algunos intentos de introducir el sistema americano de revisión judicial, en especial en el régimen constitucional de la República de Weimar, que no logró imponerse, pero de manera definitiva, en la Constitución federal austriaca de 1920, que en esta materia se inspiró en las ideas de Hans Kelsen (como es bien sabido) y quien, como hemos afirmado (ver *supra*, párrafo 65), comprendió la importancia, no sólo teóricas sino de carácter práctico de principio de la supremacía constitucional, para la protección de las normas constitucionales.¹⁰²

68. El segundo principio, es decir, el del procedimiento especial y riguroso para la reforma de las disposiciones fundamentales es consecuencia del primero, en virtud de que, si las normas constitucionales se modifican en la misma forma que las ordinarias, se menoscaba el principio de la supremacía de las primeras. Este procedimiento de reforma, que también por vez primera fue consagrado en la Constitución federal de Estados Unidos de 1787 (artículo V), dio lugar a la clásica teoría del jurista inglés James Bryce, que ha tenido una extraordinaria aceptación sobre las constituciones rígidas y las flexibles; las primeras, que actualmente son la inmensa mayoría de los documentos constitucionales, no pueden reformarse sino a través de un procedimiento especial y dificultado, y las segundas, cuyo paradigma ha sido el ordenamiento británico, implica que las modificaciones a las disposiciones que se consideran

¹⁰⁰ Cfr. Edward Mac Whinney, "Constitutional review in the Commonwealth"; en la obra colectiva *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart* (La jurisdicción constitucional en la actualidad), Köln-Berlín, 1962, pp. 75-88; *Id.* "Constitutional Law in Great Britain and the Commonwealth countries", en *Judicial Review*, 4a. ed., Toronto, 1969, pp. 3-30.

¹⁰¹ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "Influencia del derecho angloamericano en la protección procesal de los derechos humanos en América Latina", *Festschrift für Karl Loewenstein* (Homenaje a Karl Loewenstein), Tübingen, 1971, pp. 497-503.

¹⁰² Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, cit., *supra*, nota 62, pp. 17-22.

fundamentales puede realizarse en la misma forma y con el mismo procedimiento de expedición de las leyes ordinarias.¹⁰³

69. Si bien la división entre estos dos sectores es bastante gráfica, no corresponde a la realidad política, si tomamos en consideración que mientras las instituciones políticas británicas cambian muy lentamente, muchas de las constituciones escritas y rígidas se modifican con frecuencia, como ocurre particularmente en Latinoamérica (la Constitución federal mexicana de 1917 es significativa en este sentido, pues ha sufrido más de doscientas reformas)¹⁰⁴ y además las diferencias entre ambas categorías se borran paulatinamente, en virtud de que, por una parte, a partir de la creación de la Comunidad Británica, a través del llamado Estatuto de Estminster de 1931, un sector de las disposiciones fundamentales inglesas, ya sean escritas o consuetudinarias, que se consagraron en este documento, no pueden modificarse por el procedimiento legislativo ordinario.¹⁰⁵

70. También puede plantearse el problema de la adhesión de la Gran Bretaña a las Comunidades Europeas y a los convenios sobre Derechos Humanos, y sus efectos sobre la flexibilidad tradicional de sus normas constitucionales, pues como lo hace notar con agudeza Mauro Cappelletti, la ley comunitaria de 1972, que regula el ingreso del Reino Unido a las citadas comunidades, señala la aceptación del nuevo miembro del principio de la aplicación directa de las leyes comunitarias y de la jurisprudencia de la Corte Europea, que incluye la doctrina de la supremacía jurídica comunitaria.¹⁰⁶ Por otra parte, en los otros dos ordenamientos que todavía pueden estimarse como flexibles, es decir, Nueva Zelandia e Israel, se advierte la tendencia dirigida a consagrar sus normas constitucionales en documentos escritos de carácter rígido.¹⁰⁷

71. Otra cuestión que también puede plantearse es la relativa a si determinados valores supremos pueden mantenerse indefinidamente al

¹⁰³ *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, edición española, Madrid, 1952, pp. 17-22.

¹⁰⁴ Cfr. Diego Valadés, "La Constitución reformada", en *Los derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, 2a. ed., México, 1979, t. XII, pp. 9-191.

¹⁰⁵ Cfr. Manuel García Pelayo, *Derecho constitucional comparado*, 4a. ed., Madrid, 1957, pp. 276-277; Sir Ivor Jennings, *The British Commonwealth of Nations*, 4a. ed., London, 1961, pp. 11-15.

¹⁰⁶ "El formidable problema del control judicial y la contribución del análisis comparado" (trad. de Faustino González), en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 13, Madrid, enero-febrero de 1980, pp. 80-81.

¹⁰⁷ Ver autores y obras citados *supra*, nota 14.

prohibirse expresamente sus reformas y, para no citar experiencias históricas, es posible señalar algunos ejemplos en constituciones contemporáneas en los artículos 139 de la Constitución italiana de 1948, y 89 de la francesa de 1958, que prohíben la reforma de la forma republicana de gobierno. De admitirse esa prohibición de reforma como absoluta, las generaciones futuras no podrían modificar el sistema de gobierno, o sea que en este aspecto la Constitución escrita sería intangible, lo cual no deja de ser ilusorio.¹⁰⁸

72. Una situación diversa se presenta en relación con las constituciones socialistas, en cuanto las mismas expresamente establecen un procedimiento dificultado de reforma, pero en la práctica dichas reformas se aprueban por unanimidad, lo mismo que las leyes ordinarias —teóricamente se exige un porcentaje mayor de votos aprobatorios para las primeras—, lo que determina que en la realidad se borre la diferencia entre ambos tipos de disposiciones. Así, no obstante que el artículo 146 de la Constitución soviética de 1936 (que corresponde al artículo 173 de la Constitución vigente de 1977), establecía que dicha ley fundamental no podía ser reformada sino por decisión del Soviet Supremo de la URSS, adoptada por la mayoría de dos tercios de los votos, como mínimo en cada una de las cámaras del Soviet Supremo, en la práctica un sector importante de reformas fueron expedidas por el Presídium del propio Soviet Supremo y puestos en vigor, sometiéndose con posterioridad a la ratificación, siempre por unanimidad, del citado Soviet, con lo cual se estableció una costumbre derogatoria de dicho precepto.¹⁰⁹ Sin embargo, al parecer, existe el propósito de modificar esta situación, en virtud de que el artículo 173 de la Constitución soviética de 1977 consagra de manera expresa el principio de la supremacía constitucional: “La Constitución de la URSS posee la máxima fuerza jurídica. Todas las leyes y otros actos de los órganos estatales se promulgan sobre la base y en correspondencia con la Constitución de la URSS.”

¹⁰⁸ Cfr. Paolo Biscaretti di Ruffià, *Introducción al derecho constitucional comparado*, cit., *supra*, nota 30, pp. 340-346.

¹⁰⁹ Cfr. Karl Loewenstein, *Constituciones y derecho constitucional en Oriente y Occidente*, cit., *supra*, nota 37, pp. 45-47; para algunos ejemplos concretos, Patrice Gélard, “Droit Public. Union Soviétique”, en *Annuaire de Législation française et étrangère*, París, 1971, pp. 800-801.

V. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES, JUSTICIA Y JURISDICCIÓN CONSTITUCIONALES, DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

73. Todos estos vocablos se han utilizado de manera indiscriminada incluyendo también el de controles constitucionales, para significar la configuración de instrumentos tutelares de las normas fundamentales, cuando existe incertidumbre, desconocimiento, conflicto e inclusive violación de los propios preceptos de las cartas supremas, así como de la disciplina científica que se ocupa de su estudio. Es decir, que el empleo de estos medios jurídicos, que como veremos son predominantemente procesales, se hace necesario cuando los mecanismos de protección que mencionamos anteriormente han sido insuficientes para la aplicación regular de las normas constitucionales.

74. Sólo para efectos del análisis de dichos conceptos, y tomando en cuenta la relatividad de las limitaciones de las instituciones jurídicas por el empleo de un lenguaje convencional, haremos un intento de precisar los propios conceptos, para restringir en lo posible la incertidumbre que existe en el empleo de dichos términos. Para ello, en primer lugar pretendemos determinar el concepto de las *garantías constitucionales*, para lo cual es preciso señalar muy brevemente su evolución histórica.

75. La idea tradicional de las garantías constitucionales surgió en las declaraciones francesas de derechos, en las cuales se les dio el significado de derechos del hombre, consagrados en un documento constitucional, y por este motivo el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 establecía en su parte conducente: “Toda sociedad en la cual la *garantía de los derechos* no está asegurada ... no tiene Constitución”, y por su parte, el título I de la Constitución revolucionaria de 1791 consagró los derechos fundamentales de la persona humana con denominación significativa de “*Disposiciones fundamentales garantizadas por la Constitución*”. Al respecto, el ilustre constitucionalista francés León Duguit explicaba que los autores de la mayor parte de las constituciones han creído inscribir en el texto fundamental “las garantías de los derechos” que consisten en la obligación del legislador ordinario de no violar los principios de la ley superior.¹¹⁰

¹¹⁰ *Traité de droit constitutionnel*, 2a. ed., París, 1924, t. III, pp. 561 y ss.

76. Los revolucionarios franceses, en su exaltación por descubrir los secretos de la felicidad política universal, tuvieron la ingenuidad de creer que era suficiente inscribir en un texto constitucional aquellos derechos del hombre que consideraban esenciales para el respeto de la dignidad humana, exclusivamente en su aspecto individual, a fin de que los mismos fuesen conocidos y respetados por las autoridades, creencia que la realidad se encargó de desvirtuar muy poco tiempo después de haberse consagrado.¹¹¹

77. Debido a esta influencia de carácter francés algunas constituciones latinoamericanas todavía en vigor, especialmente las promulgadas el siglo anterior o en las primeras décadas del presente, conservan esta imagen tradicional de las garantías constitucionales como equivalentes de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente. Al respecto podemos citar como ejemplo a la Constitución argentina vigente, cuyo texto original data de 1853, y que emplea los vocablos de “declaraciones, derechos y garantías”, terminología que se introdujo en la Constitución uruguaya de 1918 y se mantiene en la vigente de 1966; también se utilizó en la Constitución chilena anterior, de 1925, si bien la actual de 1980 utiliza la denominación más correcta de derechos constitucionales; la Constitución vigente del Brasil de 1967, reformada en 1969, y también la Constitución federal mexicana de 5 de febrero de 1917 que regula las “garantías individuales”.¹¹²

78. Esta concepción tradicional fue cuestionada por la doctrina, y así podemos mencionar el diverso enfoque del conocido tratadista alemán Jorge Jellinek, quien en las postrimerías del siglo anterior y primeros años del presente realizó el estudio de los instrumentos de defensa de las normas fundamentales que calificó como “garantías de derecho público”, y dividió en tres sectores: sociales, políticas y jurídicas, concebidas como los medios establecidos por el Constituyente para preservar el ordenamiento supremo del Estado, abarcando así los instrumentos que hemos calificado como medios de protección de la ley fundamental; pero al analizar las garantías de carácter jurídico vislumbra, ya la superación de la idea tradicional, en cuanto expresó que la extensión de la jurisdicción al campo

¹¹¹ Cfr. A. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, 7a. ed. (revisada por Hemy Nézar), París, 1921, t. I, pp. 553 y ss.

¹¹² Cfr. Héctor Fix-Zamudio, “La protección procesal de las garantías individuales en América Latina”, en *Revista iberoamericana de derecho procesal*, núm. 3, Madrid, 1967, pp. 393-398.

del derecho público se debía considerar como uno de los progresos más importantes de la constitución del Estado en el curso del Siglo XIX, en virtud de que, si bien en su época la propia jurisdicción se utilizaba para la protección del derecho objetivo, era eficaz, en particular, como “garantía” de los derechos públicos subjetivos de los individuos y de las asociaciones.¹¹³

79. En esta misma corriente, un paso adelante en la configuración del concepto técnico de las garantías constitucionales fue dado por el distinguido constitucionalista francés León Duguit, quien dividió las propias garantías constitucionales en “preventivas” y “represivas”. Afirmó que las primeras tienden a evitar las violaciones de las disposiciones fundamentales, pero cuando son insuficientes para impedir la ruptura del orden constitucional es necesario recurrir a las últimas, que son las únicas que en determinados supuestos sirven de freno a la arbitrariedad del Estado, y agregó, de manera significativa, que dichas garantías represivas debían residir en una alta jurisdicción de reconocida competencia, cuyo saber e imparcialidad estarían a cubierto de toda sospecha y ante cuyas decisiones se inclinara todo el mundo, gobernantes y gobernados y hasta el mismo legislador.¹¹⁴ No debe olvidarse que Duguit fue uno de los publicistas,¹¹⁵ quien conjuntamente con Maurice Hauriou,¹¹⁶ postularon la necesidad de otorgar a los jueces franceses la facultad de desaplicar las leyes inconstitucionales, idea que no pudo prosperar por la tradición contraria a la revisión judicial que perdura todavía.¹¹⁷

80. El terreno científico estaba maduro cuando Hans Kelsen escribió su clásico estudio sobre la “garantía jurisdiccional de la Constitución”, que publicó en 1928, en la revista de derecho público francesa,¹¹⁸ en la cual

¹¹³ *Teoría general del Estado* (trad. de Fernando de los Ríos Urruti), Madrid, 1915, t. II, pp. 529-537.

¹⁴ *Soberanía y libertad* (trad. de José G. Acuña), Buenos Aires, 1943, pp. 122-123.

¹¹⁵ *Manual de droit constitutionnel*, París, 1918: *Traité de droit constitutionnel*, cit., *supra*, nota 110, t. III, pp. 192 y ss.

¹¹⁶ *Principios de derecho público y constitucional* (trad. de Carlos Ruiz del Castillo), Madrid, s.f., pp. 345-355.

¹¹⁷ Cfr. entre otros, el agudo análisis del conocido tratadista francés, Denis Tallon, “The Constitution and the Courts in France”, en *American Journal of Comparative Law*, otoño de 1979, pp. 567-575.

¹¹⁸ “La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)”, en *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, 1928, pp. 197-257 (trad. española de Rolando Tamayo y Salmorán, “La garantía jurisdiccional de la Constitución. La justicia constitucional”, en *Anuario Jurídico I-1974*, pp. 471-515).

sistematizó de manera más precisa y particularizada las ideas que lo llevaron a proponer la creación de la Corte Constitucional en la Constitución federal austriaca de 1920, cuyo título VI, sobre la organización, competencia y funcionamiento de la Corte Administrativa Federal (*Verwaltungsgerichtshof*) (artículos 137-148), y de la Corte Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*) (artículos 137-148), recibe la denominación de *Garantías de la Constitución y de la Administración* (*Garantien der Verfassung und Verwaltung*).¹¹⁹

81. En esta misma dirección y también por influencia del pensamiento kelseniano,¹²⁰ en la Constitución republicana española de 9 de diciembre de 1931, su título IX recibió la denominación de *Garantías y reformas de la Constitución*, y entre las primeras comprendía los recursos de inconstitucionalidad y de amparo, la decisión de los conflictos de competencia legislativa y cuantos otros surgieron entre el Estado y las regiones autónomas y los de éstas entre sí; la responsabilidad criminal del jefe del Estado, del presidente del Consejo y de los ministros, así como de los magistrados del Tribunal Supremo y del fiscal de la República cuyo conocimiento se encomendó a un organismo jurisdiccional que recibió el nombre significativo de *Tribunal de Garantías Constitucionales* (artículos 121-124).¹²¹

82. A partir de este momento se inició una corriente doctrinal que desarrolló el concepto estricto de las garantías constitucionales, que se han incrementado en forma considerable en esta segunda posguerra, inclusive entre los tratadistas latinoamericanos, no obstante la influencia francesa que identificaba dichas garantías con los derechos fundamentales de la persona humana (ver *supra*, párrafo 77), puesto que hicieron la distinción entre los citados derechos y sus verdaderas garantías, en especial el *habeas corpus* y el amparo.¹²²

¹¹⁹ Cfr. Hans Kelsen, *op. ul. cit.*, pp. 489-493, de la traducción castellana.

¹²⁰ Cfr. La cuidadosa reseña elaborada por el tratadista español José Luis Cascajo Castro, sobre el coloquio organizado por el Instituto Español de Estudios Jurídicos en la ciudad de Roma el 3 de marzo de 1977, precisamente sobre el tema "Kelsen y la Constitución española de 1931", en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, enero-febrero de 1978, pp. 243-255.

¹²¹ La bibliografía sobre esta materia es muy amplia, pero el estudio que consideramos de mayor importancia es el del noble procesalista español Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, "Significado y funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales" en su libro *Ensayos de derecho procesal civil, penal y constitucional*, Buenos Aires, 1944, pp. 503-536.

¹²² En este campo destacan los constitucionalistas argentinos: Alfredo R. Rouzaut, *Las garantías constitucionales y la libertad civil (Doctrina y jurisprudencia)*, Rosario, 1940; Carlos Sánchez Viamonte, *El constitucionalismo. Sus problemas*, Buenos Aires, 1957, pp. 167 y ss.; *Id.* "Garantías

83. Por otra parte, varias constituciones, en especial las expedidas con posterioridad a la segunda guerra mundial, incorporaron en sus textos el concepto técnico de garantía constitucional, incluyendo una latinoamericana precursora en este terreno es decir la Carta panameña de 1941, la que por influencia del tratadista Juan de Dios Moscote¹²³ consignó la sección vigesimosegunda, denominada *Instituciones de garantía*, que comprendía todos los medios procesales a través de los cuales los habitantes del país podían obtener la protección de sus derechos fundamentales (denominación que no trascendió a las constituciones posteriores, aun cuando sí los instrumentos de control).¹²⁴

84. En esta misma dirección podemos señalar que el título VI de la Constitución italiana, que entró en vigor el primero de enero de 1948, se intitula *Garantías constitucionales*, y que comprende, a nuestro modo de ver, correctamente a la organización y competencia de la Corte Constitucional (artículo 134-137), pero además consigna el procedimiento dificultado de reforma de la misma ley fundamental (artículos 138-139), que no puede considerarse como una garantía en sentido estricto sino un medio de protección (ver *supra*, párrafos 68-72).¹²⁵

85. También podemos mencionar la institucionalización que de este concepto técnico realizó la Constitución portuguesa de 25 de abril de 1976, en el título I de su parte IV, relativa a la regulación de las *garantías de la Constitución*, y que contiene las disposiciones sobre la “fiscalización de la Constitución” (artículos 277-285), incluyendo la fiscalización preventiva, inconstitucionalidad por omisión, la inconstitucionalidad, por acción y de la declaración de inconstitucionalidad, por acción y de la declaración de inconstitucionalidad así como los órganos encargados de decidir estos procedimientos, particularmente el Consejo de la Revolución y la Comisión Constitucional.¹²⁶

constitucionales”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, 1960, t. XIII, pp. 48 y ss.; Segundo V. Linares Quintana, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, 2a. ed., Buenos Aires, 1980, t. VI, pp. 161-279; Rafael Bielsa, *La protección constitucional y el recurso extraordinario*, 2a. ed., Buenos Aires, 1958, pp. 294 y ss.; Juan Casiello, *Derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, 1954, pp. 276 y ss.

¹²³ *El derecho constitucional panameño*, Panamá, 1943, pp. 459 y ss.; Carlos Bolívar Pedreschi, *El pensamiento constitucional del doctor Moscote*, Panamá, 1959, pp. 115 y ss.

¹²⁴ Cfr. Carlos Bolívar Pedreschi, *El control de la constitucionalidad en Panamá*, Madrid, 1965, pp. 164-174.

¹²⁵ Cfr. entre otros, Carlo Cetevi, *Diritto costituzionale italiano*, 8a. ed., Torino, 1971, pp. 593-598.

¹²⁶ Cfr. J. J. Gómez Canoitillo y Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa*, cit., *supra*, nota 53, pp. 494-508.

86. La Constitución española, de 29 de diciembre de 1978, contempla de manera exclusiva las garantías constitucionales en relación con la tutela de los derechos fundamentales, en virtud de que el capítulo IV del título I, de la propia ley fundamental lleva el título de: *Las garantías de las libertades y derechos fundamentales*, que correctamente comprende a los instrumentos procesales relativos al procedimiento referente y sumario ante los tribunales ordinarios; al recurso de amparo, e incluye también a la figura del defensor del pueblo (*Ombudsman*), como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los citados derechos y libertades (artículos 53-54).¹²⁷

87. Finalmente, en esta descripción de las constituciones contemporáneas que han recogido el concepto moderno de la institución que examinamos, podemos señalar también la denominación del título V de la constitución peruana de julio de 1979, en vigor un año después, sobre las *garantías constitucionales*, y que incluye las acciones de *habeas corpus*, de amparo, y de inconstitucionalidad, así como la organización y competencia del Tribunal de Garantías Constitucionales como órgano de control de la propia ley suprema.¹²⁸

88. Entendemos, por tanto, que en virtud de la evolución tanto doctrinal como institucional de las garantías constitucionales en sentido estricto, éstas pueden describirse como los instrumentos jurídicos, predominantemente de carácter procesal, que tiene por objeto lograr la efectividad de las normas fundamentales cuando existe incertidumbre, conflicto o violaciones de las referidas normas.¹²⁹

89. En segundo lugar, consideramos conveniente delimitar otros dos conceptos que tienen similitud con el analizado anteriormente y que, con frecuencia, se utilizan como sinónimos *sin serlo*. Al respecto, hemos señalado en ocasiones anteriores que el término de justicia constitucional es de carácter genérico y comprende al conjunto de mecanismos jurídicos

¹²⁷ La bibliografía es muy amplia, por lo que citamos en vía de ejemplo el comentario a dichos preceptos por el conocido jurista español Fernando Garrido Falla, en *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1980, pp. 578-598.

¹²⁸ Cfr. Domingo García Belaúnde, "La nueva Constitución Peruana", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 40, enero-abril, 1981, pp. 269-276.

¹²⁹ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "Las garantías constitucionales en el ordenamiento mexicano", en *Anuario Jurídico III-IV (1966-1967)*, México, 1977, pp. 69-109.

dirigidos a la obtención de la garantía de las disposiciones fundamentales, y en este sentido coincide con la significación que se le ha otorgado a las garantías constitucionales en el párrafo anterior. De manera distinta la denominación de jurisdicción constitucional debe reservarse en su sentido propio a los instrumentos de garantía o de justicia constitucional que se confieren a organismos judiciales estrictamente considerados y, todavía con mayor rigor, cuando los mismos poseen carácter especializado, es decir, cuando son tribunales constitucionales, y este último era el enfoque que le otorgó el jefe de la Escuela de Viena (ver *supra*, párrafo 80).¹³⁰

90. El derecho procesal constitucional, debe entenderse como la disciplina jurídica que estudia los instrumentos de justicia constitucional, es decir, las garantías constitucionales, entendidas en un sentido más amplio que el estricto de mecanismos procesales propiamente dichos, si bien estos últimos asumen un carácter predominante. En realidad, es la rama más joven de la ciencia del derecho procesal, en virtud de que ha sido muy lenta la evolución para configurar instrumentos de resolución de los conflictos, litigios o controversias constitucionales, y todavía más retardado el estudio sistemático de los propios medios, pues si bien las garantías constitucionales en su sentido moderno surgieron en forma institucional con la práctica de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes en las colonias inglesas en América, se consagraron en la Constitución federal de Estados Unidos de 1787, y se perfeccionaron con la jurisprudencia de la Suprema Corte federal norteamericana; el análisis científico es mucho más reciente, pues sólo se inicia cuando se realiza un estudio sistemático de los instrumentos para la tutela efectiva de las cartas fundamentales.¹³¹

91. Coincidimos con el notable procesalista español, Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, en cuanto sostuvo que el ilustre Hans Kelsen fue el fundador de esta nueva disciplina procesal, y si queremos, así sea de manera convencional, fijar una fecha de inicio de esta reciente rama jurídica, podemos señalar el año de 1928 cuando apareció el clásico estudio del jurista austriaco y al que nos hemos referido con anterioridad (ver

¹³⁰ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional*, cit., *supra*, nota 9, pp. 12-13.

¹³¹ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "El pensamiento de Eduardo J. Couture y el derecho constitucional procesal", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 30, septiembre-diciembre de 1977, pp. 320-321.

supra, párrafo 80).¹³² A partir de entonces se incrementaron considerablemente los estudios sobre esta materia, pero como se trata de un campo de frontera entre el derecho constitucional y el derecho procesal todavía no existe una delimitación precisa de los terrenos de estudio entre una y otra disciplinas, y además se encuentra incierta la cuestión de la autonomía del citado derecho procesal constitucional respecto del derecho sustantivo, que en otras ramas procesales ha sido totalmente superada. En este sentido son pocos los autores que se han preocupado por los problemas metodológicos que no son puramente especulativos, sino que poseen repercusiones prácticas importantes.¹³³

92. Si bien existe una bibliografía impresionante sobre cuestiones específicas y ordenamientos concretos en relación con los diversos sistemas de justicia constitucional o de garantías constitucionales, por el contrario no abundan los estudios de conjunto que aborden con un criterio panorámico los diversos sectores de esta nueva disciplina que podemos considerar todavía en formación. Citamos como ejemplo de estos últimos, además de los excelentes estudios comparativos de Mauro Cappelletti,¹³⁴ la obra muy reciente del notable procesalista español Jesús González Pérez, intitulada precisamente *Derecho procesal constitucional* (si bien referida preferentemente al ordenamiento constitucional español),¹³⁵ y la del conocido tratadista brasileño José Alfredo de Oliveira Baracho.¹³⁶

VI. DIVERSOS SECTORES:

a) La jurisdicción constitucional de la libertad

93. En un intento, siempre provisional, de efectuar una sistematización de los diversos sectores que forman parte del estudio de la justicia constitu-

¹³² *Proceso, auto Composición y autodefensa*, 2a. ed., México, 1970, p. 215.

¹³³ Cfr. las agudas observaciones del destacado procesalista español Jesús González Pérez, *Derecho procesal constitucional*, Madrid, 1980, pp. 49-55, sobre la autonomía científica de esta disciplina.

¹³⁴ En numerosos artículos y monografías, por lo que nos limitamos a señalar algunos de sus libros más significativos: *La jurisdicción constitucional de la libertad*, cit., *infra*, nota 137; *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, (trad. de Cipriano Gómez Lara y Héctor Fix-Zamudio, México, 1966); *Judicial Review in the Contemporary World*, Indianapolis-Kansas City-New York, 191.

¹³⁵ Obra citada *supra*, nota 133, especialmente, pp. 39-69.

¹³⁶ *Proceso constitucional*, Belo Horizonte, Minas Gerais, 1981 (mimeografiado).

cional y, por tanto, de las garantías constitucionales, y sólo para facilitar el análisis de una materia tan compleja, podemos señalar las siguientes categorías dentro de la disciplina del derecho procesal constitucional, perfilados de manera paulatina a través de los numerosos estudios contemporáneos sobre su examen científico.

94. El primer sector ha recibido una denominación muy afortunada por parte de uno de los tratadistas que con mayor empeño y profundidad se han ocupado del análisis de la justicia constitucional de nuestra época, del distinguido comparatista italiano Mauro Cappelletti. Nos referimos a la *Jurisdicción constitucional de la libertad*, calificación que introdujo en su clásico libro del mismo nombre publicado en Italia en 1955¹³⁷ y que ha sido aceptado por la mayoría de los cultivadores en la disciplina para comprender todos los instrumentos establecidos en las cartas constitucionales para la protección de los derechos y libertades fundamentales de los gobernados, y que ha recibido una atención preferente debido a esta época contradictoria en la que por un lado se preconizan vigorosamente los Derechos Humanos, y por la otra, se violan de manera inmisericorde.¹³⁸

95. Una segunda categoría podría denominarse *jurisdicción constitucional orgánica*, ya que comprendería el análisis de los instrumentos establecidos para resolver los conflictos o controversias entre los diversos órganos del poder, calificados por Carl Schmitt de "litigios constitucionales",¹³⁹ puesto que se refieren al alcance de las atribuciones y competencias que la carta fundamental señala para dichos órganos, advirtiéndose con mayor claridad en los países en los cuales existe descentralización territorial, ya sea federal o regional, en los cuales es preciso decidir sobre los conflictos entre los órganos centrales y los locales sobre sus respectivas competencias.¹⁴⁰

96. Finalmente, un tercer aspecto, el más reciente, es el que se refiere a las controversias sobre la aplicación de las disposiciones constitucionales en relación con las normas de carácter internacional o comunitario con las

¹³⁷ *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milano, 1955, con varias ediciones posteriores (trad. de Héctor Fix-Zamudio, con el título *La jurisdicción constitucional de la libertad*, México, 1961).

¹³⁸ Cfr. José Luis Cascajo Castro, "La jurisdicción constitucional de la libertad", en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 199, Madrid, 1975, pp. 149-198.

¹³⁹ *Teoría de la Constitución*, cit., *supra*, nota 11, pp. 132-139.

¹⁴⁰ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *El pensamiento de Eduardo J. Couture*, cit., *supra*, nota 131, pp. 322 y ss.

cuales se encuentran vinculadas, debido a la adhesión de los gobiernos nacionales, a los convenios internacionales o comunitario con las cuales se encuentran vinculadas. Este aspecto fue destacado por Mauro Cappeletti en varios de sus trabajos más recientes, y podemos calificarlo como *jurisdicción constitucional de carácter internacional y comunitaria*.¹⁴¹

97. *La Jurisdicción constitucional de la libertad* está integrada por el conjunto de instrumentos jurídicos y predominantemente procesales dirigidos a la tutela de las normas constitucionales que consagran los derechos fundamentales de la persona humana en sus dimensiones individual y social. Se trata de un sector extraordinariamente complejo que resulta difícil de sistematizar, no obstante lo cual hemos hecho el intento de señalar varios sectores, en dos direcciones: en primer lugar en cuanto a la naturaleza misma de los diversos instrumentos, y, en segundo término, por lo que se refiere a los sistemas relativos a los ordenamientos que pertenecen a distintas familias jurídicas.¹⁴²

98. En el primer sentido, es decir, respecto a la naturaleza de los instrumentos de garantía constitucional, se han ensayado algunas clasificaciones, en primer lugar considerados como medios de defensa de la ley suprema, y de esta manera, indirectamente se hace referencia a la tutela de los derechos de la persona humana consagrados constitucionalmente, mencionándose en esta dirección al ilustre León Duguit, quien distinguía, según lo expresamos con anterioridad (ver *supra*, nota 79), entre garantías preventivas y garantías represivas de la constitución,¹⁴³ y el tratadista mexicano Rodolfo Reyes, quien clasificó los instrumentos de defensa de la carta fundamental en medios preventivos, represivos y reparadores.¹⁴⁴

¹⁴¹ Especialmente en su documentado estudio "Il controllo giudiziario delle legge e la giurisdizione delle libertà a livello internazionale", en *Rivista di diritto processuale*, Padova, 1978, pp. 1-32; *Id. El formidable problema del control judicial*, cit., *supra*, nota 107, pp. 61-103.

¹⁴² Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "Introducción al estudio procesal comparativo de la protección interna de los derechos humanos", en volumen colectivo *Veinte años de evolución de los Derechos Humanos*, México, 1974, pp. 173-186; *Id.* "Los derechos humanos y su protección ante las jurisdicciones nacionales", en la obra de homenaje *Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersh*, Bruselas, París, 1972, pp. 107-144.

¹⁴³ Ver *supra*, nota 114.

¹⁴⁴ *La defensa constitucional*, cit., *supra*, nota 4, pp. 125-133, criterio que también ha seguido el tratadista guatemalteco Maximiliano Kestler Farías, *Introducción a la teoría constitucional guatemalteca*, Guatemala, 1964, pp. 457-461.

99. Pero las divisiones anteriores, además de no concretarse a los medios de tutela de los derechos del hombre, establecen una confusión entre los instrumentos sustantivos y los de carácter instrumental, y son estos últimos los que deben considerarse como verdaderas y propias "garantías constitucionales" (ver *supra*, párrafo 89). En consecuencia, haremos el intento de proponer una clasificación que pueda servir de manera exclusiva para dichos medios jurídicos y procesales para la tutela de los Derechos Humanos, los que sólo para efectos de estudio podemos dividir en *indirectos, complementarios y específicos*.

100. *Los remedios indirectos* son aquellos que están dirigidos a la protección de los derechos de carácter ordinario, pero que en forma refleja pueden utilizarse para la tutela de los derechos fundamentales, pudiendo encuadrar en este sector al *proceso ordinario* y a la *justicia administrativa*.

101. Por lo que respecta al *proceso ordinario*, éste asume una doble función en cuanto a la protección de los Derechos Humanos consagrados constitucionalmente, ya que en un primer aspecto constituye el medio a través del cual los gobernados pueden lograr su defensa contra cualquier afectación de sus derechos ordinarios, en virtud de que un sector importante de las cartas constitucionales contemporáneas establecen el principio del *debido proceso legal*, o derecho de defensa en juicio, el cual se inspira en buena parte en el derecho angloamericano que se consolidó en las enmiendas, V y XIV de la Constitución federal de los Estados Unidos de 1787;¹⁴⁵ y en esta misma dirección debemos entender la corriente doctrinal que estima al derecho procesal de acción como un derecho subjetivo público o derecho del hombre, paralelo al derecho constitucional de petición.¹⁴⁶

¹⁴⁵ Sobre el alcance del "due process of law" en el derecho constitucional estadounidense existe una amplísima bibliografía, por lo que citamos, en vía de ejemplo, algunas obras significativas, entre ellas el extenso volumen publicado por el Senado Federal, *The Constitution of the United States of America. Analysis and Interpretation*. Washington, 1973, pp. 1137-1177, 1332-1374; Edward Corwin, *The Constitution and what it means today*, 12a. ed., Nueva York, 1964, pp. 210-226; Lêda Boechart Rodrigues, *La Suprema Corte y el derecho constitucional norteamericano* (trad. de Pastor Benítez), México, 1965, pp. 162-211; y los excelentes estudios comparativos del tratadista italiano Vigoriti, Vincenzo, "Garanzie costituzionali della difesa nel processo civile (nota di giurisprudenza comparata)", en *Rivista di diritto processuale*, Padova, octubre-diciembre de 1965, pp. 516-533; *Id. Garanzie costituzionali del processo civile. Due process of law et art. 24 cost.*, Milano, 1970, pp. 25-47.

¹⁴⁶ Cfr. entre otros. Eduardo J. Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3a. ed., Buenos Aires, 1958, pp. 74-79; Francesco Carnelutti, *Sistema de derecho procesal civil* (trad. de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo), Buenos Aires, 1944, t. II, pp. 636-638; Luigi Paolo Comoglio, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padova, 1970, pp. 39-157.

102. En un segundo aspecto, el proceso ordinario constituye el medio en el cual puede plantearse la tutela de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente,¹⁴⁷ respecto del cual podemos mencionar brevemente varias hipótesis: en un primer sentido son varias las legislaciones que exigen que para la interposición de los instrumentos de protección (recursos constitucionales) deben agotarse previamente todos los medios de impugnación de carácter judicial o administrativo, salvo los casos de excepción;¹⁴⁸ en segundo término debe destacarse que en numerosos ordenamientos el proceso ordinario es el medio en el cual se puede plantear la cuestión de inconstitucionalidad de manera incidental o prejudicial, como sucede tratándose de la revisión judicial del derecho angloamericano, en el cual se requiere, como regla general, la existencia de una controversia concreta en un proceso judicial determinado;¹⁴⁹ inclusive en los países que siguen el modelo austriaco, y por lo mismo han establecido tribunales constitucionales especializados, el mismo proceso ordinario constituye uno de los medios para plantear la inconstitucionalidad de leyes violatorias de los derechos fundamentales, según lo podemos señalar con la llamada *Richterklage* (instancia judicial) de los derechos austriaco y federal alemán¹⁵⁰ o la cuestión de inconstitucionalidad promovida por jueces o tribunales en el ordenamiento constitucional español de 1978;¹⁵¹ según los cuales cuando los jueces de cualquier categoría —en el ordenamiento austriaco sólo los tribunales supremos— consideran de oficio o a

¹⁴⁷ Cfr. Edoardo Vitta, "Processo civile e diritti dell'uomo", en *Rivista trimestrale de diritto e procedura civile*, Milano, 1977, pp. 586-614; Eduardo J. Couture, "Las garantías constitucionales en el proceso civil", en *Estudios de derecho procesal en honor de Hugo Alsina*, Buenos Aires, 1946, pp. 169 y ss.; Karl August Betterman, "Der Schutz der Grundrechte in der ordentliche Gerichtsbarkeit" (La protección de los derechos fundamentales en la jurisdicción ordinaria), en *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte* (Los derechos fundamentales. Manual de la teoría y la práctica de los derechos fundamentales), Berlín, 1959, t. II, vol. 2, pp. 7-79.

¹⁴⁸ Cfr. Mauro Cappelletti, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, cit., *supra*, nota 137, pp. 25-26, 76-77; Andrea Hans Schuier, *Die Verfassungsbeschwerde in der Schweiz, der Bundesrepublik Deutschland und Österreich* (El recurso constitucional en Suiza, la República Federal de Alemania y Austria), Zürich, 1968, pp. 194-201.

¹⁴⁹ Cfr. Edward McWhinney, *Constitutional Review in the Commonwealth*, cit., *supra*, nota 100, pp. 82-85.

¹⁵⁰ Cfr. Mauro Cappelletti, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, cit., *supra*, nota 137, pp. 56-58; Ernest Friesenhahn, "Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland" (La jurisdicción constitucional en la República Federal de Alemania), en *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, cit., *supra*, nota 100, pp. 136-139.

¹⁵¹ Artículos 35-37 de la Ley orgánica del tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1979; cfr. Jesús González Pérez, *Derecho procesal constitucional*, cit., *supra*, nota 133, pp. 261-267; José Alma Nosete, *Justicia constitucional*, Madrid, 1980, pp. 151-167.

petición de parte que las disposiciones legislativas aplicables son inconstitucionales, deben suspender el procedimiento y enviar los autos del Tribunal Constitucional respectivo para que decida sobre esta cuestión de inconstitucionalidad.

103. Otros ejemplos de la función del proceso ordinario como instrumento para plantear las cuestiones de inconstitucionalidad nos los proporciona el ordenamiento italiano, ya que con excepción de reclamación directa por la República o por las Regiones Autónomas de la inconstitucionalidad de sus ordenamientos respectivos, sólo en un proceso concreto y a través de la cuestión prejudicial,¹⁵² puede introducirse la inconstitucionalidad de la ley aplicable y es en esta dirección que el ilustre procesalista florentino Piero Calamandrei afirmó que el juez ordinario es el único que tiene la facultad de abrir la puerta a la competencia de la Corte Constitucional italiana, con mayor razón en cuanto que no existe en el propio ordenamiento italiano un instrumento específico para impugnar de manera directa las violaciones de los Derechos Humanos,¹⁵³ finalmente, en forma todavía más indirecta, el juez ordinario, al aplicar las disposiciones legales secundarias a través de un proceso concreto, debe interpretar dichas disposiciones de acuerdo con los textos y principios constitucionales, por conducto de lo que la doctrina ha calificado como “control” de la constitucionalidad mediante interpretación judicial.¹⁵⁴

104. Un segundo instrumento indirecto para la tutela de los derechos fundamentales está constituido por la *justicia administrativa*, que comprende dos aspectos: por una parte, los llamados recursos administrativos internos, que no son propiamente de carácter procesal, pero que se utilizan para depurar los actos administrativos que afectan a los gobernados,¹⁵⁵ y

¹⁵² Cfr. entre otros, Mauro Cappelletti, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milano, 1957, pp. 57 y ss.

¹⁵³ En sus magníficos estudios “La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil” y “Corte Constitucional y autoridad judicial”, en *Estudios sobre el proceso civil* (trad. de Santiago Sentís Melendo), Buenos Aires, 1962, pp. 61-107, 137-141, respectivamente.

¹⁵⁴ Cfr. Juan Francisco Linares, “Control constitucional mediante interpretación”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 18 de abril de 1961, pp. 1-3; Giorgio Lombardi, *Posere privato e diritti fondamentali*, Torino, 1970, pp. 26 y ss.; Kenneth M. Lewan, “The Significance of Constitutional Rights for Private Law. Theory and practice in West Germany”, en *The International and Comparative Law Quarterly*, London, julio de 1968, pp. 571-601.

¹⁵⁵ Existe una amplia bibliografía sobre los recursos administrativos, por lo que citamos los siguientes estudios en vía de ejemplo: Jesús González Pérez, *Los recursos administrativos*, 2a. ed., Madrid, 1964; Héctor Fix-Zamudio, “Introducción al estudio de los recursos administrativos”, en *Esai-*

por otra, el proceso administrativo en sentido estricto, que se conoce en forma más general con la denominación impropia de “contencioso administrativo”,¹⁵⁶ en virtud de que, como ocurre con el proceso ordinario, para intentar los medios de impugnación específicos, o sea, los recursos constitucionales propiamente dichos, es necesario agotar en forma previa la vía interna y la de los tribunales administrativos, de acuerdo con el principio denominado de “subsidiariedad” por la doctrina y la jurisprudencia del Derecho continental europeo.¹⁵⁷

105. En los países en que no existen remedios específicos para tutelar los Derechos Humanos cuando son afectados por las autoridades administrativas, como ocurre por ejemplo en Francia, Italia y Bélgica, en Europa y Colombia, en América Latina, son los tribunales administrativos, específicamente el Consejo de Estado, establecido en todos estos ordenamientos de acuerdo con el modelo francés, los que protegen al particular frente a la administración, aun cuando dicha tutela se refiere directamente al menoscabo de los derechos ordinarios o secundarios de los gobernados, es decir, está dirigida de manera inmediata a la protección del principio de legalidad y no de inconstitucionalidad, por lo que sólo de manera refleja se protegen los derechos fundamentales de los administrados.¹⁵⁸

106. En esta materia debe destacarse en forma muy particular la extraordinaria labor desarrollada por el Consejo de Estado francés, el cual se ha convertido en el organismo más importante para la tutela de los administrados franceses en sus derechos fundamentales, los cuales, al menos los de carácter individual, no están consagrados en la Constitución de 1875, y la de 1946 —en esta última se consignan en su preámbulo algunos derechos de carácter social— y la vigente de 1958; pero en las dos últimas se expresa la adhesión a los derechos del hombre definidos por la Declaración de 1789.¹⁵⁹ En tales condiciones, el propio Consejo de Estado

días de derecho público contemporáneo, México, 1962, pp. 51-79; Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 2a. ed., Madrid, 1981, t. II, pp. 435-478.

¹⁵⁶ Sobre los conceptos de proceso administrativo y la impropiedad de la denominación “contencioso-administrativo”, *cfr.* el fundamental estudio de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, “Proceso administrativo”, en *Estudios procesales*, Madrid, 1975, pp. 454-457.

¹⁵⁷ Ver obras y autores citados *supra*, nota 148.

¹⁵⁸ *Cfr.* Héctor Fix-Zamudio, *Introducción al estudio procesal comparativo*, cit., *supra*, nota 142, pp. 181-184.

¹⁵⁹ *Cfr.* Maurice Duverger y Lucien Sfez, “Die staatsbürgerliche Freiheitenrechte in Frankreich und in der Union Française” (Los derechos de libertad de los ciudadanos en Francia y en la Unión Francesa), en *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis des Grundrechte*, cit., *supra*, nota 147, t. II, pp. 568-569.

ha tutelado los derechos humanos desde diversos ángulos, habiéndose establecido el criterio de que el preámbulo de la Constitución debe considerarse como la fuente de principios generales de Derecho aplicables por el mismo Consejo a las controversias sometidas a su conocimiento, y a través de estos principios se ha otorgado valor legislativo a la citada declaración de derechos de 1789, complementada en 1946.¹⁶⁰

107. Con este fundamento, el citado organismo ha dejado sin efecto numerosos actos y resoluciones contrarios a los derechos fundamentales de los gobernados, o que tenían su apoyo en disposiciones (particularmente las expedidas por el Ejecutivo: reglamentos, decretos-ley), que lesionaban indebidamente los mismos derechos, y por esta labor la doctrina ha considerado que el propio Consejo de Estado ha realizado una función de “juez constitucional”.¹⁶¹

108. *Los instrumentos complementarios* son aquellos que si bien no han sido estructurados para proteger los Derechos Humanos, se utilizan para sancionar la violación de los mismos cuando ha sido consumada, y en este sentido equivalen a los medios represivos dentro de la calificación de Rodolfo Reyes (ver *supra*, párrafo 96); autor que los define como: “todo aquel conjunto de responsabilidades, desde las más altas que la Constitución o una ley constitucional impone al jefe de Estado, a los ministros y altos funcionarios; las que fije la Ley de Organización Judicial y, por fin, el Código Penal, contra todos los atentados constitucionales”).¹⁶²

109. Fundamentalmente son dos los medios complementarios: el *juicio político o de responsabilidad de los altos funcionarios* cuando los mismos han infringido la Constitución y particularmente los Derechos Humanos,¹⁶³ y la *responsabilidad económica del Estado y sus servidores*, cuando su actividad ha ocasionado daños y perjuicios al afectar a los propios derechos

¹⁶⁰ Cfr. Maxime Letourner, “El Consejo de Estado francés”, en *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Ginebra, diciembre de 1967, pp. 114-115; Charles Eisenmann y Leo Hammon, “La juridiction constitutionnelle en droit française”, en *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, cit., nota 100, pp. 284-285; Maurice Duverger y Lucien Sfez, *op. ult. cit.*, pp. 634-640.

¹⁶¹ Cfr. Francine Batailler, *Le Conseil d'Etat juge constitutionnel*, París, 1966; Claude Frank, *Les fonctions juridictionnelles du Conseil Constitutionnel, et du Conseil d'Etat dans l'ordre constitutionnel*, París, 1974.

¹⁶² *La defensa constitucional*, cit., *supra* nota 4, p. 126.

¹⁶³ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Las garantías constitucionales en el Derecho mexicano*, cit., *supra* nota 129, pp. 71-88.

fundamentales; este segundo aspecto muy desarrollado en los ordenamientos angloamericanos.¹⁶⁴

110. Se han establecido diversos procedimientos para enjuiciar a los funcionarios de mayor categoría, incluyendo a los titulares de los órganos del poder, cuando infringen los límites que para su actividad han establecido las disposiciones constitucionales. Como ejemplos podemos mencionar el tribunal de responsabilidades políticas para los miembros del gobierno que con el nombre de Alta Corte de Justicia (*Haute Cour de Justice*) establece la Carta francesa vigente de 1958; Corte que se integra de miembros elegidos en su seno y en número igual, por la Asamblea Nacional y por el Senado, después de cada renovación general o parcial de esta Asamblea, correspondiendo a dicha Corte elegir al presidente entre sus integrantes.¹⁶⁵

111. Un criterio diverso han seguido los ordenamientos de Italia (artículos 134-135), República Federal de Alemania (artículos 134-135) y de Austria (artículo 63), los cuales han conferido a sus respectivos Tribunales o Cortes Constitucionales la competencia para juzgar a los miembros del gobierno y del organismo judicial —los integrantes de las Cámaras del Parlamento están sometidos a la decisión de sus propias Cámaras— cuando incurren en responsabilidad oficial; procedimiento que se inicia con autorización o a petición de los organismos legislativos; en la inteligencia que de acuerdo con la legislación italiana (Ley número 20 de 25 de enero de 1962), además de los miembros de la Corte Constitucional, en los juicios de responsabilidad deben intervenir otros dieciséis ciudadanos designados por las dos Cámaras del Parlamento en sesión conjunta.¹⁶⁶

112. Un tercer sistema es el calificado como *impeachment* por los ordenamientos angloamericanos (y es el que siguen una gran parte de los países latinoamericanos), que atribuye al organismo legislativo el enjuiciamiento de los tribunales de los órganos del poder. Existen dos modelos, el británico, que implica no sólo la sanción política, sino también la aplicación de

¹⁶⁴ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "Introducción a la justicia administrativa en el ordenamiento mexicano", en *Memorias de El Colegio Nacional*, 1981, pp. 58-59.

¹⁶⁵ Cfr. Maurice Duverger, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, París, 1963, pp. 651 y ss.; André Hauriou, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, cit., *supra*, nota 78, pp. 649-651.

¹⁶⁶ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Las garantías constitucionales en el Derecho mexicano*, cit., *supra*, nota 129, pp. 72-73.

la pena criminal, con el ejemplo dramático de la ejecución de Carlos I en el año de 1649,¹⁶⁷ y el establecido por la Constitución Federal de Estados Unidos de 1787, de acuerdo con el cual corresponde en exclusiva al Senado de la Unión decidir sobre la responsabilidad política de los altos funcionarios —cuando se enjuicia al presidente de la República, debe dirigir los debates el presidente de la Suprema Corte— destituyéndolos del cargo e inhabilitándolos para ocupar otro por determinado tiempo, sin perjuicio de que, si los mismos hechos están tipificados por las disposiciones de carácter penal, sean sometidos a los tribunales ordinarios.¹⁶⁸ También podemos señalar el caso sonado del juicio político seguido en el año de 1867 contra el presidente Andrew Johnson, quien fue absuelto por el margen de un voto.¹⁶⁹

113. El segundo sector de los instrumentos complementarios se refiere a los procedimientos para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial del Estado o de sus funcionarios cuando afectan injustificadamente los derechos fundamentales de los gobernados. Como dichos instrumentos son muy complejos, no podríamos elaborar un breve resumen en esta oportunidad, por lo que nos limitamos a destacar su importancia, y al respecto el administrativista argentino Roberto Dromi ha puesto de relieve, con gran penetración, que la responsabilidad del Estado, y esencialmente de la administración, constituye el presupuesto indispensable de la protección de los derechos subjetivos de los administrados, en virtud de que dicha responsabilidad tiene lugar cada vez que una persona sufra un daño —material o moral— causado directamente por agentes estatales, y que a medida que la intervención del Estado se amplía y la administración se desarrolla, la teoría de la responsabilidad tiene que aumentar su espectro asegurador, para mantener un razonable equilibrio de poderes reales entre el Estado y administrados.¹⁷⁰

114. Un ejemplo significativo de la evolución que ha experimentado la responsabilidad patrimonial del Estado, y en particular de la administra-

¹⁶⁷ Cfr. Jacques Chastenet, *El Parlamento de Inglaterra* (trad. de José María Quiroga Plá.), Buenos Aires, 1947, pp. 27-28.

¹⁶⁸ Cfr. Alexander Hamilton, *El Federalista* (trad. de Gustavo R. Velasco), 2a. ed., México, 1957, cap. LXV, pp. 277-285, explica las razones de atribuir al senado federal esta facultad.

¹⁶⁹ Sobre el caso de Andrew Johnson, cfr. Carl Brent Swisher, *El desarrollo constitucional de los Estados Unidos* (trad. de Hugo Charny), Buenos Aires, 1958, t. 1, pp. 280-282.

¹⁷⁰ *Derecho subjetivo y responsabilidad pública*, Bogotá, 1980, pp. 14-16.

ción, que es la que por su constante y en ocasiones desorbitada expansión puede afectar con mayor frecuencia los derechos fundamentales de los gobernados, lo descubrimos en lo dispuesto por el artículo 106, inciso 2, de la Constitución española de 1978, el cual dispone: “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.”¹⁷¹

115. Los *medios jurídicos y procesales específicos* son aquellos que se han configurado para otorgar una protección rápida y eficaz a los derechos fundamentales de manera directa y generalmente con efectos reparadores, en virtud de que no es suficiente la sanción de tales violaciones, requiriéndose la restitución al afectado en el goce de los derechos infringidos.

116. En este sector podemos mencionar un conjunto de instrumentos que cumplen esta función de tutela directa de los Derechos Humanos, como el *habeas corpus*; el juicio de amparo regulado por los ordenamientos de numerosos países latinoamericanos, y recientemente también por la legislación española, incluyendo al *mandado de segurança* brasileño; el control judicial de la constitucionalidad de las leyes, cuando afectan los derechos subjetivos de los reclamantes; algunos medios de impugnación específicos del Derecho europeo continental, que podemos agrupar bajo la denominación de “recurso constitucional”, etcétera.

117. Aun cuando no pueden considerarse como instrumentos procesales en sentido estricto, debemos mencionar también dentro de este sector que estamos examinando, a la defensa de los derechos fundamentales que ha sido encomendada a la llamada *Prokuratura* de los ordenamientos socialistas, y al *Ombudsman* de origen escandinavo; en virtud de que esas instituciones se han establecido con la función esencial de la tutela de los citados derechos fundamentales.¹⁷²

118. Es preciso hacer la observación de que si bien los remedios mencionados pueden aislarse para efectos de estudio, en la realidad se

¹⁷¹ Cfr. Fernando Garrido Falla, en *Comentarios a la Constitución*, cit., *supra*, nota 127, pp. 1070-1076.

¹⁷² Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Introducción al estudio procesal comparativo*, cit., *supra* nota 142, pp. 184-186.

encuentran compenetrados entre sí, de tal manera que la protección de los Derechos Humanos será más efectiva en cuanto el ordenamiento respectivo pueda combinar armónicamente los instrumentos directos, indirectos y complementarios que hemos señalado, como lo ha puesto de relieve el tratadista francés André Legrand.¹⁷³

119. Por tratarse de remedios jurídicos y procesales muy disímolos, haremos un intento de agrupación tomando en cuenta su carácter predominante, pero no exclusivo, en los diversos sistemas o familias jurídicas. De acuerdo con este criterio, podemos señalar cinco sectores: a) los imperantes en el sistema angloamericano; b) los medios peculiares de los ordenamientos iberoamericanos; c) los tribunales constitucionales de las legislaciones europeas continentales; d) los instrumentos de protección en los ordenamientos socialistas, y e) el *Ombudsman* de origen escandinavo.¹⁷⁴

120. En los ordenamientos angloamericanos predominan esencialmente dos remedios tutelares: el *habeas corpus* para la protección de la libertad personal, y la *revisión judicial* como el conjunto de remedios ante los tribunales ordinarios para la tutela de los restantes derechos fundamentales. Por lo que se refiere al *habeas corpus*, que como es bien sabido surgió en el derecho medieval inglés como un instrumento para llevar a juicio a diversos sujetos procesales, se convirtió lentamente en el medio para proteger a los gobernados contra detenciones arbitrarias y se consagró en la famosa Ley de *Habeas Corpus* de 1679,¹⁷⁵ de ahí se extendió el derecho de las colonias inglesas en América, a la Constitución Federal de Estados Unidos y a los restantes ordenamientos de las antiguas colonias británicas; siguiendo este modelo la mayor parte de las constituciones latinoamericanas, inclusive las actualmente en vigor, y por lo que respecta a la Constitución federal mexicana de 1917, queda incluida dentro del juicio de amparo,¹⁷⁶ y muy recientemente también se extendió a España,

¹⁷³ L'*Ombudsman Scandinave. Etudes comparées sur le contrôle de l'administrations*, París, 1970, pp. 2-11.

¹⁷⁴ Esta división en cinco categorías es seguida también por el tratadista español José Luis Cascajo Castro. "El problema de la protección de los derechos humanos", en *Los derechos humanos. Significación, estatuto y sistemas*, Sevilla, 1979, pp. 261-299.

¹⁷⁵ Cfr. Sir William Holdsworth, *A History of English Law*, 6a. ed., Londres 1966, vol. 1, pp. 227-228; Frederick Pollock y William Maitland, *The History of English Law*, 2a. ed., Cambridge, Inglaterra, 1952, vol. II, pp. 587-589; R. J. Sharpe, *The Law of Habeas Corpus*, Oxford, 1976, pp. 1-7.

¹⁷⁶ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *La influencia angloamericana en la protección de los derechos humanos*, cit., supra, nota 101, pp. 491-497.

en virtud de que la Constitución de 1978 consagró dicha institución angloamericana en su artículo 17, inciso 4.¹⁷⁷

121. En la actualidad el *habeas corpus* ha extendido su esfera tutelar tanto en Inglaterra como en Estados Unidos, si se toma en consideración que el derecho británico puede utilizarse en ciertos supuestos contra irregularidades judiciales en el proceso penal y no exclusivamente contra detenciones administrativas,¹⁷⁸ en tanto que en la esfera federal el *habeas corpus* adquirió en Estados Unidos la dimensión de un verdadero medio de impugnación contra las sentencias, inclusive con autoridad de cosa juzgada, pronunciadas por los tribunales locales, cuando adolecen de vicios de procedimiento.¹⁷⁹

122. Por lo que se refiere a la revisión judicial, que no debe considerarse como un instrumento unitario, sino un principio que abarca varios remedios disímolos, pues sólo significa que los afectados por un acto o por una ley que consideren inconstitucionales, pueden acudir ante los tribunales para solicitar su reparación. La revisión judicial contra actos inconstitucionales también puede utilizarse en el derecho británico,¹⁸⁰ pero no así contra las disposiciones legislativas, debido al principio de la supremacía del Parlamento, no obstante que paradójicamente las ideas que llevaron al establecimiento de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, surgieron precisamente en Inglaterra y se transmitieron a las colonias de América, como es bien sabido (ver *supra*, párrafo 90), y de ahí se extendió por una parte a las constituciones de los países latinoamericanos independizados de España, que

¹⁷⁷ Dicho precepto dispone en su parte conducente: "La ley regulará un procedimiento de *habeas corpus* para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente."

¹⁷⁸ Cfr. entre los otros, Amon Rubinstein, "*Habeas corpus* as a means of review", en *The Modern Law Review*, Londres, mayo de 1964, pp. 323-331; *Id.* "Supervisory Remedies", en *Jurisdiction and illegality. A study in public law*, Oxford, 1965, pp. 107 y ss.; D. M. Gordon, "The unruly writ of *habeas corpus*", en *The Modern Law Review*, Londres, septiembre de 1963, pp. 520 y ss.; R. J. Sharpe, *The Law of habeas corpus*, cit., *supra*, nota 175, pp. 200 y ss.

¹⁷⁹ Cfr. el extenso y documentado comentario "Developments in the law. Federal *habeas corpus*", en *Harvard Law Review*, marzo de 1970, pp. 1039-1280; Michael Cole y Jeffrey Small, "State post-conviction remedies and federal *habeas corpus*", en *New York University Law Review*, enero de 1965, pp. 154-196; Paul M. Bator, "Finality criminal law and federal *habeas corpus*", en *Harvard Law Review*, enero de 1963, pp. 465 y ss.

¹⁸⁰ Cfr. entre otros, F. H. Lawson, *Remedies of English Law*, y Harry Street, *Freedom, the individual and the law*, ambos publicados en Middlessex, Inglaterra, 1972 y 1967, respectivamente.

en su mayor parte conservan todavía,¹⁸¹ y por la otra a los ordenamientos fundamentales de la *Commonwealth*.¹⁸²

123. En términos muy generales podemos afirmar que la revisión judicial de la constitucionalidad de los actos de autoridad significa que los afectados en sus derechos fundamentales pueden acudir ante los tribunales ordinarios para solicitar la protección de estos derechos, generalmente con efectos reparadores, y cuando se trata del cumplimiento de disposiciones legislativas que se consideran contrarias a la Carta Constitucional, los propios tribunales pueden desaplicar para el caso concreto en el cual se plantea la cuestión de manera prejudicial o incidental (ver *supra*, párrafo 100) los preceptos legales impugnados, con efectos sólo para las partes que han intervenido en la controversia. Este segundo aspecto de la revisión judicial contra las leyes inconstitucionales (*judicial review of legislation*), es lo que se ha calificado como sistema “americano” no sólo por haber surgido en Estados Unidos, sino además por ser el predominante en los ordenamientos de nuestro continente, de Canadá hasta Argentina, y por ello ha sido calificado por el destacado tratadista norteamericano J. A. C. Grant, como “una contribución de las Américas a la ciencia política”.¹⁸³

124. Esta revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, que en teoría aparenta una sencillez que sedujo a Alexis de Tocqueville en su clásico libro *La Democracia en América*,¹⁸⁴ y por su conducto a la mayoría de los constituyentes latinoamericanos, puesto que se rige por los principios esenciales del control *difuso, incidental, especial y declarativo*, según lo puso de relieve de manera penetrante el procesalista florentino Piero Calamandrei,¹⁸⁵ asume en su regulación en los diversos ordenamientos que han aceptado este sistema modalidades de gran complejidad y en ocasiones

¹⁸¹ Cfr. Phanor J. Eder, “Judicial Review in Latin America”, en *Ohio State Law Journal*, 1960, pp. 570-615; Keith S. Rosenn, *Ídem*, 1974, pp. 785-819; David S. Clark, “Judicial protection of the Constitution in Latin America”, en *Hastings Constitutional Law Quarterly*, 1975, pp. 405-442.

¹⁸² Cfr. Edward McWhinney, *Constitutional Review in the Commonwealth*, cit., *supra* nota 100, pp. 82 y ss.

¹⁸³ *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes*, México, 1963, y cuyo subtítulo es precisamente “Una contribución de las Américas a la ciencia política”.

¹⁸⁴ *La Democracia en América* (trad. de Luis R. Cuéllar), México, 1957, cap. VI, pp. 90-97. La primera edición castellana, según la traducción de Sánchez de Bustamante, se conoció en América Latina desde el año de 1837, al año siguiente de su publicación en París.

¹⁸⁵ *La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil*, cit., *supra*, nota 153, p. 33.

se tramitan a través de procedimientos específicos, como ocurre, para no citar sino un ejemplo entre muchos, con el llamado *recurso extraordinario de constitucionalidad* en la Constitución de Argentina (artículos 100 y 101) y en la de Brasil (artículo 119, fracción III), o con el *amparo contra leyes* en el Derecho mexicano (artículos 103 y 133),¹⁸⁶ inclusive en Estados Unidos, además de los instrumentos procesales tradicionales, ha surgido la posibilidad de plantear la impugnación de la constitucionalidad de las disposiciones legislativas a través de la llamada *acción declarativa*,¹⁸⁷ todo lo cual hace muy difícil trazar una visión panorámica de esta institución.

125. Por lo que se refiere a los *instrumentos que podemos* considerar peculiares de los ordenamientos iberoamericanos, los cuales coexisten con la revisión judicial angloamericana, señalados en los párrafos anteriores, y también con la penetración reciente de los tribunales constitucionales especializados de origen europeo continental (ver *infra*, párrafo 147), es posible, dentro de esta visión simplificadora que hemos adoptado, señalar por una parte la *acción, recurso o juicio de amparo* y, por la otra, la llamada *acción popular de inconstitucionalidad*.

126. Por lo que se refiere al derecho de amparo debe considerarse como el resultado de la combinación de las influencias de la revisión judicial angloamericana (ver *supra*, párrafo 122) y de la tradición jurídica española, de la cual proviene su nombre calificado como "castizo, evocador y legendario" por el ilustre constitucionalista mexicano Felipe Tena Ramírez.¹⁸⁸ Se introdujo primero en el Derecho constitucional mexicano en tres etapas, como es bien sabido, en la Constitución yucateca de 1841; después en el documento denominado Acta de Reformas (a la Constitución federal de 1824), expedido en 1847, y de manera definitiva en la

¹⁸⁶ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "La justicia constitucional en Iberoamérica y la declaración general de inconstitucionalidad", en *Revista de la Facultad de Derecho en México*, núm. 111, septiembre-diciembre de 1979, pp. 648-654.

¹⁸⁷ Cfr. Edwin M. Bochard, "Las sentencias declarativas" (trad. de Martha Evelina y Amílcar Mercader), en *Revista de derecho procesal*, Buenos Aires, 1947, primera parte, pp. 612 y ss.; George B. Fraser, "A Survey of Declaratory Judgment Actions in the United States", *Iowa Law Review*, verano de 1954, pp. 639-657; Frank Maraist, "Federal Injunctive Relief against State Court Proceedings: The significance of Dombrowsk", *Id.* "Federal intervention in State Criminal Proceedings: Dombrowsky, Younger and beyond", en *Texas Law Review*, febrero de 1970, pp. 553-607, y 1124-1132, respectivamente.

¹⁸⁸ *Derecho constitucional mexicano*, cit., *supra* nota 44, p. 492, nota 8.

Constitución federal de 5 de febrero de 1857,¹⁸⁹ y de allí trascendió a otros ordenamientos latinoamericanos, especialmente a Centroamérica y con posterioridad a varios países de Sudamérica,¹⁹⁰ y también a la Constitución republicana española de 1931, restablecido en la Constitución vigente de 1978.¹⁹¹

127. En la actualidad, el derecho de amparo está regulado por los ordenamientos fundamentales de Argentina (si bien no se consagra en la Constitución federal, sí en varias cartas provinciales y en la legislación nacional y local); Bolivia (Constitución de 1967, artículo 19); Costa Rica (Constitución de 1949, artículo 48); El Salvador (Constitución de 1962, artículo 89, fracción I); España (Constitución de 1978, artículos 53, inciso 2, 161, inciso 1, y 162, inciso 1); Guatemala (Constitución de 1965, artículos 264 y siguientes); Honduras (Constitución de 1965, artículo 58); México (Constitución federal de 1917, artículos 103 y 107); Nicaragua (Estatuto fundamental de 1979, artículo 50); Panamá (Constitución de 1972, artículo 79); Paraguay (Constitución de 1967, artículo 77); Perú (Constitución de 1979, artículo 295), y Venezuela (Constitución de 1961, artículo 49). A los anteriores deben agregarse las disposiciones fundamentales que consagran instituciones similares, como el llamado "recurso de protección" establecido en el artículo 20 de la Constitución chilena de 1980, y el *mandado de segurança* (que algunos autores traducen al castellano como "mandamiento de amparo") consagrado por el artículo 153, parágrafo 21, de la Constitución federal brasileña de 1967, reformada en 1969.¹⁹²

128. Desde un punto de vista muy general y haciendo abstracción de los diversos matices que asume la institución en los ordenamientos men-

¹⁸⁹ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "Breve introducción al juicio de amparo mexicano", en *Memoria de El Colegio Nacional*, 1977, México, 1977, pp. 148-152.

¹⁹⁰ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "El juicio de amparo en Latinoamérica", en *Memoria de El Colegio Nacional*, 1977, México, 1978, pp. 101-109, cuya revisión actualizada y traducida al inglés por el profesor Carl E. Schwarz con el título "The writ of amparo in Latin America", en *The Lawyer of the Americas. The University of Miami Journal of International Law*, diciembre de 1981, pp. 364-367.

¹⁹¹ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "El derecho de amparo en México y en España. Su influencia recíproca", en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, Madrid, 1979, pp. 227-267; traducido al italiano por Paolo Saitta con el título de "El diritto d'amparo in Messico e in Spagna. Influenze reciproche", en *Diritto e Società*, Padova, 1979, pp. 235-262.

¹⁹² Cfr. Héctor Fix-Zamudio, además de los trabajos citados en la nota 190, "El juicio de amparo latinoamericano", en *Estudios jurídicos en memoria de Alberto Vázquez del Mercado*, México, 1982, pp. 193-245. También puede consultarse el excelente estudio panorámico del destacado tratadista brasileño José Afonso da Silva, "Da jurisdição constitucional no Brasil e na América Latina", en *Revista da Procuraduria Geral do Estado*, núm. 13-15, São Paulo, diciembre de 1979, pp. 105-171.

cionados en el párrafo anterior, es posible sostener que el derecho de amparo se traduce en un procedimiento sencillo y breve que se sigue ante los tribunales judiciales para la tutela de los derechos fundamentales, tanto individuales como de carácter social (con exclusión de la libertad personal protegida por el *habeas corpus*, ver *supra*, párrafo 118), cuando son afectados por cualquier autoridad (y en ocasiones inclusive por organismos públicos descentralizados, organizaciones profesionales o grupos de presión), y cuya decisión tiene efectos de carácter reparador en beneficio del solicitante. El amparo mexicano comprende no sólo esta esfera protectora, sino también la libertad personal, la impugnación de las leyes inconstitucionales y, en general, la tutela de todo el ordenamiento jurídico nacional.

129. Por lo que se refiere a la *acción popular de inconstitucionalidad* que se introdujo en los ordenamientos constitucionales de Colombia y Venezuela desde fines del siglo pasado y principios del presente, se fue perfeccionando paulatinamente y en la actualidad está consagrada en los artículos 214 y 215, respectivamente, de las cartas fundamentales de estos dos países.¹⁹³ Con posterioridad, esta institución se consagró en las leyes fundamentales de El Salvador 1950 (actualmente en el artículo 96 de la Constitución de 1962), y en la de Panamá de 1941 (artículo 188 de la vigente en 1972), así como en los artículos 9o. y 170 de la Constitución de la Provincia argentina del Chaco.¹⁹⁴

130. De acuerdo con dicha acción popular, cualquier persona (inclusive en algunos supuestos, los extranjeros residentes) puede acudir ante la Corte Suprema de Justicia para demandar la inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas que considere contrarias a la carta fundamental, en la inteligencia de que dicha declaración tiene efectos generales, *erga omnes*.

131. En los ordenamientos constitucionales de los países de Europa continental ha predominado el calificado como sistema austríaco, es decir,

¹⁹³ Como ejemplo, pues la bibliografía es amplia, podemos citar los trabajos siguientes: Jaime Sanín Greiffenstein, *La defensa judicial de la Constitución*, Bogotá, 1971; Luis Carlos Sáchica, *Constitucionalidad colombiana*, 3a. ed., Bogotá, 1976, pp. 108-110; José Guillermo Andueza, *La jurisdicción constitucional en el Derecho venezolano*, 2a. ed., Caracas, 1974, pp. 45-54; Allan R. Brewer Carías, *El control de la constitucionalidad de los actos estatales*, Caracas, 1977, pp. 77-78, 206; Humberto J. la Roche, *Instituciones constitucionales del Estado venezolano*, 7a. ed., Maracaibo, 1980, pp. 144-147.

¹⁹⁴ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "Justicia constitucional y régimen democrático en Iberoamérica", en *Anuario Jurídico IX (1982)*, México, 1982, pp. 393-394.

el que surgió en la Constitución federal de 1920, debido a las ideas del ilustre Hans Kelsen (ver *supra*, párrafos 80-81), el cual se ha desarrollado extraordinariamente en esta segunda posguerra. De acuerdo con este sistema, se encomienda a un organismo jurisdiccional especializado, es decir, una corte o tribunal constitucional, la protección de los Derechos Humanos consagrados en las Cartas fundamentales. En este sector, dicha tutela se realiza a través de dos instituciones esenciales: los recursos constitucionales (*Verfassungsbeschberde*) y la instancia judicial para la declaración de inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas aplicables en un proceso concreto (*Rechterklage o konkrete Normenkontrolle*). Por lo que respecta a este último, ver *supra*, párrafo 100.

132. El *recurso constitucional* está regulado por los artículos 93, párrafo I, inciso 4o. a) de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (artículos 90 a 96 de la Ley orgánica del Tribunal Federal Constitucional), precisamente con la denominación de *Verfassungsbeschberde* (literalmente queja constitucional, pero se le ha traducido libremente como “recurso constitucional” y en algunas ocasiones como “recurso de amparo constitucional”;¹⁹⁵ artículo 144 de la Constitución federal austríaca de 1920-1929, restablecida en 1945 (con la denominación de *Beschwerde*) y reglamentada por los artículos 82 a 88 de la Ley orgánica de la Corte Constitucional de 1953; y artículos 113, inciso 3, de la Constitución federal suiza de 29 de mayo de 1974, con el nombre de *Staatsrechtliche Beschwerde* (recurso de derecho público) y por el artículo 84 de la Ley de organización judicial de 16 de diciembre de 1943. Una situación similar es la del *recurso de amparo* de los artículos 53, inciso 2; 161, inciso 1o.; 162, inciso I, de la Constitución española de 1978, reglamentados por los artículos 41 a 58 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional de tres de octubre de 1979.¹⁹⁶

133. A través de este recurso constitucional o de amparo, el afectado en sus derechos constitucionales por un acto de autoridad debe acudir previamente a la vía administrativa o judicial, o a ambas, para agotar los medios de defensa ordinarios, salvo casos excepcionales en que la urgencia

¹⁹⁵ En este último sentido, Ingo Von Münch, “El recurso de amparo constitucional como instrumento jurídico y político en la República Federal de Alemania” (trad. de Carlos A. Haller), en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 7, enero-febrero de 1977, pp. 269-289.

¹⁹⁶ Para el derecho germánico, *cfr.* Andrea Hans Schuler, *Die Verfassungsbeschwerde*, cit., *supra*, nota 148, y para el amparo español, Jesús González Pérez, *Derecho procesal constitucional*, cit., *supra* nota 133, pp. 277-330; José Almagro Nosete, *Justicia constitucional*, cit., *supra*, nota 152, pp. 189-272.

del caso o la inoperancia de dichos medios de defensa, se puede acudir directamente a dicho recurso constitucional, el cual se interpone cuando el acto impugnado es definitivo, ante el Tribunal o Corte Constitucional respectivo (salvo el caso de Suiza, que debe formularse ante el Tribunal Federal), el cual sí considera que dicho acto es contrario a la Carta fundamental otorga su protección al reclamante, reparando la violación, y cuando lo estima necesario declara la inconstitucionalidad de la Ley en que se apoya dicho acto.

134. En cuanto a la impugnación de las disposiciones legislativas aplicables en un proceso concreto, ya hemos señalado con anterioridad (ver *supra*, párrafo 100) que si la cuestión respectiva es planteada por las partes, o de oficio por el juez ordinario, éste debe suspender el procedimiento y elevar los autos a la Corte o Tribunal Constitucional para que este último decida exclusivamente sobre el problema de constitucionalidad, con efectos generales.¹⁹⁷

135. Para la protección de los Derechos Humanos, predominantemente de carácter social, consagrados en las constituciones de los países, se ha seguido el ejemplo de la Unión Soviética, la cual estableció la institución de la *Prokuratura* (que en ocasiones se ha traducido como Ministerio Público, pero sin coincidir estrictamente con esta figura), como el órgano encargado de recibir las reclamaciones de los gobernados contra los actos de autoridades y de organizaciones sociales, que afecten dichos derechos. Dicho organismo que se encuentra estrictamente jerarquizado, en todos sus niveles, hace gestiones ante dichas autoridades u organizaciones para lograr la reparación de estas infracciones, y si no obtiene éxito formula reclamaciones que van ascendiendo en la escala jerárquica hasta llegar al procurador general. Se ha señalado que esta labor es similar en cierto sentido con la del *Ombudsman* escandinavo que examinaremos más adelante (ver *infra*, párrafos 1933-1937).¹⁹⁸

¹⁹⁷ La bibliografía en relación con el recurso constitucional y el control concreto de la inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas ante los tribunales y cortes constitucionales es impresionante, por lo que nos remitimos a las obras mencionadas en nuestro libro, Héctor Fix-Zamudio, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, cit. *supra*, nota 62, pp. 45-113, así como la información contenida en los documentados trabajos presentados en el coloquio internacional efectuado en Aix-en-Provence, Francia, durante los días 19 a 21 de febrero de 1981, y que fueron publicados en francés con el título genérico de "La protection des droits fondamentaux par les juridictions constitutionnelles en Europe (Allemagne Federal, Autriche, France, Italie)", en *Revue internationale de droit comparé*, núm. 2, París, abril-junio de 1981, pp. 252-271.

¹⁹⁸ *Cfr.* sobre las semejanzas de ambas instituciones: Henry Puget, "Le contrôle de l'administration, les systèmes classiques, l'Ombudsman et la Prokuratura", en *Revue internationale de droit comparé*, París, enero-marzo de 1965, pp. 5 y ss.; Leon Boim, "Ombudsmanship in the Soviet Union", en *The American Journal of Comparative Law*, verano de 1974, pp. 509-540.

136. Tomando como ejemplo el ordenamiento constitucional soviético, que es el que sirve de modelo a los restantes países socialistas, los cuales regulan la institución en forma muy similar, se puede señalar que los artículos 164 de la vigente Constitución Soviética de 1977 y el primero de la Ley orgánica de la *Prokuratura* de noviembre de 1979 disponen:

El control supremo del cumplimiento exacto y uniforme de las leyes por todos los ministerios, los comités y departamentos estatales, empresas, instituciones y organizaciones, los órganos ejecutivos y administrativos de los Soviet locales de diputados populares, koljoses, cooperativas y otras organizaciones sociales, así como por los funcionarios públicos y los ciudadanos, incumbe al Procurador General de la URSS y a los procuradores que le están subordinados.

137. Esta función de fiscalización y de vigilancia de la legalidad socialista la realiza el procurador general y los procuradores que dependen de él en los distintos niveles, a través de dos procedimientos, que se puedan denominar, de manera aproximada como *protesta y recomendación*. La primera puede definirse como la reclamación que presenta el procurador respectivo, a fin de que la autoridad o su inmediato superior, corrijan las violaciones de los derechos de los gobernados o enmienden los errores que afectan tales derechos, tomando en consideración que la citada protesta también puede formularse por los respectivos procuradores ante los tribunales judiciales, como medio de impugnación contra los fallos que se estimen ilegales (artículo 25 de la Ley orgánica). A su vez, *la proposición o recomendación* implica que los procuradores, de acuerdo con el nivel a que pertenecen pueden formular sugerencias a los órganos del Estado, funcionarios u organizaciones sociales, para que éstos, dentro de un plazo determinado, generalmente un mes, pongan fin a las infracciones y a las causas que las han originado y, en su caso, adopten las medidas concretas para que cesen las propias infracciones y se supriman los motivos de las mismas (artículo 26 de la Ley orgánica de 1979).¹⁹⁹

138. El último sector de estos instrumentos que hemos agrupado bajo la denominación de la jurisdicción constitucional de la libertad, está

¹⁹⁹ Cfr. Como la bibliografía es muy extensa, citamos sólo las obras más generales y accesibles: Glenn G. Morgan, *Soviet administrative legality. The role of The Attorney General's office*, Stanford, California, 1962; Gordon B. Smith, *The Soviet Procuracy and the suppression of the administration*, Alphen aan den Rijn, Holanda, 1978; Dietrich Loeber, "La Procuratura soviética y los derechos del individuo hacia el Estado" en *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, La Haya, otoño de 1957, pp. 72-114.

representada por el llamado *Ombudsman* (palabra sueca que significa representante), institución que surgió en los países escandinavos como comisionados del organismo legislativo para ejercer una función de fiscalización sobre las autoridades administrativas y para tutelar los derechos e intereses legítimos de los administrados.²⁰⁰

139. Es una institución muy difícil de describir brevemente, debido a su expansión que puede calificarse de meteórica en esta segunda posguerra, pues se ha introducido con muy variadas denominaciones en numerosos ordenamientos de las más diversas familias o sistemas jurídicos, al extremo que sin exageración puede calificarse, como lo hace el tratadista francés André Legrand, como una "institución universal".²⁰¹ Por otra parte, la bibliografía que se ha redactado sobre el propio *Ombudsman* es abrumadora hasta el extremo que se ha hablado de *Ombudsmanía*. Por otra parte, su creciente importancia ha propiciado el establecimiento de un instituto internacional en la Universidad de Alberta, Canadá (*Internacional Ombudsman Institute*), que realiza una extraordinaria labor de investigación y de información.

140. Es muy difícil elaborar un concepto general sobre una institución que ha asumido muy variados matices, pero de manera aproximada podemos describir al *Ombudsman* como el organismo dirigido por uno o varios funcionarios, designados por el órgano parlamentario, por el ejecutivo o por ambos, que con el auxilio de personal técnico, posee la función esencial de recibir e investigar las reclamaciones por la afectación de los derechos fundamentales de los gobernados realizada por las autoridades administrativas, no sólo por infracciones legales, sino también por injusticia, irrazonabilidad o retraso manifiesto y con motivo de esta investigación pueden proponer, sin efectos obligatorios, las soluciones que estimen más adecuadas para evitar o subsanar las citadas violaciones. Esta labor se comunica periódicamente a los más altos órganos del gobierno, y al parlamento, o a ambos, con la facultad de sugerir las medidas legales y reglamentarias que consideren necesarias para mejorar los servicios públicos respectivos.²⁰²

²⁰⁰ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "Reflexiones comparativas sobre el *Ombudsman*", en *Memoria de El Colegio Nacional, 1979*, México, 1980, pp. 105-111.

²⁰¹ "Une institution universelle: l'*Ombudsman*", en *Revue internationale de droit comparé*, París, 1973, pp. 851-856; puede consultarse también el documentado estudio de Giuseppino Treves, "La diffusione dell'*Ombudsman* nel mondo", en el libro editado por Constantino Mortati, *L'Ombudsman (il difensore civico)*, Torino, 1974, pp. 115-143.

²⁰² Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "Reflexiones comparativas sobre el *Ombudsman*", en *Memorias de El Colegio Nacional, 1979*, México, 1980, pp. 99-149.

141. Aun cuando el *Ombudsman* surgió con el propósito de tutelar los derechos e intereses legítimos de los administrados, particularmente en el campo de la legalidad administrativa, el crecimiento espectacular de sus atribuciones y su difusión por un sector cada vez más amplio de los ordenamientos de los más diversos sistemas o familias jurídicas, lo mismo del derecho continental europeo, que el *Common Law*, e inclusive en muchos países en vías de desarrollo (para no hablar de la muy poco simpática y extremadamente imprecisa expresión del “tercer mundo”), lo ha vinculado cada vez más con la tutela directa de los derechos fundamentales consagrados en los textos constitucionales. Como ejemplos podemos citar al promotor de la justicia del derecho portugués (artículo 24 de la Constitución de 1976 y leyes reglamentarias de 22 de noviembre de 1977 y 2 de marzo de 1978), y el defensor del pueblo español (Constitución de 1978, artículo 54 y Ley orgánica del 6 de abril de 1979), los que, en su calidad de comisionados del órgano parlamentario, pueden acudir ante los órganos de justicia constitucional para solicitar la inconstitucionalidad de una ley —y en el caso del defensor del pueblo, también interponer el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional—, con el objeto de tutelar los derechos constitucionales de los administrados.

142. No obstante que la característica esencial del *Ombudsman* en sus diversas modalidades consiste en que sus opiniones no son obligatorias para las autoridades administrativas, y por este motivo se le ha calificado como “magistraturas de influencia, de opinión o de persuasión”, sus intervenciones han logrado resolver a través de un procedimiento investigador rápido y sin formalismos, un porcentaje elevado de las reclamaciones que se les presentan, ya sea directamente o por conducto de los miembros de la Cámara de los Comunes (comisionado inglés para la Administración) o de las dos cámaras legislativas (*Médiateur* francés), y en ciertos casos inclusive de oficio; en virtud de que normalmente las propias autoridades ante las que interviene siguen las sugerencias del organismo fiscalizador. Por otra parte, su conocimiento de conjunto de los aspectos más débiles de la actividad administrativa, le permite formular observaciones generales para reformas de procedimiento y legislativas para mejorar la prestación de los servicios públicos, todo lo cual le ha proporcionado un prestigio cada vez más amplio.²⁰³

²⁰³ Como la bibliografía es no sólo impresionante, sino que se puede calificar de abrumadora, citamos sólo algunas obras recientes de carácter comparativo, Donald C. Rowat, *El Ombudsman* (trad. de Eduardo L. Suárez), México, 1973; *Id. Ombudsman Plan*, Toronto, 1973; Álvaro Gil Robles y Gil

b) La jurisdicción constitucional orgánica

143. Sólo para efectos de estudio podemos escindir este sector del anterior, pues normalmente se encuentran unidos y compenetrados entre sí. Sin embargo, desde el punto de vista sistemático y con el único objeto de penetrar con mayor profundidad en esta materia, resulta conveniente esta división, de acuerdo con la cual, la jurisdicción constitucional orgánica comprende los instrumentos de resolución de los conflictos entre los diversos órganos del poder, en relación con las competencias y atribuciones establecidas para dichos órganos en los preceptos de las cartas fundamentales. Generalmente este tipo de conflictos se conoce con la denominación de controversias o litigios constitucionales (ver *supra*, párrafo 95).

144. Los instrumentos que conforman esta categoría surgieron históricamente en los países federales, en virtud de que era necesario resolver las controversias que pudieran surgir entre los poderes centrales y los locales sobre las competencias establecidas por la Constitución Federal. Por ello no resulta extraño que el primer documento fundamental que estableció el procedimiento para la decisión de estos conflictos fue la Constitución Federal de Estados Unidos de 1787, en su artículo 3o., sección 2, inciso 1, en cuanto atribuyó a la Corte Suprema Federal el conocimiento de las controversias en que participaren Estados Unidos y aquellas que surgieran entre dos o más estados, disposición que no tuvo una aplicación sencilla pues ocasionó serios debates y varias tesis jurisprudenciales.²⁰⁴

145. En esta dirección encontramos varios ejemplos históricos, que siguiendo el modelo de la Constitución Federal de Estados Unidos, establecieron los instrumentos para resolver judicialmente las controversias o litigios constitucionales entre las autoridades centrales y las de carácter local, pudiendo citarse el ensayo contenido en la Constitución alemana de 29 de marzo de 1849, aprobada por la Asamblea Nacional reunida en la iglesia de San Pablo en Frankfurt, en la que se creó un Tribunal del Imperio con el objeto de resolver este tipo de conflictos entre las autoridades

Delgado. *El control parlamentario de la administración (El Ombudsman)*, 2a. ed., Madrid, 1981; Miguel M. Padilla. *La institución del Comisionado Parlamentario (El Ombudsman)*, Buenos Aires, 1972; Constantino Mortati (editor), *L'Ombudsman (Il difensore civico)*, *supra* nota 201; Frank Stacey, *Ombudsman compared*, Oxford, 1978.

²⁰⁴ Cfr. entre otros, Bernard Schwartz, *Los poderes del gobierno. Comentarios sobre la Constitución de Estados Unidos*, vol. 1. *Poderes federales y estatales* (trad. de Juan José Olloqui Labastida), México, 1966, pp. 506-518.

imperiales y las de los diversos Estados miembros; documento que, como es bien sabido no fue posible llevar a la práctica;²⁰⁵ en el siglo anterior también se puede mencionar a la Constitución de la Condeferación suiza de 29 de mayo de 1774, la que en su artículo 110 otorga competencia al Tribunal Federal para conocer de las controversias entre la propia Condeferación y los Cantones y de éstos entre sí.

146. En esta misma dirección podemos citar al Tribunal de Justicia Constitucional consagrado por el artículo 19 de la Constitución alemana de Weimar de 11 de agosto de 1919, al cual se le atribuyó la competencia, que ejerció en varios casos importantes, para decidir los conflictos entre las autoridades centrales y las de las entidades federativas o de éstas entre sí,²⁰⁶ y resultó lógico que la Constitución federal austriaca de 10. de octubre de 1920, confiriera a la Corte Constitucional el conocimiento de los conflictos (que calificó de atribución), entre las entidades federativas (*Länder*) y entre una de ellas y la Federación (*Bund*) (artículo 138, inciso c), además de la impugnación directa de inconstitucionalidad de las leyes federales o locales a instancia del gobierno de la Unión o de una entidad, respectivamente (artículo 139),²⁰⁷ algo similar ocurrió con el Tribunal de Garantías Constitucionales de la Carta Republicana de 1931, cuyos artículos 121-124 le otorgaron facultad para decidir los conflictos de atribución o de competencias que surgieron entre el Estado y las regiones autónomas y las de éstas entre sí.²⁰⁸

147. En esta segunda posguerra los tribunales o cortes constitucionales establecidos en Italia, la República Federal de Alemania, República Federativa Socialista de Yugoslavia, la Corte Constitucional austriaca en 1945, etcétera, poseen la facultad de conocer los conflictos entre los poderes centrales y los de las entidades federativas o de las regiones autónomas, en especial por lo que respecta a sus facultades

²⁰⁵ Cfr. Hans Joachim Faller. "Defensa constitucional por medio de la jurisdicción constitucional en la República Federal de Alemania" (trad. de Carlos A. Haller), en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 7, Madrid, enero-febrero de 1979, pp. 48-49.

²⁰⁶ Cfr. Ottmar Bühler, *La Constitución alemana*, cit., *supra*, nota 64, pp. 54-56, Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, cit., *supra*, nota 11, pp. 131-136.

²⁰⁷ Cfr. Erwin Melichar, "Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich", en *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, cit., *supra*, nota 100, pp. 440-445. Félix Enuacora. *Die Verfassungsgerichtsbarkeit* (La Corte Constitucional), Graz, Austria, 1956, pp. 76-84.

²⁰⁸ Cfr. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Significado y funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales*, cit., *supra*, nota 121, pp. 504-513.

legislativas (*abstrakte Normenkontrolle*) o acción directa de inconstitucionalidad.²⁰⁹

148. Este tipo de conflictos se encuentra regulado con mayor precisión por el artículo 161, inciso 1, párrafo c), e inciso 2, de la Constitución española de 1978, y particularmente por el título IV de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1979, sobre el procedimiento para plantear las controversias entre el Estado con una o más comunidades autónomas; dos o más comunidades autónomas entre sí, y el gobierno con el Congreso de los Diputados, el Senado o el Consejo General del Poder Judicial; o a cualquiera de estos órganos constitucionales entre sí (artículo 59). Es decir, comprende los conflictos tanto positivos como negativos entre el Estado y las Comunidades Autónomas y éstas entre sí (artículos 60-72), así como las controversias entre los órganos constitucionales del Estado (artículos 73-75).²¹⁰

149. Al respecto debe destacarse que varios de los tribunales constitucionales especializados que se han establecido en América Latina por influencia del derecho europeo continental, lo han sido para resolver controversias de carácter constitucional, tomando en consideración que coexisten con los tribunales ordinarios a los cuales corresponde el conocimiento de los instrumentos de tutela de los Derechos Humanos. En esta dirección podemos señalar a la Corte de Constitucionalidad de Guatemala (artículos 262 a 265 de la Constitución de 15 de septiembre de 1965, y 105 a 111 de la Ley reglamentaria de 3 de mayo de 1966),²¹¹ y el Tribunal Constitucional establecido en las reformas de 1970 al artículo 78 b) de la Constitución chilena de 1925.²¹² Este último Tribunal entre los años de 1971 en que se constituyó y en noviembre de 1973 en que lo disolvió el gobierno militar, decidió varios conflictos constitucionales entre el Congreso, de mayoría opositora, y el presidente Salvador Allende.²¹³ El propio

²⁰⁹ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, cit., *supra*, nota 62, pp. 45-86.

²¹⁰ Cfr. Jesús González Pérez, *Derecho procesal constitucional*, cit., *supra* nota 133, pp. 333-358; José Almagro Nosete, *Justicia Constitucional*, cit., *supra*, nota 152, pp. 275-327.

²¹¹ Cfr. Mario Aguirre Godoy, "Protección procesal de los derechos humanos", en *Septem Paritarum*, Guatemala, 1976, pp. 938-993.

²¹² Cfr. Enrique Silva Cimma, *El Tribunal Constitucional de Chile (1971-1973)*, Caracas, 1977, pp. 15 y ss.; Alejandro Silva Bascuñán, "El Tribunal Constitucional", en *Reforma constitucional de 1970*, Santiago, 1970, pp. 207 y ss.

²¹³ Cfr. Enrique Silva Cimma, *op. ult. cit.*, pp. 63-206.

Tribunal Constitucional ha sido restablecido por los artículos 81 y 82 de la Constitución chilena de 1980, con facultades similares a las que tenía el anterior, reglamentados por la Ley orgánica del citado Tribunal, promulgada el 12 de mayo de 1981, aun cuando dichas controversias constitucionales no podrán plantearse en tanto no funcione el organismo parlamentario, pues las disposiciones legislativas son expedidas por la Junta de Gobierno.

150. Un aspecto importante de la jurisdicción constitucional orgánica consiste en la *impugnación preventiva* de los proyectos de ley que se consideren inconstitucionales, consagradas por varios ordenamientos fundamentales. Entre los ejemplos que podemos citar se encuentra lo dispuesto por la Constitución portuguesa de 1976 cuyo artículo 277 establece la llamada *fiscalización preventiva de la constitucionalidad* que compete al Consejo de la Revolución, previo dictamen de la Comisión Constitucional; pero si la decisión declara la inconstitucionalidad de un decreto de la Asamblea de la República, el jefe del Estado debe vetarlo y no podrá ser promulgado si dicha Asamblea no lo aprueba nuevamente con el voto de dos tercios de los diputados presentes (artículo 278 constitucional).²¹⁴

151. Otro ejemplo de control preventivo regulado con mejor técnica que el anterior es el denominado "recurso previo de inconstitucionalidad" previsto por el artículo 79 de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional español de 1979, a través del cual pueden impugnar los proyectos de Estatutos de Autonomía y de Leyes Orgánicas (que requieren de una mayoría calificada), las entidades legitimadas para interponer el recurso de inconstitucionalidad en general (es decir, el presidente del Gobierno, el defensor del pueblo, cincuenta diputados o cincuenta senadores, según el artículo 32 de dicha Ley orgánica). La decisión del Tribunal Constitucional cuando declare la inconstitucionalidad del texto impugnado, impide que se prosiga la tramitación legislativa en tanto que los preceptos respectivos no hayan sido suprimidos o modificados por el órgano competente, y sin que el pronunciamiento en el recurso previo prejuzgue la decisión del tribunal sobre los recursos que pudieren interponerse con posterioridad a la entrada en vigor con fuerza de ley del texto impugnado en la vía preventiva.²¹⁵

²¹⁴ Cfr. J. J. Gomes Canotilho y Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa*, cit., *supra*, nota 53, pp. 494-499.

²¹⁵ Cfr. Jesús González Pérez, *Derecho procesal constitucional*, cit., *supra*, nota 133, pp. 269-274; José Almagro Noseto, *Justicia constitucional*, cit., *supra*, nota 152, pp. 345-355.

152. En los ordenamientos español y portugués el control preventivo de las disposiciones legislativas coexiste con la impugnación posterior de los preceptos en vigor, pero en la regulación del Consejo Constitucional francés, según los artículos 56-63 de la Constitución de 1958, reglamentados por la Ley orgánica del citado Consejo de 7 de noviembre del mismo año de 1958, sólo autorizan el planteamiento de la inconstitucionalidad previa de las leyes expedidas por el Parlamento, que debe conocer de oficio dicho organismo cuando se trate de proyectos de leyes orgánicas (que requieren de mayoría calificada) o de las reglamentarias del cuerpo legislativo, y en todos los demás casos a petición del presidente de la República, del primer ministro, de los presidentes de ambas Cámaras del Parlamento, o bien por un grupo cuando menos de sesenta diputados o sesenta senadores.²¹⁶

153. En el caso del citado Consejo Constitucional francés podemos observar la estrecha vinculación entre la jurisdicción orgánica con la de la libertad, en virtud de que se estableció fundamentalmente como un órgano político para decidir, de manera previa las controversias entre el gobierno y el órgano legislativo, o entre sectores de este último; pero en forma creciente ha desarrollado una actividad que lo aproxima a una jurisdicción constitucional, como lo estima el sector importante de la doctrina francesa,²¹⁷ y además han sido numerosas sus resoluciones que están dirigidas a la tutela de los derechos fundamentales de los gobernados.²¹⁸

154. En resumen, el sector de la jurisdicción constitucional orgánica está constituida por los instrumentos a través de los cuales los órganos

²¹⁶ La bibliografía es muy extensa, por lo que mencionamos como ejemplo la documentada obra de François Luchaire, *Le Conseil Constitutionnel*, París, 1980, esp., pp. 99-172: así como los excelentes trabajos que se incluyen en el volumen monográfico de la revista *Pouvoirs*, dedicados al Conseil Constitutionnel, núm. 13, París, segundo trimestre de 1980.

²¹⁷ Entre los tratados que sostienen el carácter jurisdiccional del Consejo Constitucional pueden mencionarse a Maurice Duverger, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 9a. ed., París, 1970, pp. 816-818; François Luchaire, *op. ult. cit.*, pp. 33-56; Claude Frank, *Les fonctions juridictionnelles du Conseil Constitutionnel*, cit., *supra* nota 161, pp. 13-49; André Hauriou, *Derecho constitucional e instituciones políticas*, cit., *supra*, nota 78, p. 637; Louis Favoreau, "Le Conseil Constitutionnel régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics", en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, París, enero-febrero de 1976, pp. 115-120.

²¹⁸ Citamos como las más recientes, los estudios de François Luchaire, "Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux. Conseil Constitutionnel français", y de François Goguel, "Objet et portée de la protection des droits fondamentaux. Conseil Constitutionnel", ambos en *Revue internationale de droit comparé*, cit., *supra*, nota 197, pp. 285-334 y 433-447, respectivamente.

estatales afectados pueden impugnar los actos y las disposiciones legislativas de otros organismos del poder, que afecten las competencias y atribuciones establecidos en los preceptos constitucionales. Cuando el conflicto se refiere a la constitucionalidad de disposiciones legislativas, asume un carácter abstracto (*abstrakte Normenkontrolle*), es decir, no se plantea con motivo de un proceso concreto y puede interponerse previamente a la promulgación de la ley respectiva o con posterioridad a su entrada en vigor.

c) La jurisdicción constitucional de carácter internacional y comunitaria

155. Este es el tercer sector y último de la sistematización de los instrumentos de garantía constitucional y asume creciente importancia debido a las relaciones cada vez más estrechas entre las normas de carácter internacional y las que pueden calificarse como comunitarias, con los preceptos constitucionales internos. Aun cuando a primera vista pudiera considerarse un contrasentido que se hable de jurisdicción constitucional cuando se trata de resolución de conflictos en los cuales intervienen normas que provienen de fuentes diversas de las del derecho nacional; sin embargo, una reflexión más detenida nos demuestra que la defensa de las cartas fundamentales también debe abarcar su proyección hacia el exterior con independencia de la posición de las diversas constituciones o de la doctrina sobre las corrientes monistas o dualistas del derecho internacional.

156. Los problemas en esta materia son bastantes complejos y todavía se encuentran sujetos a una revisión debido a los constantes avances en los campos de los derechos internacional y comunitario. Sin embargo, trataremos de abordar brevemente las tres cuestiones que consideramos esenciales: *a)* la resolución de los conflictos relativos a la conformidad de los actos y de las disposiciones legislativas internas con las normas y principios de carácter internacional y comunitario; *b)* la decisión de las controversias en las que se discute la conformidad de las normas externas con los preceptos constitucionales, y *c)* los crecientes intentos de armonización entre los ordenamientos internos de carácter constitucional y las disposiciones o principios de carácter constitucional y las disposiciones o principios de carácter transnacional.

157. Aun cuando estamos conscientes de que las normas internacionales y comunitarias son mucho más complejas, para los efectos de este estudio superficial las separamos en dos sectores principales: las normas o

principios generalmente reconocidos y los tratados o convenios propiamente dichos. Son estos últimos los que primeramente se tomaron en cuenta en las cartas constitucionales para su incorporación al derecho interno. Así, podemos citar que el artículo 6o. de la Constitución Federal de Estados Unidos de 1787 dispuso que los tratados internacionales celebrados de acuerdo con la propia Constitución, es decir, por el presidente de la República con aprobación del Senado (artículo 2o., sección 2a., inciso 2), conjuntamente con la Constitución Federal y las leyes federales, integran el derecho supremo de la Unión y al mismo tiempo se otorgó facultad al poder judicial federal para conocer de las controversias derivadas de los propios tratados internacionales (artículo 3o., sección 2a., inciso 2). La jurisprudencia de los citados tribunales federales otorgó a dichos tratados el carácter de normas ordinarias federales y examinó en varios casos la conformidad de disposiciones locales en relación con las normas internacionales.²¹⁹

158. Por lo que se refiere al otro sector, es decir las reglas del derecho internacional generalmente reconocidas, las mismas se incorporaron expresamente a las disposiciones constitucionales y, por lo tanto, a los ordenamientos internos a partir de la primera posguerra; podemos citar como ejemplo el artículo 4o. de la Constitución alemana de 11 de agosto de 1919, en el cual se dispuso: "Las reglas del derecho internacional que sean generalmente reconocidas obligan como si formaran parte integrante del derecho alemán del Reich".²²⁰

159. En esta segunda posguerra la incorporación de las reglas de derecho internacional generalmente reconocidas a los ordenamientos constitucionales nacionales se ha desarrollado con mayor amplitud, de acuerdo con la creciente evolución del derecho internacional, y con mayor razón en las cartas fundamentales europeas, debido a la creación del derecho comunitario. Desde este ángulo podemos citar algunos preceptos importantes, tales como la parte relativa del artículo 10 de la Constitución italiana de 1948, según la cual: "El ordenamiento jurídico italiano se ajustará a las normas generalmente reconocidas del derecho internacional." Es más significativo en este sentido el artículo 25 de la ley fundamen-

²¹⁹ Cfr. Robert R. Bowie y Carl L. Friedrich, *Estudios sobre el federalismo* (trad. de Susana Barrancos), Buenos Aires, 1958, pp. 357-360.

²²⁰ Cfr. Ottmar Bühler, *La Constitución alemana*, cit., *supra*, nota 64, pp. 42-43.

tal de la República Federal de Alemania de 1949: "Las reglas generales del derecho internacional forman parte del derecho federal. Tienen preeminencia sobre las leyes y hacen nacer, directamente, derechos y obligaciones para los habitantes del territorio de la Federación."²²¹

A su vez, el artículo 8o. de la Constitución portuguesa de 1976 establece en su parte conducente: "1. Las normas y los principios de derecho internacional general o común forman parte integrante del derecho portugués."

160. Los preceptos anteriores son importantes en cuanto significan la incorporación de las normas consuetudinarias del derecho internacional, inclusive con un carácter superior a las leyes ordinarias, como lo establece el transcrito artículo 25 de la Constitución de la República Federal de Alemania, y además, como todos los países que hemos mencionado forman parte de las comunidades europeas, las cuales les son aplicables los principios generales que se han establecido a través de la jurisprudencia de la Corte de las propias comunidades con residencia en Luxemburgo.²²²

161. Lo anterior significa que tanto los tratados internacionales, una vez aprobados por los órganos competentes, así como las reglas de derecho internacional generalmente reconocidas, forman parte del derecho interno y son obligatorios para los organismos del poder, en virtud de que, según algunos de los textos constitucionales, poseen jerarquía superior a la de las leyes ordinarias, por lo que los organismos nacionales de justicia constitucional pueden conocer y decidir las controversias derivadas de la aplicación de los preceptos y principios del derecho internacional incorporadas a los ordenamientos internos, a los que los refuerzan considerablemente y les dan una amplitud mayor de protección, especialmente por lo que se refiere a los Derechos Humanos. Como lo señala el destacado comparatista Mauro Cappelletti, en relación con los países que

²²¹ A este respecto debe tomarse en consideración que el inciso 4) del artículo 100 de la referida ley fundamental de la República Federal de Alemania establece que en caso de duda de si una regla de Derecho internacional público forma parte del Derecho federal o de si establece directamente derechos y obligaciones respecto de los gobernados, en los términos del citado artículo 25 de la propia carta, el juez de la causa debe someter el problema a la decisión del Tribunal Constitucional Federal. Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, cit., *supra* nota 62, p. 55.

²²² Cfr. Louis Daboís, "Le rôle de la Cour de Justice des Communautés Européennes. Objet et portée de la protection", en *Revue internationale de droit comparé*, cit., *supra* nota 197, pp. 615-619.

pertenecen a las Comunidades Europeas, se ha configurado un *control difuso*, incidental y perjudicial que corresponde a todos los jueces nacionales, para desaplicar las normas de sus respectivos ordenamientos que se consideren contrarias al derecho comunitario como *Lex superior*, pero al mismo tiempo también se ha establecido una modalidad de *control concentrado*, debido a que los tres instrumentos de la comunidad establecen la posibilidad de que los jueces nacionales acudan a la Corte de Justicia de Luxemburgo para que decida sobre la interpretación que debe darse a las disposiciones comunitarias, con efectos vinculantes para los propios jueces nacionales, en la inteligencia de que dicha remisión es potestativa para los jueces inferiores, pero obligatoria para los magistrados supremos de cada uno de los países miembros, con lo que se configura lo que el mismo profesor Cappelletti denomina *prejudicialidad comunitaria*, que produce un control concentrado en dicha Corte de las comunidades, y que evita los problemas de una multiplicidad de interpretaciones, pero que, al mismo tiempo, elude los problemas de la diversidad de sistemas de control interno, por conducto del sistema difuso antes señalado.²²³

162. Todo lo anterior significa que las disposiciones constitucionales, particularmente las que consagran los derechos fundamentales de los gobernados, se enriquecen, en ocasiones en forma sustancial, con las normas tutelares de los propios derechos que provienen de las reglas generalmente reconocidas del derecho internacional y del comunitario, así como las establecidas en los tratados internacionales, particularmente en los Pactos de las Naciones Unidas de 1966 sobre los derechos civiles y políticos; económicos, sociales y culturales; la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales, suscrita en Roma el 4 de noviembre de 1950; la Convención Americana de los Derechos Humanos aprobada en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, además de otra de carácter específico sobre protección de refugiados, de los derechos de la mujer, de los derechos humanitarios, etcétera,²²⁴ incluyendo también las más importantes de la Organización Internacional del Trabajo sobre la protección de los trabajadores y la libertad sindical.²²⁵

²²³ Cfr. Mauro Cappelletti, *Il controllo giudiziario delle leggi e le giurisdizione delle libertà a livello internazionale*, cit., *supra* nota 141, pp. 1-32.

²²⁴ Cfr. entre otros, Gregorio Peces Barba, *Derechos fundamentales*, 3a. ed., Madrid, 1980, pp. 135-166.

²²⁵ Cfr. Héctor Gros Espiell, *La Organización Internacional del Trabajo y los Derechos Humanos en América Latina*, México, 1978, especialmente pp. 41-67.

163. Algunos textos constitucionales son significativos en cuanto al reforzamiento de la jurisdicción constitucional de la libertad por la incorporación de las normas y reglas internacionales y comunitarias, y como ejemplo podemos señalar el artículo 16, de la Constitución portuguesa de 1976, en cuya parte conducente se establece: "2. Los preceptos constitucionales y legales relativos a los derechos fundamentales deben ser interpretados e integrados en armonía con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre";²²⁶ así como el artículo 10, inciso 2, de la Constitución española de 1978, en cuanto dispone que: "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España."²²⁷ Una posición de gran adelanto está representada por el artículo 105 de la Constitución peruana de 1979, en cuanto concede jerarquía de normas constitucionales a los preceptos contenidos en los tratados sobre Derechos Humanos, y en esta dirección resulta evidente que el Tribunal de Garantías Constitucionales puede tutelar estos derechos por conducto de la decisión final en las acciones de *habeas corpus*, de amparo y de inconstitucionalidad (ver *supra*, párrafo 87).²²⁸

164. El segundo sector implica el examen de las disposiciones internacionales y comunitarias en contraste con las constitucionales en sentido estricto por parte de los organismos de justicia constitucional y por conducto del control de la conformidad de los tratados y convenios internacionales con las disposiciones fundamentales. Esta revisión puede hacerse a través de dos procedimientos diversos: el previo a la autorización de los propios tratados, y la decisión posterior sobre la aplicación de las disposiciones internacionales y comunitarias.

165. El procedimiento preventivo está regulado por varios ordenamientos constitucionales, y como ejemplo podemos señalar el artículo 54 de la Constitución francesa de 1958 que otorga al Consejo Constitucional la Atribución de resolver las consultas formuladas por el presidente de la

²²⁶ Cfr. Jorge Miranda, *A Constituição de 1976*, Lisboa, 1978, pp. 180-181.

²²⁷ Cfr. Fernando Garrido Falla, *Comentarios a la Constitución*, cit., *supra*, nota 127, pp. 139-144.

²²⁸ El citado artículo 105 dispone: "Los preceptos contenidos en los tratados relativos a los Derechos Humanos tiene jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución."

República, por el primer ministro o por los presidentes de las dos Asambleas, sobre si un compromiso internacional contiene disposiciones contrarias a la Constitución. En caso afirmativo la autorización de ratificarlo o de aprobarlo no puede producirse sino con posterioridad a la reforma de la propia Constitución para adecuarla a dicho convenio o tratado. Existe otro procedimiento, previsto por el artículo 61 de la misma carta fundamental, para reclamar ante el propio Consejo Constitucional las leyes expedidas por el parlamento antes de su promulgación, que ratifiquen un convenio o tratado internacional considerado contrario a la Constitución. En este segundo procedimiento, la instancia puede ser propuesta, además de las autoridades mencionadas en el artículo 54 citado anteriormente, por un grupo de sesenta senadores o sesenta diputados. Estos instrumentos de control preventivo de los acuerdos y tratados internacionales se han ejercido en varias ocasiones, en las cuales el Consejo Constitucional se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de varios acuerdos internacionales y comunitarios.²²⁹

166. Otros dos ordenamientos en los cuales se regula la resolución preventiva de los conflictos derivados de la conformidad constitucional de los acuerdos y tratados internacionales se encuentran en el artículo 277 de la Constitución portuguesa de 1976, de acuerdo con el cual los decretos remitidos al presidente de la República para ser promulgados como ley o decreto-ley que contengan la aprobación de acuerdos o tratados internacionales, deberán ser enviados simultáneamente al Consejo de la Revolución, para que, previo dictamen de la Comisión Constitucional, se pronuncie sobre su constitucionalidad, y en el supuesto de que se considere contrario a la carta fundamental, el citado presidente debe vetarlo, y no podrá ser promulgado sin que se apruebe nuevamente por la Asamblea de la República, por mayoría de dos tercios de los diputados presentes (artículo 278).²³⁰ También el artículo 95 de la Constitución española de 1978, establece la revisión judicial previa de la aprobación de los convenios y tratados internacionales ante el Tribunal Constitucional a solicitud del Gobierno o cualquiera de las cámaras (artículo 78 de la Ley orgánica del propio Tribunal) en virtud de que el mismo precepto fundamental dispone que la celebración de

²²⁹ Cfr. François Luchaire, *Le Conseil Constitutionnel*, cit., *supra*, nota 216, pp. 225-265.

²³⁰ Cfr. J. J. Gomes Canotilho y Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa*, cit., *supra*, nota 53, pp. 494-499.

un tratado internacional que contenga disposiciones contrarias a la Constitución, exige la previa revisión constitucional.²³¹

167. Además de los procedimientos de control preventivo de las leyes aprobatorias de convenios y tratados internacionales, cuando son impugnados por su inconstitucionalidad, la mayoría de los ordenamientos que establecen la jurisdicción constitucional, sea que se encomiende a tribunales especializados o a los ordinarios, regulan la revisión judicial de las leyes aprobatorias de los propios convenios y tratados, y si su decisión declara que dichos compromisos internacionales son contrarios a las disposiciones fundamentales, los mismos son desaplicados o anulados para el futuro, según si la decisión tiene efectos particulares o generales, puesto que aun en los casos en que se considera que los propios tratados poseen rango superior al de las leyes ordinarias, no pueden prevalecer sobre el texto constitucional, el cual debe ser reformado para que puedan aplicarse las disposiciones internacionales o comunitarias (artículo 54 de la Constitución francesa de 1958, y 95, inciso 1, de la Constitución española de 1978; ver *supra*, párrafo 162-163).

168. Lo que hemos expuesto anteriormente significa que existen dos aspectos diversos en cuanto a la jurisdicción constitucional de las normas de carácter internacional o comunitario: el primero implica el examen de los conflictos surgidos de la aplicación de las reglas o tratados de carácter externo, incorporados al ordenamiento nacional, en relación con los actos de autoridad o las disposiciones legislativas nacionales que los contradicen; y el segundo, la decisión sobre la conformidad de dichas normas internacionales o comunitarias con las disposiciones de las cartas constitucionales, todo lo cual plantea un conjunto de problemas muy complicados y de difícil resolución para lograr un equilibrio entre las normas constitucionales y las del derecho internacional, que en los últimos tiempos se encuentra en constante evolución. Todo ello sin referirnos a las jurisdicciones internacionales como la Corte de las Comunidades Europeas y las Cortes Europea y Americana de los Derechos del Hombre, que también están estrechamente relacionados con las disposiciones constitucionales, internas.

²³¹ Cfr. el documentado análisis del conocido tratadista español Jorge Rodríguez-Zapata y Pérez, "Los tratados internacionales y los controles de constitucionalidad", en *Civitas. Revista española de Derecho administrativo*, núm. 30. Madrid, julio-septiembre de 1981, pp. 471-504; Jesús González Pérez, *Derecho procesal constitucional*, cit., *supra*, nota 133, pp. 260-274; José Almagro Nosete, *Justicia constitucional*, cit., *supra* nota 152, pp. 345-349.

169. El examen de estas cuestiones relativas a las relaciones entre la justicia constitucional y las jurisdicciones internacionales rebasaría, por su complejidad y extensión, los límites de este trabajo, por lo que sólo queremos hacer mención a los intentos para lograr un equilibrio entre los preceptos internos y externos, que se observa en los últimos años, especialmente por lo que se refiere al derecho comunitario y las normas constitucionales de los países europeos que forman parte de las propias comunidades; puesto que se habían observado ciertas contradicciones entre algunas resoluciones de varios tribunales o cortes constitucionales, especialmente en la República Federal de Alemania e Italia, y el criterio de la Corte de Luxemburgo. Al respecto el notable comparatista italiano Mauro Cappelletti, profundo conocedor de estos complicados problemas señala que en particular, en materia de Derechos Humanos, se está llegando a una coordinación entre ambas esferas jurídicas, en cuanto que si bien el derecho comunitario debe considerarse de mayor jerarquía que el derecho interno, el primero está obligado a respetar un derecho superior, relativo a los Derechos Humanos, que no puede identificarse con las disposiciones de las constituciones nacionales y con su tradición, sino más bien con un derecho no escrito de carácter comunitario, tendencia que culminó con la declaración conjunta suscrita en Luxemburgo el 5 de abril de 1977 por el Parlamento Europeo, el Consejo de Ministros y la Comisión de las Comunidades, en la cual se expresó la necesidad de tomar en cuenta, en el derecho comunitario, las declaraciones de derechos privados del Tratado de Roma y de las constituciones internas de los Estados miembros.²³²

VII. CONCLUSIONES

170. De las reflexiones anteriores podemos extraer las siguientes conclusiones:

171. *Primera.* La justicia constitucional contemplada desde el ángulo normativo, puede describirse como el conjunto de instrumentos jurídicos y procesales que se han establecido en las cartas fundamentales, tanto para conservar la normativa constitucional como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento y, lo que es más importante, lograr el desarrollo y la evolución de las propias disposiciones constitucionales en un

²³² El "formidable" problema del poder judicial, cit., *supra*, nota 106, pp. 85-92.

doble sentido: desde el punto de vista de la constitución formal obtener su paulatina adaptación a los cambios de la realidad político-social, y desde el ángulo de la constitución material, su transformación de acuerdo con las normas programáticas de la propia carta fundamental.

172. *Segunda.* Exclusivamente para efectos de estudio, la defensa constitucional puede dividirse en dos grandes sectores: el primero contiene los instrumentos que podemos calificar como *protectores* de la Constitución, y un segundo aspecto, en el cual dichos mecanismos tienen un carácter predominantemente procesal y que podemos agrupar bajo la denominación de *garantías constitucionales*.

173. *Tercera.* El sector relativo a la *protección de la Constitución* está integrado por un conjunto de instrumentos que significan la canalización jurídica de factores políticos, económicos, sociales y de técnica jurídica dirigidos a lograr el funcionamiento regular y armónico de los poderes públicos. Así, dentro de la protección de carácter político, podemos destacar el concepto moderno del viejo principio de la división de los poderes; en segundo término, la regulación de los recursos económicos y financieros del Estado; y en tercer término, la institucionalización de los factores sociales; particularmente de los grupos sociales y de los partidos políticos, y, finalmente, la consagración de los instrumentos de técnica jurídica, en especial los principios de la supremacía constitucional y el procedimiento dificultado de reforma de los documentos constitucionales.

174. *Cuarta.* Las garantías constitucionales son el resultado de una evolución histórica, en virtud de que primeramente se les confundió con los Derechos Humanos, consagrados constitucionalmente, y, con posterioridad, se les identificó con los instrumentos genéricos de defensa de la Constitución, hasta llegar las cartas fundamentales en nuestra época, especialmente las expedidas en esta segunda posguerra, en las cuales se les consagra con el conjunto de instituciones jurídicas, predominantemente procesales dirigidas a la resolución de los conflictos planteados por la aplicación de las propias normas fundamentales.

175. *Quinta.* También para efectos de sistematización podemos distinguir, en el campo de las garantías constitucionales, tres sectores difícilmente separables en la realidad jurídico-constitucional: el primer sector lo podemos calificar como jurisdicción constitucional de la libertad, siguien-

do al comparatista italiano Mauro Cappelletti; en segundo término el aspecto que es posible denominar de manera convencional jurisdicción constitucional orgánica, y finalmente una tercera categoría que nombremos jurisdicción constitucional de carácter internacional y comunitaria.

176. *Sexta*. La jurisdicción constitucional de la libertad se forma con todos los medios que se utilizan para la tutela de los Derechos Humanos, consagrados en los documentos constitucionales. Estos instrumentos protectores los podemos dividir, a su vez, en tres categorías: los indirectos, o sea aquellos que están dirigidos a la tutela de los derechos ordinarios, pero que a falta o en apoyo a los específicos, también funcionan para realizar los derechos fundamentales, tales como el proceso ordinario y la justicia administrativa. Un segundo sector se refiere a la represión de las violaciones consumadas de los Derechos Humanos por parte de los órganos del poder, y los podemos calificar de medios complementarios, entre los cuales se pueden señalar, el juicio político de los altos funcionarios y la responsabilidad patrimonial del Estado. Finalmente los medios específicos son aquellos establecidos para la tutela directa de los derechos fundamentales de los gobernados, pues implican la existencia de procedimientos sencillos y breves para la reparación de las infracciones a los propios derechos, restituyendo a los afectados en el goce de los mismos.

177. *Séptima*. La jurisdicción constitucional orgánica está dirigida a la resolución de los conflictos que se pueden suscitar entre los diversos órganos del poder en relación con el alcance de sus competencias y atribuciones señaladas en las normas constitucionales. Este tipo de conflictos que se han calificado de controversias o conflictos constitucionales, surgieron primeramente en los ordenamientos federales y, particularmente, en la Constitución de Estados Unidos de 1787 para proteger las respectivas esferas de competencias de las autoridades centrales y locales, y se ha extendido en las cartas fundamentales de nuestra época a otros tipos de controversias entre los órganos del poder, a fin de que recíprocamente respeten el ámbito de sus atribuciones constitucionales.

178. *Octava*. Finalmente el sector de la jurisdicción constitucional de carácter internacional y comunitario se refiere a los mecanismos para la tutela de las normas fundamentales nacionales en sus relaciones, cada vez más intensas, con las disposiciones externas, que advertimos en una doble dirección. En primer término, los instrumentos para la resolución de los

conflictos derivados de la aplicación de las disposiciones internacionales y comunitarias incorporadas al ordenamiento interno, cuando son afectadas por actos de autoridades o disposiciones legislativas contrarias a dichas normas de fuente externa. En un segundo término, se configuran los procedimientos para la solución de las controversias derivadas de la contradicción entre las normas internacionales y comunitarias, con las disposiciones de carácter constitucional, debiendo tomarse en consideración que existen esfuerzos, especialmente en el campo del derecho de las comunidades europeas, para evitar las contradicciones entre ambas esferas normativas.

ALGUNAS BREVES REFLEXIONES SOBRE LA DEFENSA CONSTITUCIONAL EN EL ORDENAMIENTO MEXICANO

SUMARIO: I. Introducción. II. El principio de la división de poderes. III. La participación de los grupos sociales y de los partidos políticos. IV. La regulación de los recursos públicos, económicos y financieros. V. Las garantías constitucionales en sentido contemporáneo. VI. Las garantías constitucionales en el derecho mexicano. VII. Algunos ejemplos comparativos. Bibliografía básica.

I. INTRODUCCIÓN

1. El tema de la Defensa de la Constitución, que puede describirse como el análisis de los diversos instrumentos que se han incorporado a los textos constitucionales contemporáneos después de una larga evolución, y que tienen como objeto, en primer término, lograr el funcionamiento equilibrado de los órganos del poder, y en segundo lugar, la solución de los conflictos derivados de la aplicación de las disposiciones, principios y valores consagrados en las mismas Cartas Fundamentales, es un tema que ha ocupado a la doctrina contemporánea del derecho constitucional y de la ciencia política en los últimos años, ya que dicho análisis no se apoya exclusivamente en motivos de especulación académica, sino en la observación de la realidad política de nuestra época, ya que la mayoría de los tratadistas de derecho público han estimado que no es suficiente que se expida una Constitución, la que puede quedar como un simple texto nominal, sino que es preciso que se aplique, y cuando dicha aplicación no se realiza, o no se efectúa de manera adecuada, es preciso que se establezcan los mecanismos necesarios para que esta situación pueda corregirse y se restablezca el orden constitucional desconocido o violado. En resumen, la Constitución no sólo debe consistir en un documento, sino que el mismo debe trascender a la realidad político constitucional.

2. Este no es un fenómeno nuevo, ya que si observamos, así sea de manera superficial, la historia de la humanidad a partir de que los pensadores griegos reflexionaron sobre los fenómenos políticos y descubrieron que los detentadores del poder tienden naturalmente a abusar del mismo. Este fenómeno lo calificaron de “tiranía”, y para combatirlo propusieron varios mecanismos para lograr que el poder se mantuviera dentro de ciertos límites. Como ejemplos podemos señalar que los reyes espartanos (que en la realidad eran jefes militares) eran dobles para que se equilibraran recíprocamente y no pudieran abusar de la autoridad que les había otorgado ese pueblo guerrero. Además se crearon los *Éforos* como vigilantes de lo que ahora llamaríamos orden constitucional.

3. En Atenas, que era una ciudad-Estado con mayor tradición democrática dentro de las limitaciones de este concepto en esa época de la historia, se crearon progresivamente varias instituciones para limitar el poder de los gobernantes, tales como el *Aerópago* y los *nomofilacos*, pero además se consideró por los pensadores políticos, entre ellos Platón y Aristóteles, que existían dos tipos de normas jurídicas; las tradicionales que se atribuyeron al personaje legendario de Solón (similar al legislador espartano Licurgo), quien estableció los principios tradicionales de organización política, incorporados a las llamadas *Nomoi*, que se distinguían de las disposiciones expedidas por la asamblea de los ciudadanos, la *Ecclesia*, y que se calificaban de *Psefismata*. En la actualidad, denominaríamos a las primeras disposiciones constitucionales, y las segundas leyes ordinarias.

4. De acuerdo con esta división de las disposiciones normativas se reconoció primacía a las *Nomoi* sobre las *Psefismata*, y se establecieron instrumentos para evitar que la asamblea emitiera leyes contrarias a las del nivel superior. Entre dichos mecanismos destaca la acción penal llamada *graphé paranomón*, que cualquier ciudadano podía ejercer en contra de otro que hubiese presentado una iniciativa de carácter legislativo, que también tenía carácter popular que hubiese sido aprobada por la *Ecclesia*, y que posteriormente se consideraba como contraria a los preceptos tradicionales de carácter superior. El delito consistía en haber sorprendido y engañado a la asamblea con una proposición indebida.

5. En la época de la República romana (ya que en el imperio se concentraron todas las facultades en el Emperador) todos los funcionarios

eran dobles: dobles cuestores, ediles, censores, y especialmente, los cónsules, en los cuales estaban concentradas las facultades que ahora atribuímos al órgano ejecutivo, incluyendo el mando militar, todo ello con el objeto de evitar que estos funcionarios abusaran del poder, limitándose recíprocamente. Esta situación fue evidente respecto de los cónsules, ya que conocemos dos episodios dramáticos en los cuales se enfrentaron estos funcionarios, inclusive militarmente, como ocurrió en una época entre Mario y Sila, y posteriormente respecto de Julio César y Pompeyo, y cuando uno de ellos tirunfó sobre el otro, se instauró una dictadura.

6. Además, como sabemos, se creó el famoso Tribuno de la Plebe para defender los intereses, que con mucha aproximación podemos calificar de populares, ya que tenía la facultad de impedir la aplicación de las disposiciones legislativas contrarias a dichos intereses (*intercessio*) y dar protección personal a los perseguidos por las autoridades (*ius auxilii*). Un ejemplo dramático fue la de los hermanos Graco, que fueron asesinados por sus rivales por intentar una especie de reforma agraria, no obstante de que teóricamente estaban provistos de inmunidad.

7. En la Edad Media también se impuso en los pensadores políticos, muy influidos por las ideas religiosas, el criterio de que existía un derecho superior, el *derecho natural*, derivado del derecho divino, que surgía de la naturaleza humana como un reflejo de la revelación divina, y que se consideraba superior a las leyes expedidas por los monarcas con la participación de los cuerpos legislativos estamentales, en los que estaban representados los nobles y militares, el clero y los burgueses. Si bien los propios monarcas se consideraban por encima de las disposiciones legislativas que ahora calificaríamos de ordinaria, estaban sometidos a los preceptos del derecho natural, a tal extremo que se justificaba, en casos extremos, el tiranicidio respecto de los gobernantes que violasen gravemente dicho derecho superior e inmutable.

8. Esta preocupación renació en los Siglos XVII y XVIII por conducto del jusnaturalismo racionalista y de los enciclopedistas, que influyeron decisivamente en los creadores de los primeros textos constitucionales escritos, es decir, la Constitución Federal de los Estados Unidos en 1787, y las Constituciones francesas revolucionarias de 1791 a 1799, ya que con posterioridad a ellas se impuso el autoritarismo napoleónico.

9. En dichos documentos se reflejaron estas ideas jusnaturalistas, especialmente en cuanto a los derechos individuales anteriores y superiores a la organización política, cuyo objeto fundamental era la tutela de estos derechos, y con la influencia más próxima del pensamiento de Juan Jacobo Rousseau y de Carlos Luis de Secondat, Barón de Montesquieu, se introdujo con diversos matices, el principio de la división de las funciones, conocido como división de poderes, con el objeto de que, como lo sostuvo el segundo de dichos pensadores, “el poder limitase al poder”, o sea que las funciones esenciales del poder público debían depositarse en diversos órganos (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), con el fin de que cada uno de ellos sirviese de peso y contrapeso a los demás.

II. EL PRINCIPIO DE LA DIVISIÓN DE PODERES

10. Este principio de la división de las funciones o de los poderes se transformó en un verdadero dogma en el constitucionalismo liberal del Siglo XIX, al extremo de que el destacado tratadista alemán Carl Schmitt, en su conocida obra intitulada *Teología constitucional*, consideró que ese principio era el equivalente del dogma religioso de la Santísima Trinidad.

11. De manera paulatina se fueron incorporando a los textos constitucionales un conjunto de instrumentos con el objeto de encauzar los fenómenos no sólo de carácter político, sino también económico, social, e inclusive cultural, con el propósito de que dichos mecanismos pudiesen limitar a los órganos del poder dentro de los límites consagrados en las normas constitucionales. Esta misma evolución la podemos observar en nuestra Constitución política.

12. La primera institución de esta naturaleza ha sido la que se ha calificado, según hemos visto, como “división de poderes”, y que tuvo su inspiración, como lo hemos señalado anteriormente, especialmente en las enseñanzas del Barón de Montesquieu en su clásico libro *El espíritu de las leyes*, en el cual tomó como ejemplo la organización política inglesa, en la cual, a diferencia de la monarquía absoluta que predominaba en el Continente, había una separación de funciones, en particular entre el Monarca y el Parlamento, pues este último se había impuesto de manera paulatina, restringiendo las facultades del Rey. Para lograr esta limitación del poder, consideró Montesquieu que era necesario distribuir las distintas atribuciones entre los tres órganos tradicionales, a

fin de que no se concentraran en un monarca absoluto, como ocurría entonces en Francia y en el resto de Europa continental, ya que cada uno de estos órganos serviría de peso y contrapeso a los demás. Estas ideas fueron adoptadas con mayor rigor en la Constitución norteamericana de 1787, por medio del principio de *Checks and Balances*, ya que en las cartas francesas esa división fue menos estricta, debido a que en ellas existía una fuerte influencia de Juan Jacobo Rousseau, quien proconizó la superioridad del órgano legislativo como representante de la voluntad popular.

13. Este principio se encuentra actualmente en crisis, puesto que ya no se acepta como una separación tajante de las funciones de los órganos del poder público, sino que más bien se ha transformado en un régimen de colaboración entre los propios órganos; pero sin embargo todavía conserva su validez en cuanto a instrumento para evitar la concentración del poder de un solo órgano, ya que todavía se traduce en la distribución de atribuciones entre los diversos titulares de los propios órganos del poder, a fin de que puedan funcionar como controles recíprocos.

14. Estos principios fueron adoptados en nuestras Constituciones desde la primera, es decir, la Constitución de Apatzingán de 1814, y posteriormente por la Federal de 1824; las centralistas de 1836 y 1843, se consolidó definitivamente en el artículo 50 de la Carta Federal de 1857. El artículo 49 de nuestra Constitución actual, dispone en lo conducente: “El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. No podrán reunirse dos o más de estos poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo ...”

15. Los autores contemporáneos han señalado que este principio de separación o división de funciones ha adoptado de manera paulatina otras modalidades diversas de las clásicas que hemos señalado, y así, a la división horizontal entre los tres órganos tradicionales, se ha añadido la llamada “división vertical”, es decir, la que se establece entre los órganos del poder central respecto de los que pertenecen a las entidades autónomas de carácter periférico. Esta separación se inició en los regímenes federales, cuyo primer ejemplo lo tenemos en la Constitución norteamericana de 1787, que nosotros implantamos en la primera Carta Federal de 1824, y se conservó en las Constituciones de 1857 y la actual de 1917.

16. Esta división o separación entre los poderes centrales y periféricos ha asumido diversas formas en el constitucionalismo contemporáneo, en el cual han surgido los regímenes en los cuales se han creado entidades autónomas de carácter regional, como en Italia en su Carta de 1948, Portugal en 1976 y España en 1978, pero inclusive en Francia, modelo del sistema centralista, se han introducido, en época reciente, sistemas de descentralización que tienden a transmitir mayores facultades a las entidades regionales.

17. Otra modalidad de la división de atribuciones se ha calificado como “temporal”, es decir, la necesidad de que los titulares de los órganos de poder no permanezcan indefinidamente en sus cargos, sino que los mismos deben tener una limitación temporal, a fin de que se pueda lograr la alternancia de dichos titulares. Por ello se han señalado plazos para el ejercicio de las funciones públicas, que tienden a reducirse, siempre dentro de límites racionales, especialmente en cuanto a los titulares de los órganos legislativo y ejecutivo, ya que se considera que los miembros del Poder Judicial deben tener una permanencia más amplia.

18. También nuestra Constitución actual ha recogido esta limitación temporal, debido a la trágica experiencia histórica de dictaduras prolongadas, especialmente la del General Díaz, y en forma tajante introdujo el principio de “No reelección absoluta”, para el Presidente de la República y los Gobernadores de los Estados (artículos 83 y 116, fracción I, párrafo tercero) y de manera parcial, es decir, sólo respecto del periodo inmediato, para diputados y senadores al Congreso de la Unión (artículo 59) y respecto de los diputados de las legislaturas locales (artículo 116, fracción II, segundo párrafo).

III. LA PARTICIPACIÓN DE LOS GRUPOS SOCIALES Y DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

19. Otro aspecto de la división o separación de funciones está relacionada con la participación de los diversos grupos sociales en la toma de decisiones, y que el ilustre tratadista francés, Maurice Duverger, en su reciente obra *La Monarquía Republicana* (París, 1974), califica como *poder tribunicio*, en recuerdo del tribuno de la plebe de la República romana al que hicimos referencia con anterioridad. Una de las características de los regímenes democráticos contemporáneos es la tendencia a la participa-

ción cada vez más activa de los sectores sociales en la toma de las decisiones políticas importantes, y por ello al lado de la llamada democracia representativa, que es de carácter tradicional, se ha abierto paso la denominada “*democracia participativa*”.

20. Uno de los grandes avances del constitucionalismo se inició en nuestra Carta Federal de 1917, que introdujo dentro de sus preceptos el reconocimiento de los grupos sociales marginados de los trabajadores (artículo 123) y de los campesinos (artículo 27), inaugurando la etapa del constitucionalismo social, ya que en estos preceptos se reconoció plena personalidad jurídica a dichos sectores por conducto de los sindicatos laborales y las organizaciones campesinas, y se les otorgó la posibilidad de expresarse e intervenir en la toma de decisiones.

21. La ciencia política contemporánea ha destacado la importancia de los grupos de presión, que son las organizaciones sociales que intervienen activamente ante los órganos del poder para la defensa de sus intereses, y que en la actualidad han sido canalizados y regulados jurídicamente. En nuestro ordenamiento jurídico, además de los sindicatos de trabajadores y las organizaciones campesinas, se han reconocido a los sectores empresariales por medio de las distintas cámaras comerciales e industriales, evolución que ha culminado con la agrupación nacional de las organizaciones laborales y los grupos patronales, es decir, el Congreso del Trabajo y el Consejo Coordinador Empresarial.

22. Por otra parte, con algunos antecedentes, se ha reconocido la necesidad de los acuerdos o concertaciones de los distintos grupos sociales para poder resolver los graves conflictos económicos y sociales de nuestra época. Además de la creación de organismos de consulta, tales como el Consejo Económico y Social de la Constitución Francesa de 1958 (artículos 69-71) y el Consejo Nacional de la Economía y del Trabajo de la Carta Italiana de 1948 (artículo 99), se han establecido mecanismos de participación de representantes sociales. En nuestro ordenamiento podemos mencionar el carácter tripartito de los tribunales del trabajo y los burocráticos; la representación también tripartita en los consejos de gobierno de los organismos descentralizados de seguridad social, tales como los Institutos Mexicano del Seguro Social y del Fondo Nacional para la Vivienda para los Trabajadores; tendencia que se ha puesto de manifiesto en época reciente con los Pactos de Solidaridad y de Estabilidad y Crecimiento

Económico, en los que participan representantes de los diversos sectores sociales de nuestro país.

23. En otros ordenamientos y como aspecto esencial de la propia democracia participativa, se han regulado instrumentos calificados de “democracia semi-directa”, como lo son el referéndum y el plebiscito, como mecanismos de aprobación popular de textos constitucionales o de reformas de los mismos, especialmente en Francia, Italia y Suiza, así como la iniciativa popular para introducción de modificaciones a las disposiciones fundamentales, y que ha tenido una gran importancia en Suiza, ya que la Carta Federal ha sufrido numerosas reformas precisamente por medio de esa iniciativa popular.

24. En nuestro país no hemos alcanzado todavía la madurez política necesaria para la introducción y regulación de estas instituciones, si bien existió el intento de establecer el referéndum respecto de disposiciones legislativas en el Distrito Federal, sin resultados prácticos, pero con el tiempo es previsible que estos mecanismos de participación popular pueden establecerse con la debida prudencia, para su aplicación efectiva.

25. Otro aspecto importante del principio de la división de funciones en nuestra época, es la participación de los partidos políticos que intervienen decisivamente en la toma de las decisiones más importantes y por ello se les ha reconocido como organismos de carácter constitucional. Como es bien sabido, los primeros partidos políticos en sentido moderno (ya que con anterioridad sólo podía hablarse de agrupaciones o corrientes políticas) surgieron durante el Siglo XVIII en Inglaterra como asociaciones regidas por estatutos privados. Posteriormente en la mayoría de los ordenamientos se incorporaron los lineamientos de los diversos partidos en las leyes electorales para, finalmente, en esta segunda posguerra, elevar dichos lineamientos a rango de normas fundamentales, por conducto del fenómeno que se calificó como “constitucionalización de los partidos políticos”.

26. La doctrina, a partir de los estudios clásicos de Michels y los posteriores de Duverger y de Sartori, han puesto de relieve la función esencial de los partidos políticos en la toma de decisiones de los órganos del poder, ya que el funcionamiento de los mismos puede modificar esencialmente el régimen político.

27. La trascendencia de los partidos políticos ha determinado que los ordenamientos constitucionales de nuestra época, además de otorgarles un nivel constitucional, establezcan regulaciones cuantitativas y cualitativas, especialmente en cuanto a su estructura democrática y la necesidad de un programa de acción, y además se les han otorgado prerrogativas en cuanto su acceso a los medios de comunicación y a los recursos financieros necesarios para su funcionamiento.

28. El texto original de la Constitución Federal de 1917 no reguló los partidos políticos porque no se había alcanzado el desarrollo suficiente para reconocer su función de carácter constitucional, la cual se consagró hasta las reformas al texto del artículo 41 de la Carta Federal promulgada en diciembre de 1977, por medio de las cuales se adicionó dicho precepto constitucional, en primer término para definir los citados partidos políticos como entidades de interés público, cuya intervención en el procedimiento electoral sería definido por la Ley.

29. A continuación se dispuso que dichos partidos tienen como fin promover la participación del pueblo en la vida democrática, contribuir a la integración de la representación nacional, y como organizaciones de ciudadanos, hacer posible el acceso de éstos al ejercicio del poder público, de acuerdo con los programas, principios e ideas que postulan, y mediante el sufragio universal, libre, secreto y directo.

30. En seguida se consagró el derecho de los partidos al uso permanente de los medios de comunicación social, y de contar en forma equitativa con un mínimo de elementos para sus actividades tendientes a la obtención del sufragio popular.

31. Otro aspecto importante que han consagrado las constituciones de nuestra época, y la nuestra no es la excepción, es el relativo a la regulación constitucional de los lineamientos de los procedimientos y de los órganos electorales, materia que no fue objeto de atención por los Constituyentes de Querétaro, ya que en la época de la expedición de la Carta Federal de 1917, se estimaba que dichos instrumentos electorales debían ser regulados por las leyes ordinarias.

32. Sin embargo, a partir de 1973 al introducirse la figura de los diputados de partido, con ciertos elementos de representación proporcio-

nal, las reformas de 1977, 1986 y 1990, han perfeccionado de manera paulatina el referido sistema de representación proporcional, que tiende por fin lograr la representación de los partidos de oposición con el objeto de que participen activamente y con determinado porcentaje en los citados procedimientos electorales.

33. Todo ello tiene por objeto reforzar el papel de la oposición no sólo como una posibilidad de alternancia en el poder, sino como un sector que debe participar de manera permanente en la toma de decisiones, conjuntamente con la mayoría. Esta evolución es calificada doctrinalmente como “oposición garantizada”. En Inglaterra se inició este desarrollo dirigido hacia el reconocimiento de una intervención de los partidos de oposición en las decisiones que puede tomar el partido en el gobierno. Así, primero por medio de una costumbre constitucional y con posterioridad en una ley expedida en 1937, se dio a la oposición una función en el gobierno con el nombre de “la oposición de su Majestad”, y además, el partido que sigue en importancia al mayoritario puede designar a los colaboradores que en el futuro, en caso de su triunfo electoral, pueden formar el Gabinete, y por esto se le ha denominado el “Gabinete en la Sombra”.

34. Otro aspecto importante ha sido la tendencia para la creación de organismos, en ocasiones verdaderos tribunales, encargados de resolver los conflictos que surgen de la actuación de los partidos políticos y especialmente en los procedimientos electorales, con lo cual se ha consagrado al llamado “contencioso electoral”.

35. En nuestro régimen constitucional también se observa este desarrollo, tanto por lo que se refiere a reconocer la función permanente de los partidos de oposición, por medio del sistema de representación proporcional (artículos 52-54 constitucionales respecto de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, ya que los senadores se eligen de acuerdo con el sistema tradicional mayoritario) (artículo 56), y respecto a la integración multipartidista del Colegio Electoral de la propia Cámara (artículo 60 de la Carta Federal). Sistema que se sigue en la integración de las legislaturas de los Estados (artículo 116, fracción II, de la misma constitución).

36. El contencioso electoral se introdujo en la reforma constitucional federal de 1977, por medio de un recurso de reclamación ante la Suprema

Corte de Justicia, que no tuvo resultados prácticos, y en su lugar, en las reformas de 1986 se creó un Tribunal de lo Contencioso Electoral que se perfeccionó en las posteriores modificaciones constitucionales de 1990, por medio del actual Tribunal Federal Electoral, que posee ahora carácter permanente por conducto de una Sala Central, aun cuando funcionan Salas Regionales durante los periodos electorales.

37. Si bien el Tribunal Federal Electoral posee plena autonomía para dictar sus fallos y sus magistrados son designados a propuesta del Presidente de la República, por la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, se conserva sin embargo el sistema de autocalificación por parte del mismo Congreso Federal, de manera que las decisiones del dicho Tribunal sobre los resultados electorales pueden ser revisadas por las Cámaras Federales, las que pronuncian el fallo final (artículos 41 y 60 de la Carta Federal). Pero se advierte una fuerte tendencia hacia la superación de la citada autocalificación por lo que en un futuro que no parece muy lejano se llegará en nuestro país a una plena jurisdicción electoral, como ha ocurrido en las legislaciones de otros países latinoamericanos.

IV. LA REGULACIÓN DE LOS RECURSOS PÚBLICOS, ECONÓMICOS Y FINANCIEROS

38. En otra dirección, también la regulación de los recursos económicos y financieros del Estado se ha conformado por medio de instrumentos destinados a la tutela de las normas constitucionales que consagran los principios del régimen económico de carácter público.

39. Es bien sabido que los primeros cuerpos representativos de carácter estamental surgieron en la Edad Media precisamente con el objeto de autorizar la entrega de recursos económicos al monarca para sus campañas militares, a cambio de privilegios y prerrogativas. Este fue el principio de la lenta y paulatina conquista de facultades parlamentarias.

40. En las constituciones contemporáneas se ha incorporado un conjunto de medidas para la regulación adecuada de los recursos financieros y económicos, que en su conjunto han recibido el nombre de "derecho constitucional económico". De acuerdo con dichos instrumentos, los órganos legislativos aprueban anualmente los presupuestos de ingresos y de egresos, fiscalizan los gastos públicos, autorizan los empréstitos, y han

establecido organismos autónomos, en la mayor parte vinculados pero no subordinados a los propios parlamentos, para supervisar el empleo de los recursos públicos y resolver las controversias que surgen con su aplicación. Estos últimos organismos se han denominado Contralorías Públicas o Tribunales de Cuentas.

41. Por otra parte, también en los ordenamientos fundamentales de nuestra época se han establecido mecanismos para redistribuir los recursos públicos entre las diversas entidades territoriales, especialmente en los países federales, a fin de evitar la concentración de los propios recursos en las entidades que cuentan con mayores ingresos. Este sistema de redistribución forma parte del llamado “federalismo cooperativo”.

42. Si trasladamos estos principios a nuestro régimen constitucional podemos observar que corresponde al Congreso de la Unión establecer las contribuciones necesarias para cubrir el presupuesto (artículo 73, fracción VII, de la Carta Federal), y particularmente a la Cámara de Diputados: “Examinar, discutir y aprobar anualmente el Presupuesto de Egresos de la Federación y del Distrito Federal, discutiendo primero las contribuciones que a su juicio, deben decretarse para cubrirlos, así como revisar la Cuenta Pública del año anterior” (artículo 74, fracción IV).

43. Por lo que se refiere a la revisión de la cuenta pública, nuestra Constitución establece un organismo técnico denominado Contaduría Mayor de Hacienda, que depende de dicha Cámara (artículo 74, fracciones II a IV, de la misma Constitución).

44. Si bien no tiene rango constitucional, también se ha introducido en nuestro ordenamiento, por medio de una reforma a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal en diciembre de 1982, la Secretaría de la Contraloría de la Federación, como órgano permanente de fiscalización del empleo de los recursos financieros y económicos del Gobierno Federal y del Distrito Federal, y que puede considerarse equivalente a las Contralorías Públicas y a los Tribunales de Cuentas, si bien de manera heterodoxa, puesto que en la mayoría de los ordenamientos dichos organismos son autónomos y sus integrantes gozan de independencia funcional, pero en nuestro país se ha creado como una Secretaría de Estado, si bien constituye un paso en la evolución de los órganos de control permanentes de los recursos financieros.

V. LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN SENTIDO CONTEMPORÁNEO

45. Todos estos instrumentos que hemos descrito superficialmente y que también han sido adoptados por nuestra Constitución Política de 1917, algunos de ellos en su texto original y los otros incorporados en las modificaciones posteriores, están orientados a lograr la armonía y el equilibrio entre los diversos órganos del poder, pero en ocasiones los mismos no son suficientes para que dichos órganos se mantengan dentro de los límites que a sus atribuciones ha establecido la Constitución, y apliquen en forma adecuada los principios y valores consagrados en la Ley Fundamental.

46. La realidad nos enseña que no obstante la existencia de los instrumentos anteriormente mencionados, los órganos del poder tienden a extralimitarse y rebasar sus atribuciones, ya sea por conducto de una interpretación errónea de las normas y principios constitucionales, y en otros supuestos por medio de la violación de las disposiciones fundamentales. Es necesario, por tanto, que se establezcan otros instrumentos, que son de carácter predominante procesal, para restablecer el orden jurídico constitucional desconocido o violado.

47. Estos instrumentos son calificados como *garantías constitucionales*, no en su sentido tradicional de derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, sino en el contemporáneo de mecanismos dirigidos a resolver los conflictos que derivan de la aplicación de las disposiciones constitucionales.

48. Pero estas garantías constitucionales, en forma diversa de la que comúnmente se piensa, no sólo están dirigidas a preservar el orden constitucional, como se le concebía durante el Siglo XIX, cuando se hacía referencia a los instrumentos de "conservación" constitucional, sino también a lograr su paulatina adaptación a los constantes cambios sociales, cada vez más dinámicos en nuestra época, que hacen necesaria la evolución constante de las disposiciones fundamentales. Se ha señalado que las Constituciones deben considerarse como entes vivos y no estáticos. Por ello y con el transcurso inexorable del tiempo, si el texto de las normas constitucionales se mantiene inalterado, no ocurre lo mismo con su significado, y por este emotivo también se ha sostenido, sin exageración, que la

Constitución se independiza del Constituyente y se transforma por conducto de su interpretación.

49. En algunos ordenamientos, como ha ocurrido con la Constitución de 1917, dicha transformación se realiza por constantes reformas de carácter formal, por medio de la actividad del llamado órgano revisor de la Constitución, o también con menor técnica, "constituyente permanente". Nuestra Constitución puede considerarse como un documento de transición entre el constitucionalismo liberal clásico representado por la Carta Federal de 1857, y el constitucionalismo social que se inició precisamente con la Carta de Querétaro, por lo que se le han hecho modificaciones constitucionales constantes (a la fecha más de trescientas), para actualizarla de acuerdo con los cambios experimentados por nuestro país, y por ello, cuando se sostiene que es necesario una nueva Constitución, podemos afirmar sin exageración que ya la tenemos, en virtud de que, si bien se conservan las decisiones políticas fundamentales, se ha renovado profundamente el texto constitucional en muchos aspectos.

50. Un ejemplo contrario se ha producido en los Estados Unidos, si se toma en consideración que la Constitución Federal de 1787 se expidió en una época totalmente diversa de la actual, y, sin embargo, dicho documento ha podido conservarse con escasas reformas formales, 26 en total (y las primeras diez a pocos años de su promulgación), durante más de dos siglos. Esto ha sido posible debido a la labor interpretativa de carácter progresivo de la Suprema Corte Federal, por medio de la llamada revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, que ha adoptado de manera progresiva y constante los viejos textos constitucionales a los profundos cambios en la sociedad norteamericana, realizados durante esos doscientos años.

51. En Europa Continental la evolución ha sido distinta, en virtud de la influencia de la Revolución Francesa, de acuerdo con la cual, los jueces ordinarios no pueden desaplicar las leyes inconstitucionales, en virtud del enorme peso de Juan Jacobo Rousseau que consideró al órgano legislativo como el representante de la voluntad general, y a la ley como la expresión de la misma voluntad.

52. Sin embargo, en la primera posguerra, y debido al pensamiento del destacado jurista vienés Hans Kelsen, se introdujo en la Constitución Austriaca de octubre de 1920 (con el antecedente inmediato de la Carta

checoslovaca de abril de ese año), una Corte Constitucional especializada, fuera del poder judicial ordinario y de los otros órganos del poder, con la función de resolver los conflictos constitucionales derivados de la aplicación de las disposiciones fundamentales, incluyendo la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos legislativos, con efectos generales.

53. Este modelo fue seguido por la Constitución Republicana española de 1931, por conducto del Tribunal de Garantías Constitucionales, y en esta segunda posguerra ha tenido un desarrollo muy dinámico, si se toma en consideración que se han creado tribunales o cortes constitucionales especializadas en las Constituciones de Italia (1948); República Federal de Alemania (1949); Francia (Consejo Constitucional, 1958); Portugal (1976-1982); España (1978); Bélgica (Corte de Arbitraje, 1980), pero también en los ordenamientos anteriormente inspirados en el modelo soviético, actualmente en transformación; Yugoslavia (1963-1974); Checoslovaquia (1968); Polonia (1982), y Hungría (1989).

54. Una de las razones que se han expresado para justificar la creación de organismos judiciales especializados en la resolución de las controversias constitucionales, ha consistido en la observación de que la interpretación de las disposiciones constitucionales, si bien corresponde al género de la interpretación judicial, posee caracteres específicos, en cuanto las propias normas fundamentales tienen un carácter de mayor abstracción que las legales ordinarias, y además consagran los principios y valores supremos de la comunidad política. Lo anterior significa que la aplicación de dichas normas fundamentales requiere de una especial sensibilidad también de carácter político, que generalmente no poseen los jueces ordinarios.

55. Todo lo anterior ha determinado que el nombramiento de los magistrados que integran dichas cortes o tribunales especializados en la resolución de conflictos constitucionales se realice de manera diversa de aquella que se utiliza para designar los jueces ordinarios, los cuales, de acuerdo con la tradición europea, son nombrados y promovidos de acuerdo con los lineamientos de una carrera judicial y permanecen en sus cargos, salvo motivos graves de responsabilidad, ya sea de manera vitalicia o hasta la edad de retiro.

56. En efecto, los jueces constitucionales son nombrados por los órganos políticos, tales como el legislativo y el ejecutivo, en diversas

combinaciones, por periodos determinados y no sólo entre miembros de la judicatura, sino también entre funcionarios, abogados y un alto porcentaje de profesores de las escuelas universitarias de derecho.

57. Por otra parte, los estudios que se han realizado sobre la actuación de los citados tribunales constitucionales ha demostrado que su función esencial no ha sido la de declarar la inconstitucionalidad de las leyes con efectos generales, que sólo se realiza cuando existe una oposición insalvable entre las disposiciones legales ordinarias y los preceptos, principios y valores constitucionales. En la mayoría de los casos, los tribunales y cortes constitucionales realizan una labor de armonización, estableciendo la interpretación más adecuada para la aplicación de las normas ordinarias de acuerdo con esos preceptos, principios y valores. Estas resoluciones son calificadas genéricamente como “sentencias interpretativas”, y en la doctrina y jurisprudencia alemanas, como “interpretación conforme con la Constitución” (*Verfassungskonforme Auslegung*).

VI. LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN EL DERECHO MEXICANO

58. Si estas reflexiones sobre las garantías constitucionales en sentido contemporáneo las aplicamos a nuestra Constitución Federal de 1917, podemos observar que el Constituyente de Querétaro adoptó varias de esas garantías, en su mayor parte inspiradas en el constitucionalismo norteamericano.

59. Así, de manera muy breve, podemos señalar que nuestra Carta fundamental ha consagrado el instrumento que podemos calificar como “juicio político”, es decir el juzgamiento por el Congreso de la Unión de los altos funcionarios de la Federación y de los Estados que en el ejercicio de sus funciones hubiesen infringido las normas constitucionales, y que se traducen en la destitución e inhabilitación de los funcionarios respectivos, así como su posible sometimiento a los jueces penales ordinarios, si la conducta infractora está tipificada en los códigos penales respectivos (artículo 110 constitucional).

60. El artículo 105 de la misma Constitución Federal regula el instrumento denominado *controversias constitucionales*, por medio del cual la Suprema Corte de Justicia decide respecto de los conflictos que se pueden

plantear entre la Federación y uno o más Estados; los Estados entre sí; los órganos del poder de un mismo Estado sobre la constitucionalidad de sus actos, y aquellos en que la Federación fuese parte.

61. Además, y esta es una innovación del Constituyente de Querétaro, se introduce en el artículo 97 constitucional, el llamado “procedimiento investigador”, que se encomienda también a la Suprema Corte de Justicia, a fin de que, de oficio, o a instancia del Presidente de la República, de las Cámaras del Congreso Federal o de los Gobernadores de los Estados, realicen una investigación, ya sea por sus miembros, jueces o magistrados federales o por comisionados especiales, de manera exclusiva para averiguar la conducta de algún juez o magistrado federal; o algún hecho o hechos que constituyen una grave violación de alguna garantía individual.

62. En relación con este instrumento, en la reforma de 1977 se adicionó un tercer párrafo a dicho precepto para conferir a la Suprema Corte de Justicia la facultad de practicar de oficio la averiguación de algún hecho o hechos que constituyan la violación del voto público, pero sólo en los casos en que a su juicio pudiera ponerse en duda la legalidad de todo el proceso electoral de algunos de los Poderes de la Unión. Los resultados de la investigación se harán llegar oportunamente a los órganos competentes.

63. Califico de extraño por no decir perturbador, a este precepto, porque si bien la investigación de la Suprema Corte en esta materia sólo implicaría un dictamen que haría llegar al colegio electoral respectivo, sus consecuencias políticas serían muy negativas, ya que privarían de legitimidad al órgano cuestionado. Recuérdese un pronunciamiento similar realizado por don José María Iglesias en 1874 en su calidad de Presidente de la Suprema Corte de Justicia, sobre las elecciones presidenciales que favorecieron a don Sebastián Lerdo de Tejada y que tuvo como resultado reforzar la posición del General Porfirio Díaz, que se había levantado en armas inconforme con los citados resultados electorales.

64. Desafortunadamente estas tres garantías constitucionales, es decir, el juicio político, las controversias constitucionales y el procedimiento investigador, no han tenido resultados prácticos apreciables, lo que provocó que, toda la carga de la tutela de las normas constitucionales, exclusivamente por conducto de la afectación de los derechos individuales y sociales de carácter constitucional, ha recaído en el juicio de amparo, y

por ello es que los citados mecanismos de garantía no han sido suficientemente analizados por la doctrina y escasamente por la jurisprudencia, ya que toda la importancia del control constitucional se ha concentrado en el propio derecho de amparo.

65. Nuestro más destacado constitucionalista, don Felipe Tena Ramírez, ha sostenido con todo acierto que el amparo debe llevar sobre sus espaldas todo el enorme peso de la garantía constitucional, que debía distribuirse entre los cuatro instrumentos que ha consagrado nuestra Carta Federal de 1917, tomando en cuenta, además, que el propio amparo no fue establecido con la finalidad, sino exclusivamente para tutelar de manera exclusiva los derechos fundamentales, y ha sido de manera indirecta, que nuestro juicio de amparo se utiliza para proteger una gran parte de las disposiciones constitucionales, pero siempre que se hubiese infringido un derecho fundamental de carácter individual o social.

66. Por este motivo, si el amparo es el único instrumento efectivo de garantía constitucional, resulta esencial su perfeccionamiento. Lo anterior ha determinado que las diferentes reformas que se han hecho al poder judicial federal en cuanto a su conocimiento del juicio de amparo a partir de la vigencia de los artículos 103 y 104 de nuestra Constitución Federal, se hubiesen dirigido esencialmente a mejorar nuestra máxima institución procesal y su conocimiento por los propios tribunales federales. Así podemos mencionar las reformas constitucionales y legales de 1928, 1934, 1951, 1968, 1986 y especialmente la de julio de 1987, las que tuvieron por objeto aliviar o atenuar el grave rezago de la Suprema Corte de Justicia para conocer del juicio de amparo.

VII. ALGUNOS EJEMPLOS COMPARATIVOS

67. En los Estados Unidos se produjo una evolución similar, aun cuando no idéntica, por medio de la creación de los tribunales de circuito de apelación en el año de 1891, para descargar de sus labores a la Suprema Corte Federal, y en especial, la modificación de 1925, por la cual se introdujo la institución del *certiorari* por medio del cual se atribuye una competencia absolutamente discrecional a la propia Corte para decidir sobre los asuntos que debe conocer, con algunos, muy escasos de competencia obligatoria. Los resultados de esta reforma han sido espectaculares, si se toma en cuenta que la propia Corte resuelve aproximadamente 150

asuntos por año (en contraposición a los diez mil que decidía nuestra Suprema Corte hasta enero de 1988), y sólo cuando dichas controversias asumen importancia de carácter constitucional.

68. Por ello, la Suprema Corte Federal de los Estados Unidos ha asumido una función político-constitucional de gran trascendencia en cuanto su participación en decisiones políticas fundamentales, a tal extremo que inclusive se ha hablado, con bastante exageración, del "Gobierno de los Jueces". Lo cierto es que cada sentencia de la Corte norteamericana produce una especie de conmoción nacional, en particular a partir de la Presidencia de Earl Warren (1953-1969), pero todavía en nuestros días.

69. Recuérdese el debate nacional que provocó la proposición del Presidente Reagan para que fuese nombrado el magistrado federal Robert Bork, como juez de la Corte, y hace poco tiempo tuve la experiencia de que, al visitar la ciudad de Washington, con motivo de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, pude presenciar varias y nutridas manifestaciones frente al hermoso edificio de la propia Corte, de grupos partidarios u opuestos al reconocimiento legal del aborto, en virtud de que existe la posibilidad de que la propia Corte modifique o ratifique su jurisprudencia en esta materia tan controvertida.

70. Una experiencia reciente que me ha tocado presenciar en Costa Rica, se refiere a la aprobación de una reciente reforma constitucional de junio de 1989, para establecer una Sala Constitucional en el seno de la Suprema Corte de Justicia, con la facultad de conocer y decidir sobre la tutela de los Derechos Humanos por conducto de los instrumentos de *habeas corpus* y de amparo, así como las impugnaciones de la constitucionalidad de las disposiciones legislativas. Esta reforma constitucional fue regulada por la Ley de Jurisdicción Constitucional promulgada en octubre del mismo año y que entró en vigor en enero de este año de 1990.

71. Por ello resulta muy importante la reforma a nuestra Carta Federal en julio de 1987 que conjuntamente con las modificaciones a la Ley de Amparo y la expedición de una nueva Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, entraron en vigor el 15 de enero de 1988.

72. Por medio de estas reformas, que son verdaderamente sustanciales, se ha conferido a la Suprema Corte la facultad exclusiva de conocer en

segundo grado de los juicios de amparo que se interponen contra disposiciones legislativas y tratados internacionales que se consideran inconstitucionales, ya sea que se hubiesen presentado en primera instancia ante los jueces de Distrito o en único grado ante los Tribunales Colegiados de Circuito, y por el contrario, los juicios de amparo en los cuales se discuten problemas de legalidad se han transmitido a los propios Tribunales Colegiados.

73. De esta manera la propia Suprema Corte se ha transformado, de un tribunal preponderantemente de casación, en un tribunal constitucional en sentido moderno, que le permitirá asumir las atribuciones esenciales que le corresponden como “Guardián de la Constitución”. Si bien esta reforma ha sido objeto de debates y de críticas, consideramos que la misma de ninguna manera fue intempestiva ni apresurada, sino el resultado de una evolución que corresponde a las tendencias contemporáneas, de establecer un tribunal especializado en conflictos constitucionales, ya sea por medio de un organismo especial, como los tribunales y cortes constitucionales creados de acuerdo con el modelo continental europeo, o bien por conducto de la transformación de la Corte o Tribunal Supremo, para atribuirle funciones de último grado de control constitucional.

74. Así ocurrió con la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos a partir de 1925, cuando se estableció el *certiorari*, y para no citar sino un ejemplo muy reciente, se observa en la Constitución brasileña de 1988 en relación con el Tribunal Supremo Federal.

75. Por otra parte es preciso destacar que se advierte la tendencia reciente en los ordenamientos latinoamericanos de introducir tribunales constitucionales, fuera del poder judicial ordinario, de acuerdo con el modelo austriaco, pero con modalidades propias. Así ha ocurrido con la Corte de Constitucionalidad de Guatemala (1965-1985); el Tribunal Constitucional chileno (1970-1973-1980); los Tribunales de Garantías Constitucionales de Ecuador (1978-1984) y del Perú (1979), así como las Salas Constitucionales en las Cortes Supremas de El Salvador (1983) y en Costa Rica (1990), y hace muy poco tiempo, el Tribunal Constitucional establecido en la Carta colombiana de julio de 1991.

76. Para concluir puedo hacer el comentario que nuestra Constitución de 1917 ha sido un ordenamiento vivo y dinámico que se ha adaptado

paulatinamente a las transformaciones cada vez más rápidas de la sociedad mexicana, por conducto de sus numerosas reformas formales y la jurisprudencia de los tribunales federales.

77. La misma Constitución ha recogido, ya sea en su texto original y en las modificaciones posteriores, los principales instrumentos de protección y tutela de la propia Ley Fundamental y que en su conjunto conforman lo que se ha denominado la Defensa de la Constitución. Así, hemos examinado de manera muy breve y panorámica, los mecanismos que han canalizado los factores políticos, económicos y sociales que confluyen en la conservación y desarrollo de los preceptos, principios y valores supremos consagrados en la misma Constitución Federal, incluyendo también los mecanismos de garantía constitucional, en la inteligencia de que en la práctica, esa garantía constitucional se ha concentrado en el juicio de amparo, el cual tiene el enorme peso de restablecer el orden jurídico constitucional violado o desconocido por cualquier y por supuesto, la tutela de los Derechos Humanos de carácter individual y social que consagra nuestra Carta Magna.

78. Por ello resulta tan importante la reforma constitucional y legal que entró en vigor el 15 de enero de 1988, ya que la misma implica la adopción de los lineamientos esenciales del constitucionalismo contemporáneo, sobre la necesidad de establecer tribunales especializados en el conocimiento y resolución de los conflictos derivados de la aplicación de las normas fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

Se consignan únicamente aquellas obras y artículos redactados en castellano y cuya consulta resulta accesible para aquellos que quisieran profundizar en el tema esbozado en este breve estudio.

- BREWER CARÍAS, Allan, R. *La Defensa de la Constitución*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1982.
- FAVOREU, Louis y otros, *Tribunales Constitucionales europeos y derechos fundamentales*, trad. de Luis Aguiar de Luque y María Gracia Rubio de Casas, Madrid, Centro de Estudios Constitucional, 1984.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, "La defensa de la Constitución en el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, sancionada

en Apatzingán el 22 de octubre de 1814”, en el volumen *Estudios sobre el Decreto Constitucional de Apatzingán*, México, UNAM, 1964, pp. 585-616.

_____, “Valor actual del principio de la división de los poderes y su consagración en las Constituciones de 1857 y 1917”, en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núms. 58-59, enero-agosto de 1967, pp. 29-103.

_____, “Introducción al Estudio de la Defensa de la Constitución”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 1, enero-abril de 1968, pp. 89-118.

_____, “Las garantías constitucionales en el derecho mexicano”, en *Anuario Jurídico, III-IV*, México, UNAM, 1977, pp. 69-109.

_____, “El sistema presidencialista y la división de poderes”, en la obra colectiva, *La Universidad Nacional y los problemas nacionales*, tomo III (vol. IX), *Política y Estado*, México, UNAM, 1979, pp. 85-155.

_____, y otros, *La Constitución y su defensa*, México, UNAM, 1984.

_____, *Los Tribunales Constitucionales y los Derechos Humanos*, 2a. ed., México, UNAM, Porrúa, 1985.

GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario, *La Defensa de la Constitución*, Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1983.

OTTO PARDO, Ignacio de, *Defensa de la Constitución y Partidos Políticos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

SCHMITT, Carl, *La Defensa de la Constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de Salvaguardia de la Constitución*, trad. de Manuel Sánchez Sarto, Prólogo de Prado de Vega, Madrid, Tecnos, 1983 (primera ed. en castellano, Madrid, Aguilar, 1931).

TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 29a. ed., México, Porrúa, 1990.

REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO CONSTITUCIONAL PROCESAL MEXICANO

SUMARIO: I. Introducción. II. Derecho procesal constitucional y derecho constitucional procesal. III. Sectores que integran el derecho constitucional procesal: *a)* La jurisdicción; *b)* Las garantías judiciales; *c)* Las garantías de las partes; *d)* Las formalidades esenciales del procedimiento. IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

1. El presente estudio tiene por objeto realizar un breve resumen panorámico de los aspectos esenciales de una nueva disciplina jurídica, surgida desde el punto de vista sistemático en el punto de confluencia entre los estudios de los derechos constitucional y procesal, pero centrado dicho resumen en el derecho positivo mexicano, en virtud de que los aspectos comparativos del problema son tan complejos que no podrían analizarse ni siquiera superficialmente en un solo artículo.

2. Como una primera reflexión es preciso señalar que todas las Constituciones mexicanas, a partir de la Carta española de Cádiz de 1812, que estuvo en vigor en periodos intermitentes en nuestro territorio, pero que fue suspendida por las decisiones autoritarias de Fernando VII, pasando por la Constitución de Apatzingán de 1814; la primera Constitución Federal de 1824; las centralistas de 1836 y 1843, y las Federales de 1857 y la vigente de 1917, han establecido las bases de la organización judicial, así como de algunos aspectos de la tramitación procesal, particularmente en materia penal, que por las dolorosas experiencias de los constantes atentados contra la libertad humana, ha despertado el mayor interés de nuestros Congresos Constituyentes.

3. Sin embargo, desde el punto de vista de los estudios jurídicos, es muy reciente la preocupación de los tratadistas mexicanos, tanto procesalistas como cultivadores del derecho constitucional, para analizar la trascendencia de los preceptos de la Carta Fundamental en su regulación de las diversas instituciones procesales, contrastando con la doctrina extranjera, la que, tomando en cuenta la incorporación de los lineamientos esenciales de las instituciones de carácter procesal en las Cartas Fundamentales de esta segunda posguerra, ha experimentado un gran desarrollo en los últimos años, tomando en cuenta como un punto importante de partida la Conferencia realizada en la ciudad de Florencia, Italia, durante los días 5 a 9 de septiembre de 1971, organizada por la Asociación Internacional de Ciencias Jurídicas a instancia de la UNESCO, sobre un aspecto esencial de esta nueva disciplina, es decir *Las garantías fundamentales de las partes en el proceso civil*, y cuyos trabajos se publicaron en un valioso volumen que abarca un panorama muy amplio en numerosos ordenamientos contemporáneos, incluyendo la Convención Europea de los derechos del hombre.¹ A partir de entonces los estudios doctrinales tanto nacionales como comparativos se han incrementado de manera considerable.²

¹ *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation. — Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil*. Milano-Dobbs Ferry, New York, 1973. Contiene informes nacionales y regionales sobre la República Federal de Alemania (Fritz Baur); de América Latina (dos informes de Héctor Fix-Zamudio y de Enrique Véscovi y Eduardo Vaz-Ferreira, respectivamente); Inglaterra (J. A. Jolowicz); Austria (Hans Schima), Canadá (Garry D. Watson), La Convención Europea de los Derechos del Hombre (Jacques Velu); Dinamarca (Ole Lando y Elizabeth Thuesen); las Democracias Populares Europeas (Zhiwko Stalev); los Estados Unidos (Hans Smith), Francia (Bruno Oppetit); Italia (Mauro Cappelletti y Vincenzo Vigoriti); Japón (Yasuei Taniguchi); Senegal (Kéba M'Baye); Suiza (Alois Troller); Unión Soviética (S. L. Ziv y A. A. Melnikov); así como una relación general a cargo del profesor Mauro Cappelletti, quien además, conjuntamente con Denis Tallon, son los editores de esta magnífica obra.

² Además de los numerosos estudios contenidos en el volumen mencionado en la nota anterior, pueden señalarse los trabajos de: Edoardo Ricci, "Garanzie costituzionale del processo civile nel diritto francese" en *Rivista di diritto processuale*, Padova, abril-junio de 1968, pp. 232-257; Mauro Cappelletti, "La garantía constitucional del debido proceso y su particularización jurisprudencial", trad. de Horacio Cassinelli Muñoz, en *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, tomo 59 número extraordinario "Homenaje a Quintín Alfonsín", Montevideo, 1961, pp. 151-157; *Id.*, "Derecho de acción y de defensa y función concretadora de la justicia constitucional" (art. 24 de la Constitución y "due process of law clause"); "Las garantías constitucionales en el proceso civil italiano", ambas en el libro del mismo autor *Proceso ideologías, sociedad*, trad. de Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Banzhaf, Buenos Aires, 1974, pp. 477-486 y 525-570, respectivamente; Paolo Camoglio Luigi, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padova, 1970; Vincenzo Vigoriti, "Garanzie costituzionali della difesa nel processo civile (note di giurisprudenza comparata)", en *Rivista di diritto processuale*, Padova, 1965; *Id.* *Garanzie costituzionale nel processo civile (due process of law e art. 24 const.)*, Milano, 1970; Nicolás Trockner, "Svolgimenti giurisprudenziali in materia de garanzie costituzionali del processo civile nella Repubblica Federale Tedesca", en *Rivista trimestrale di diritto procedura civile*

4. También debemos destacar que inclusive con anterioridad a los trabajos anteriores, fue el distinguido procesalista uruguayo Eduardo J. Couture, en su clásico estudio sobre las garantías constitucionales en el proceso civil,³ quien llamó la atención de los juristas latinoamericanos, pero también de algunos europeos,⁴ sobre la estrecha vinculación entre las normas constitucionales y las de carácter procesal.

5. Por lo que se refiere a la doctrina mexicana han sido escasos los trabajos que se han ocupado de la influencia de las disposiciones constitucionales en el derecho procesal, y al respecto sólo podemos mencionar el estudio del profesor José Franco Serrato,⁵ y los trabajos redactados por el autor de estas líneas.⁶

II. DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL Y DERECHO CONSTITUCIONAL PROCESAL

6. La zona de confluencia del estudio de las normas constitucionales y las de carácter procesal caracterizado en dos disciplinas limítrofes, que frecuentemente se combinan en los estudios jurídicos, pero que es preciso delimitar para efectos de análisis.

7. La primera en aparecer como disciplina científica es la que puede calificarse como *derecho procesal constitucional*, considerada como la rama más joven de la ciencia del proceso, y cuya fundación como tal se atribuye al ilustre Hans Kelsen,⁷ particularmente a través de su clásico estudio

Milano, 1970, pp. 215-241; *Id. Processo civile e Costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano*, Milano, 1974; Vincenzo Varano, *Organizzazione e garanzie della giustizia civile nell' Inghilterra moderna*, Milano, 1973; José Almagro Nosete, "Garantías constitucionales en el proceso civil", en *Justicia* 81, Madrid, 1981, pp. 11-14.

³ "Las garantías constitucionales en el proceso civil", en la obra colectiva *Estudio de derecho procesal en honor de Hugo Alsina*, Buenos Aires, 1946, pp. 153-213.

⁴ Cfr. Tullio Enrico Liebani, "Diritto costituzionale e processo civile", en *Rivista di diritto processuale*, Padova, 1952, pp. 327-332, trad. castellana "Derecho constitucional y proceso civil", en *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Montevideo, junio-julio de 1953, pp. 121-124, estudios que comentan las ideas del ilustre Couture.

⁵ Principios y garantías constitucionales en materia procesal civil", en *Jurídica*, México, 1972, pp. 129-155.

⁶ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, México, 1974; y "El pensamiento de Eduardo J. Couture y el derecho constitucional procesal", en *Boletín Mexicano de derecho comparado*, núm. 30, septiembre-diciembre de 1977, pp. 315-348.

⁷ Cfr. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, 2a. ed., México, 1970, p. 215.

publicado en 1928 en la Revista francesa de derecho público,⁸ y el cual plantea la necesidad de establecer instrumentos procesales específicos para la tutela de las disposiciones constitucionales, incluyendo una jurisdicción especializada, es decir, la Corte Constitucional creada en virtud de las ideas del jurista vienés en la Constitución austriaca de 1920.⁹

8. En época más reciente, es decir, en esta segunda posguerra, se inició la consolidación de la segunda disciplina de frontera, esta vez en el campo del derecho constitucional y por ello puede calificarse como *derecho constitucional procesal*, cuya creación doctrinal puede atribuirse al procesalista Eduardo J. Couture, como lo mencionamos anteriormente (ver *supra*, párrafo 4). No se trata como pudiera creerse a primera vista, de un simple juego de palabras, sino de dos sectores de la ciencia jurídica que corresponden, respectivamente, a los campos del derecho procesal y del derecho constitucional, pero como ambas tienen por objeto el examen desde distintas perspectivas, de las categoría procesales, se entrecruzan con frecuencia, lo que implica la necesidad de una constante colaboración entre los cultivadores de la mismas. Inclusive debe llamarse la atención de que el sistematizador de la disciplina procesal, Hans Kelsen fue un eminente cultivador de la filosofía y la teoría general del derecho, así como el derecho público, en tanto que Couture, que trazó los fundamentos de la rama constitucional fue por el contrario, un destacado procesalista, los que nos señala claramente esta vinculación recíproca.

9. Debido a lo anterior, en el Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, efectuado en la ciudad de México durante los días 25 a 30 de agosto de 1975, se aprobó, como la primera de sus conclusiones, la recomendación de que: "Es necesario una mayor aproximación entre los constitucionalistas y los cultivadores del procesalismo científico, con el objeto de estudiar con mayor profundidad y en forma

⁸ "La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)", en *Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, París, 1928, pp. 197-257, publicado posteriormente en *Annuaire de l'Institut de Droit Public*, París, 1929, pp. 52-143; trad. española de Rolando Tamayo y Salmorán, con el título "La garantía jurisdiccional de la Constitución", en *Anuario Jurídico I-1974*, pp. 471-515.

⁹ La influencia de Kelsen en la creación de la Corte Constitucional austriaca de la que fue magistrado durante los años de 1921-1930, *cfr.* Rudolf Aladir Métall, *Hans Kelsen. Vida y obra*, trad. de Javier Esquivel, México, 1976; Walter Frisch Philipp, "La forma en que se plasmó la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen en la jurisdicción austriaca creada por él", trad. de Elsa Dieler, en *Jurídica*, México, julio de 1970, pp. 131-148.

integral las materias que comprenden las zonas de confluencia entre ambas disciplinas y que tiene relación directa con la función del organismo judicial".¹⁰

10. Por lo que se refiere al derecho procesal constitucional, su reciente elaboración científica no significa el desconocimiento de las instituciones procesales establecidas históricamente con el propósito de tutelar las disposiciones constitucionales, y un ejemplo evidente fue la introducción en la Constitución Federal de los Estados Unidos de 1787, de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, que por otra parte ya se practicaba en las colonias inglesas en América.¹¹

11. Por lo que se refiere al derecho mexicano debe recordarse que el juicio de amparo como instrumento para proteger los derechos humanos protegidos constitucionalmente, fue introducido en la Constitución del Estado de Yucatán de 31 de mayo de 1841, según el proyecto elaborado por el ilustre jurista mexicano y nativo de dicha Entidad Federal, Manuel Crescencio Rejón, estimado con toda razón como uno de los creadores de nuestra máxima instrucción procesal,¹² y el primero que propuso y obtuvo en dicho documento la consagración de la revisión constitucional de los actos de autoridad según el ejemplo norteamericano,¹³ y después de algunos intentos en los proyectos de Constitución elaborados en el Congreso de 1842,¹⁴ el amparo fue establecido en el ámbito nacional en el documento llamado "Acta de Reformas" (a la Constitución Federal de 1824) expedido por el Congreso Constituyente en mayo de 1847, de acuerdo con el proyecto (voto particular), elaborado por Mariano Otero, el segundo

¹⁰ En el volumen *La función del poder judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos*, México, 1977, p. 201.

¹¹ Cfr. Mauro Cappelletti, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, trad. de Héctor Flix-Zamudio y Cipriano Gómez Lara, México, 1966, pp. 18-33; Charles Evans Hughes, *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, trad. de Roberto Molina Pasquel y Vicente Herrero, 2a. Ed., México, 1971; Lèda Boechat Rodríguez, *La Suprema Corte y el derecho constitucional norteamericano*, trad. de Justo Pastor Benítez, México, 1965.

¹² El volumen publicado por la Suprema Corte de Justicia, Homenaje a don Manuel Crescencio Rejón, México, 1960, y la obra de Carlos Echanove Trujillo, *La vida pasional e inquieta de don Crescencio Rejón*, México, 1941.

¹³ Cfr. Phanor J. Eder, "Judicial Review in Latin America", en *Ohio State Law Journal*, 1960, p. 571.

¹⁴ Cfr. F. Jorge Gaxiola, y A. González Prieto, "Los tres proyectos de la Constitución de 1842", en la obra colectiva, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, 2a. ed., México, 1979, tomo I, pp. 641-688.

padre de la institución;¹⁵ evolución que culminó con la consagración definitiva del propio juicio de amparo en los artículos 101 y 102 de la Constitución Federal de 5 de febrero de 1857.¹⁶

12. Para efectos de sistematización podemos distinguir, en el derecho procesal constitucional, dos sectores, que podemos calificar como *Jurisdicción constitucional de la libertad* y *Jurisdicción constitucional orgánica*, que son difíciles de separar en la práctica. a) El primero de ellos debe su denominación a una calificación afortunada del notable comparatista italiano Mauro Cappelletti¹⁷ y comprende el examen de los instrumentos específicos para la tutela de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.¹⁸ Como es bien sabido, en el ordenamiento mexicano este sector está representado por el *juicio de amparo*, en cuanto al mismo se utiliza en algunos de sus aspectos, que tiene varios, para la tutela de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Federal.¹⁹

13. En una segunda categoría podemos comprender el análisis de otros instrumentos que tienen la finalidad esencial de lograr la tutela de las disposiciones fundamentales que consagran los límites de los órganos del poder y de sus relaciones entre sí, y que pueden agrupar bajo el título de *Jurisdicción constitucional orgánica*. Aun cuando el objetivo final de los dos sectores es lograr el respeto de los derechos de la persona, en el primero, este propósito se logra de manera directa, y en el segundo sólo en forma mediata.²⁰

¹⁵ Cfr. Jesús Reyes Heróles, "Estudio Preliminar", en Mariano Otero. *Obras*, México, 1967, pp. 74-82, así como el libro de F. Jorge Gaxiola, *Mariano Otero, creador del juicio de amparo*, México, 1937.

¹⁶ Cfr. Francisco Zarco, *Historia del Congreso Extraordinario Constituyente (1856-1857)*, México, 1957 (primera ed., 1857), pp. 888-899.

¹⁷ *La jurisdicción constitucional de la libertad*, trad. de Héctor Fix-Zamudio, México, 1961; sigue la misma terminología el tratadista español José Luis Cascajo Castro, "La jurisdicción constitucional de la libertad", *Revista de estudios políticos*, núm. 199, Madrid, 1975, pp. 149-198.

¹⁸ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Madrid, 1982, pp. 23-58.

¹⁹ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "Breve introducción al juicio de amparo mexicano", en *Memoria de El Colegio Nacional*, 1976, México, 1977, pp. 152-177.

²⁰ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *El pensamiento de Eduardo J. Couture*, cit., *supra*, nota 6, p. 322.

14. En el sistema jurídico mexicano este sector está representado por la institución denominada *controversias constitucionales*²¹ establecidas en el artículo 105 de la Constitución Federal,²² precepto que atribuye en forma directa a la Suprema Corte de Justicia el conocimiento y decisión de los conflictos entre dos o más Estados; entre los poderes de un mismo Estado sobre la constitucionalidad de sus actos; entre la Federación y uno o más Estados, y aquellos en que la Federación fuese parte, si se afectan los intereses nacionales. La citada disposición constitucional está reglamentada por el artículo 11, fracciones I a IV, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, y exclusivamente para controversias de carácter tributario, por el artículo 12 de la Ley de Coordinación Fiscal que entró en vigor el primero de enero de 1980; ordenamientos que atribuyen la competencia para decidir estos conflictos al Tribunal en Pleno de la misma Suprema Corte.²³

15. Por lo que se refieren al *derecho constitucional procesal* su enfoque es diverso, pues examina las instituciones procesales desde el ángulo y las perspectivas del derecho constitucional, debido a que las Constituciones contemporáneas, especialmente las surgidas en esta segunda posguerra, han elevado a la categoría de normas fundamentales a varias instituciones de carácter procesal, y si bien es verdad de que con anterioridad, algunas de ellas ya figuraban en las Cartas constitucionales clásicas, lo eran en forma aislada, en tanto que en la actualidad existe la conciencia de otorgar rango constitucional a las categorías procesales de mayor importancia.²⁴

²¹ Estos son los que Carl Schmitt, denomina "litigios o conflictos constitucionales", *Teoría de la Constitución*, trad. de Francisco Ayala, México, 1952, pp. 131-139.

²² Las que tienen su origen en la parte relativa del artículo tercero, sección segunda de la Carta Federal de los Estados Unidos de 1787, que encomendó al poder judicial (de la Federación) conocer de las controversias en que sean parte los Estados Unidos; así como aquellas entre dos o más Estados; y además en la Constitución Federal mexicana de 1857, en cuyo artículo 97, se estableció la facultad de los Tribunales federales para resolver los conflictos que se suscitaban de un Estado con otro o aquellos en que la Federación fuese parte, que el artículo 98 encomendó en única instancia a la Suprema Corte de Justicia.

²³ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "Las garantías constitucionales en el derecho mexicano", en *Anuario Jurídico, III-IV, 1976-1977*, México, 1977, pp. 88-89; Felipe Tena Ramírez, *Derecho constitucional mexicano*, 17a. ed., México, 1980, pp. 508-513.

²⁴ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *El pensamiento de Eduardo J. Couture*, cit. *supra*, nota 6, pp. 319-419, *Id.* "Función del poder judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos", en el volumen del mismo nombre, México, 1977, pp. 10-13.

III. SECTORES QUE INTEGRAN EL DERECHO CONSTITUCIONAL PROCESAL

A) La Jurisdicción

16. Una vez establecido que esta disciplina se ocupa del estudio de las instituciones o categorías procesales establecidas por la Constitución, es necesario realizar un esfuerzo para establecer su contenido, tomando en consideración, por una parte, su carácter de frontera, por la obra de la naturaleza inicial de los estudios específicos sobre la misma, lo que implica forzosamente el enfoque provisional de una rama del conocimiento jurídico en formación. Sin embargo, es posible señalar hasta el momento *cuatro sectores* esenciales de esta disciplina, que se concentran en las categorías de la *jurisdicción*, las *garantías judiciales*; las *garantías de las partes* y, finalmente, las llamadas *formalidades esenciales del procedimiento*.²⁵

17. Debemos abordar en un primer momento a la *jurisdicción* sobre la cual afirmó certeramente el destacado procesalista español (pero que por treinta años residió fructíferamente en México) Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, que no se sabe con precisión su encuadramiento ya sea en la ciencia del derecho constitucional, lo que deriva de su situación de confluencia, en virtud de que esta institución debe ser analizada desde los dos ángulos y perspectivas, tomando en cuenta que para el constitucionalista, la jurisdicción en una de las tres funciones del Estado, y que para el procesalista la actividad del propio Estado que imparte la función jurisdiccional a través del proceso. El mismo tratadista español señaló con agudeza que los constitucionalistas han analizado la jurisdicción desde el punto de vista *estático*, es decir, como emanación atributo de la soberanía del Estado, y el enfoque procesal la examina desde el ángulo *dinámico*, tomando en cuenta la correlación de la propia jurisdicción con el proceso.²⁶

18. Sólo para tener un apoyo en cuanto a la naturaleza de la institución, partimos de una noción aproximada, de acuerdo con la cual la jurisdicción

²⁵ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *El pensamiento de Eduardo J. Couture, ult. cit.*, pp. 332-346.

²⁶ "Notas relativas al concepto de jurisdicción", en su obra *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, tomo I, México, 1974, pp. 29-60; véase también el interesante análisis de la jurisdicción en la obra de Juan Montero Araco, *Introducción al derecho procesal*, Madrid, 1976, pp. 15-112.

es la función pública que tiene por objeto resolver las controversias jurídicas que se plantean entre dos partes contrapuestas y que deben someterse al conocimiento de un órgano del Estado, el cual decide dichas controversias de manera imperativa y de una posición imparcial.²⁷ Ahora bien, de acuerdo con el sistema constitucional mexicano, existe en apariencia una doble jurisdicción, según el modelo judicial de los Estados Unidos, que se incorporó en la primera Constitución Federal de 1824, y se desarrolló en las Cartas también federales de 1857 y la vigente de 5 de febrero de 1917. El artículo 94 de esta última regula la organización, y el artículo 104 la competencia genérica del poder judicial federal, que se integra con la Suprema Corte de Justicia, los Tribunales de Circuito, Colegiados en materia de amparo y Unitarios en materia de apelación, así como juzgados de Distrito como jueces de primera instancia; preceptos reglamentados por la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal de 30 de diciembre de 1935.²⁸

19. De acuerdo con el artículo 124 de la misma Constitución Federal, inspirado también en el sistema norteamericano,²⁹ las facultades que no están expresamente concedidas por nuestra Carta Fundamental a los funcionarios federales se entienden reservados a los Estados.³⁰ Los tribunales de las Entidades Federativas (actualmente son treinta y un Estados y un Distrito Federal, según el artículo 43 constitucional), se encuentran regulados por las Constituciones locales, aun cuando las bases de los tribunales del Distrito Federal están contenidas en el artículo 73, fracción VI, base 4a. de la Constitución Federal y reglamentadas por la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito Federal de 26 de diciembre de 1968, (cuya organización sirve de modelos a las restantes Entidades Federativas) a través de un Tribunal Superior con Salas especializadas en materia civil (mercantil), penal y familiar, juzgados de primera instancia de

²⁷ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Función del poder judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos*, cit., *supra*, nota 24, p. 13.

²⁸ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "México: El organismo judicial (1950-1975), en la obra colectiva *Evolución de la organización político-constitucional en América Latina*, tomo 1, México, 1978, pp. 7-11.

²⁹ La enmienda IX de la Constitución de los Estados Unidos, dispone: "Los poderes que la Constitución no delega en los Estados Unidos ni prohíbe a los Estados, respectivamente, o al pueblo.

³⁰ Sobre las citadas facultades residuales, cfr. Felipe Tena Ramírez, *Derecho constitucional mexicano*, cit., *supra*, nota 23, 112-119; Jorge Carpizo, "Sistema federal mexicano", en su libro *Estudios constitucionales*, México, 1980, pp. 99-115.

las tres materias, así como jueces mixtos de paz para asuntos de mínima cuantía o penalidades.³¹

20. Quien lea superficialmente las disposiciones de la Constitución Federal sobre el poder judicial puede tener la impresión de que los tribunales federales y los de carácter local son independientes entre sí, cada sector con su esfera de competencia específica, pero esto no es así debido a la evolución que se inició en la segunda mitad del Siglo XIX con la interpretación indebida del artículo 14 de la Constitución Federal de 1857, que fue muy debatida durante todo el siglo anterior y la primera década del presente,³² pero que se aceptó expresamente en los párrafos tercero y cuarto del precepto del mismo número de la Carta Federal vigente,³³ por lo que, con apoyo en estas disposiciones, cuando un juez local aplique incorrectamente una ley ordinaria en un proceso de su competencia, infringe el citado precepto constitucional y procede el juicio de amparo contra dicha resolución, de manera que en la actualidad todas las sentencias y resoluciones judiciales de todos los jueces y tribunales del país, cuando adquieren carácter definitivo, pueden impugnarse ante los tribunales federales por conducto del juicio de amparo, aun cuando no se invoque para combatirlas una cuestión estricta de inconstitucionalidad o una contradicción con las normas federales o los tratados internacionales, en los términos del artículo 133 de la misma Carta Fundamental.³⁴

³¹ Cfr. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, "Síntesis de derecho procesal (civil, mercantil y penal)" en su obra, *Derecho procesal mexicano*, tomo II, México, 1977, pp. 357-368.

³² Dicho precepto, redactado defectuosamente, disponía en su parte conducente: "... Nadie puede ser juzgado ni sentenciado sino por leyes dadas con anterioridad al hecho y *exactamente* aplicadas a él por el tribunal que previamente haya establecido la ley." Esta disposición fue analizada con gran penetración por el ilustre tratadista Emilio Rabasa, en su libro intitulado precisamente *El artículo 14. Estudio constitucional*, cuya primera edición apareció en 1906 y la segunda conjuntamente con *El juicio constitucional*, del mismo autor, México, 1955.

³³ En la parte conducente del proyecto de Constitución presentado por don Venustiano Carranza, encargado del poder ejecutivo al Constituyente reunido en la ciudad de Querétaro, el primero de diciembre de 1916, se expresó: "... Sin embargo de esto hay que reconocer que en el fondo de *la tendencia a dar al artículo 14 una extensión indebida*, estaba la necesidad ingente de reducir a la autoridad judicial de los Estados a sus justos límites. ... El pueblo mexicano está ya tan acostumbrado al amparo de los juicios civiles, para librarse de las arbitrariedades de los jueces, que el Gobierno a mi cargo ha creído que sería no sólo injusto, sino impolítico, privarlo ahora de tal recurso, estimando que bastará limitarlo únicamente a los casos de verdadera y positiva necesidad, dándole un procedimiento fácil y expedito para que sea efectivo, como se servirá ver la Cámara en las bases que se proponen para su reglamentación. ..."

³⁴ El citado artículo 133 de la Carta Federal, dispone: "Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y

21. En otras palabras, todos los asuntos judiciales del país se concentran en los tribunales federales en su último grado, lo que es contrario al sistema de doble jurisdicción de acuerdo con el modelo norteamericano, que en América Latina siguen con mayor fidelidad los ordenamientos constitucionales de Argentina y Brasil a través del llamado "recurso extraordinario",³⁵ en virtud de que en dichos ordenamientos una resolución pronunciada por un juez sólo puede ser impugnada ante los tribunales federales cuando se presenta el "caso federal", es decir, cuando se plantea la contradicción de las disposiciones locales aplicables con la Constitución, leyes federales y tratados. Por el contrario, en el sistema mexicano, no obstante su aparente similitud con los anteriores, puede afirmarse que existe un solo organismo judicial, en virtud de que los tribunales de las Entidades Federativas están sometidos a los de carácter federal, puesto que estos últimos deciden todos los asuntos judiciales del país en última instancia, y por ello se afirma con razón que el juicio de amparo contra resoluciones judiciales se ha transformado en un recurso de casación federal.³⁶

22. Esta centralización se advierte con mayor claridad si tomamos en cuenta a la institución de la *jurisprudencia obligatoria*, en cierta manera similar al sistema del *stare decisis* del sistema angloamericano (que podría

que se celebren por el Presidente de la República con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones y leyes de los Estados." A su vez, la parte relativa del artículo VI de la Constitución de los Estados Unidos, preceptúa: "Esta Constitución y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados y que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la ley suprema del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos a pesar de cualquier disposición en contrario que se encuentre en su Constitución o las leyes de cualquier Estado..." Cfr. Jorge Carpizo, "Interpretación del artículo 133 constitucional", en su obra *Estudios Constitucionales*, cit., *supra*, nota 30, pp. 13-41.

³⁵ La bibliografía para esta institución en ambos países es muy extensa, por lo que nos limitamos señalar algunas obras en vía de ejemplo: Esteban Imaz y Ricardo E. Rey, *El recurso extraordinario*, 2a. ed., actualizada por Ricardo E. Rey y Lino Enrique Palacio, Buenos Aires, 1962; Luiz Pinto Ferreira, *Curso de direito constitucional*, 3a. ed., São Paulo, tomo II, pp. 378-379, 383-385.

³⁶ Se han elaborado numerosos trabajos sobre las relaciones entre el recurso de casación y el juicio de amparo, por lo que sólo citaremos algunos de ellos: Alejandro Ríos Espinoza, *Amparo y casación*, México, 1960; Teófilo Olca y Leyva, "Genealogía jurídica de la casación y el amparo en materia penal", en el volumen *Problemas jurídicos y sociales de México*, México, 1955, pp. 41-90; Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, "Amparo y casación", en su obra *Derecho procesal mexicano*, cit., *supra*, nota 31, tomo I, pp. 526-541; Fernando Vega, "El juicio de amparo y el recurso de casación francés", publicado por vez primera en *Revista de Legislación de Jurisprudencia*, tomo I, México, 1899, pp. 69 yss., y reimpresso en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, núm. 31, México, julio-septiembre de 1946, pp. 231-248; Emilio Velasco, *El recurso de casación en sus caracteres constitucionales*, México, 1895; Héctor Fix-Zamudio, "Presente y futuro de la casación civil a través del juicio de amparo mexicano", en *Memoria de El Colegio Nacional*, 1978, México, 1979, pp. 91-138.

traducirse como “autoridad del procedente”),³⁷ en virtud de que, cuando la Suprema Corte de Justicia funcionando en Pleno o en Salas especializadas por materia (penal, administrativa, civil y mercantil y laboral), así como los Tribunales Colegiados de Circuito, reiteran un criterio en cinco resoluciones no interrumpidas por otra en contrario, con un número determinado de votos aprobatorios (cuatro en las Salas, catorce en el Pleno de la Suprema Corte, y de los tres integrantes de los Tribunales Colegiados), ese criterio es obligatorio para todos los tribunales del país, tanto federales como locales, incluyendo la interpretación de los ordenamientos de las Entidades Federativas (artículos 94 constitucional, 192-197 de la Ley de Amparo, y 95 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación), por lo que la unificación no puede ser más completa.³⁸

23. Por otra parte, debe tomarse en consideración que existen otros tribunales que no se encuentran formalmente situados en la esfera ni del poder judicial federal ni en la de los Estados o del Distrito Federal, como son los del trabajo, los administrativos y los militares. La resolución de los conflictos laborales está encomendada a las Juntas de Conciliación y Arbitraje, de composición tripartita, es decir con representantes de los trabajadores, de los empresarios y del gobierno, con dos sectores, éstos sí paralelos: una Junta Federal de Conciliación y Arbitraje con grupos especializados en varias regiones del país,³⁹ y Juntas Centrales que dependen de los gobiernos de las Entidades Federativas (artículo 123 constitucional, Apartado A, frac-

³⁷ Un análisis accesible de esta institución puede consultarse en el libro de Julio Cueto Rúa, *El “Common Law”. Su estructura normativa. Su enseñanza*, Buenos Aires, 1957, pp. 121-143.

³⁸ Debe hacerse notar que esta centralización jurisprudencial se consumó en las reformas a la legislación de amparo que entraron en vigor en octubre de 1968, pues con anterioridad de acuerdo con la fracción XIII del artículo 107 constitucional y los artículos 192-197 de la Ley de Amparo, la citada jurisprudencia sólo era obligatoria tratándose de interpretación de la Constitución, leyes federales y tratados, cuando se forma, además, en el juicio de amparo; pero en la citada reforma de 1968, se reguló la propia jurisprudencia en el artículo 94 de la Carta Federal, extendiéndose a todos los asuntos de competencia de los tribunales federales y abarca también la interpretación de leyes y reglamentos locales. Cfr., entre otros, Ignacio Burgoa, *El juicio de amparo*, 11a. ed., México, 1977, pp. 807-825; Alfonso Noriega Cantú, *Lecciones de amparo*, México, 1975, pp. 981-1007; Juventino V. Castro, *Lecciones de garantías y amparo*, 2a. ed., México, 1978, pp. 529-541; Héctor Fix-Zamudio, “Breves reflexiones acerca del origen de la evolución de la jurisprudencia obligatoria de los tribunales federales”, en *Lecturas Jurídicas*, núm. 41, Chihuahua, octubre-diciembre de 1969, pp. 87-110.

³⁹ Según los Acuerdos expedidos por el Secretario del Trabajo y Previsión Social con apoyo en el artículo 600 de la Ley Federal del Trabajo y publicados los días 30 de octubre y 3 de noviembre de 1977, funcionan en la actualidad 47 Juntas Especiales de Carácter Federal en toda la República, de las cuales 16 residen en la ciudad de México.

ción XX, reglamentado por los artículos 591-600 y 604-620 de la Ley Federal del Trabajo que entró en vigor el primero de mayo de 1970).⁴⁰

24. Dentro de los organismos judiciales laborales también debe considerarse al Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, igualmente de integración tripartita y que conoce de los conflictos entre los empleados y funcionarios al servicio de los poderes federales y del gobierno del Distrito Federal, de acuerdo con lo dispuesto por la fracción XII del Apartado B del mismo artículo 123 constitucional, y reglamentado por los artículos 118 y 124 de la Ley Federal de los trabajadores al Servicio del Estado, de 27 de diciembre de 1963.⁴¹

25. Los tribunales administrativos tienen su apoyo en el párrafo segundo de la fracción I del artículo 104 de la Constitución Federal,⁴² que les otorga plena autonomía para dictar sus fallos, y de acuerdo con este precepto funciona el Tribunal Fiscal de la Federación (establecido como tribunal de jurisdicción delegada por la Ley de Justicia Fiscal de agosto de 1936),⁴³ integrado actualmente con una Sala Superior y varias Salas Regionales (Ley Orgánica de dicho Tribunal de 30 de diciembre de 1977, publicada el 2 de febrero de 1978;⁴⁴ así como el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, el cual posee una com-

⁴⁰ Cfr. Alberto Trueba Urbina, *Nuevo derecho procesal del trabajo*, 4a. ed., México, 1978, pp. 479-486; María Cristina Salmorán de Tamayo, "Jurisdicción y Derecho procesal del Trabajo", en la obra colectiva *El derecho latinoamericano del trabajo*, tomo II, México, 1974, pp. 95-105; Héctor Fix-Zamudio y Jorge Carpizo, *Naturaleza jurídica de las Juntas de Conciliación y Arbitraje*, México, 1975; el segundo trabajo también fue publicado en el libro del mismo profesor Carpizo, *Estudios constitucionales*, México, 1980, pp. 219-251.

⁴¹ Contrariamente a lo que ocurre con las Juntas de Conciliación y Arbitraje, existen escasos estudios sobre el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, y por ello sólo mencionamos el libro del tratadista mexicano Alberto Trueba Urbina, *op. ult. cit.*, pp. 611-615; Héctor Fix-Zamudio, "Panorama de los derechos procesal del trabajo y procesal burocrático en el ordenamiento mexicano", en *Revista Mexicana del Trabajo*, junio de 1965, pp. 29-36.

⁴² El párrafo segundo del citado artículo 104, fracción I, de la Carta Federal, dispone: "Las leyes federales podrán instituir tribunales de lo contencioso-administrativo dotados de plena autonomía para dictar sus fallos, que tengan a su cargo dirimir las controversias que se susciten entre la administración pública federal o del Distrito Federal, y los particulares, estableciendo las normas para su organización, su funcionamiento, el procedimiento y los recursos contra sus resoluciones.

⁴³ Cfr., entre otros, Antonio Carrillo Flores, "Orígenes y desarrollo del Tribunal Fiscal de la Federación", en *Revista del Tribunal Fiscal de la Federación*, Tercer número extraordinario, México, 1966, pp. 17-32.

⁴⁴ La Bibliografía sobre el Tribunal Fiscal Federal es muy amplia, por lo que, como en ocasiones anteriores, señalaremos sólo algunos trabajos relativamente recientes: Dolores Heduán Virués,

petencia genérica para conocer y resolver todas las controversias entre los particulares y las autoridades administrativas del Departamento del Distrito Federal (Ley Orgánica de 26 de febrero de 1971).⁴⁵

26. Por otra parte, varias Entidades Federativas han establecido tribunales administrativos, algunas de acuerdo con el modelo del Tribunal Fiscal, como los ordenamientos de los Estados de México (1958); Veracruz (1975), y Sonora (1977); y otros siguiendo el ejemplo del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, señalándose en esta dirección la legislación de los Estados de Sinaloa (1976), y de Hidalgo (1979).⁴⁶

27. Por lo que se refiere a los tribunales militares, los mismos tienen su apoyo en lo dispuesto por el artículo 13 de la Constitución Federal, de acuerdo con el cual sólo pueden conocer de los delitos y faltas cometidos por los militares, contra la disciplina militar, de manera que no pueden enjuiciar a civiles aun cuando estuviesen involucrados en hechos ilícitos realizados por miembros de las fuerzas armadas, lo que constituye un principio esencial del proceso moderno, al evitar la práctica frecuente de los regímenes militares de América Latina, de someter a los civiles a la jurisdicción castrense cuando se trata de la imputación de delitos contra la seguridad nacional.⁴⁷ Dichos tribunales castrenses mexicanos están regulados por el Código de Justicia Militar de 29 de agosto de 1933 (artículos 1-30) y se integraron por un Supremo Tribunal Militar; los Consejos de Guerra Ordinarios, y los Consejos de Guerra Extraordinarios.⁴⁸

Cuarta Década del Tribunal Fiscal de la Federación, México, 1971; Gonzalo Armienta Calderón, *El proceso tributario en el derecho mexicano*, México, 1977, pp. 121-173; Jesús González Pérez, "La justicia administrativa en México", en *Revista de derecho procesal iberoamericana*, Madrid, octubre-diciembre de 1972, pp. 774-785; Héctor Fix-Zamudio, "Introducción a la justicia administrativa en el ordenamiento mexicano", en *Memoria de El Colegio Nacional, 1981*, México, 1981, pp. 99-109.

⁴⁵ Cfr. Armando Vázquez Galván y Agustín García Silva, *El Tribunal de lo Contencioso-Administrativo del Distrito Federal*, México, 1977.

⁴⁶ Cfr. José Ovalle Favela, "La legislación mexicana reciente sobre justicia administrativa", en *Gaceta Informativa de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 23, México, enero-abril de 1978, pp. 135-142.

⁴⁷ Sobre este problema, cfr. Eduardo Spolansky Norberto y Jorge Reinaldo Vanossi, "Sanciones militares y garantías constitucionales" sobretiro de la *Revista de la Federación Argentina de Colegios de Abogados*, Buenos Aires, febrero de 1971.

⁴⁸ Sobre el enjuiciamiento militar mexicano, cfr., entre otros, Octavio Véjar Vázquez, *Autonomía del Derecho Militar*, México, 1948, pp. 81-112; Ricardo Calderón Serrano, *Derecho Penal Militar*, México, 1946; Sergio García Ramírez, "Características del enjuiciamiento penal militar mexicano, en la obra *Temas y problemas de la administración de justicia en México*, editado por José Ovalle Favela, México, 1982, pp. 161-179.

28. Debe hacerse la advertencia de que las resoluciones definitivas pronunciadas por todos estos tribunales laborales, administrativos y militares, son impugnables ante los tribunales federales a través del juicio de amparo, por los que todos ellos se encuentran subordinados al poder judicial federal y deben obedecer su jurisprudencia obligatoria.

B) Las garantías judiciales

29. Debemos entender por ellas el conjunto de instrumentos establecidos por las normas constitucionales con el objeto de lograr la independencia y la imparcialidad del juzgador, y que poseen, además, un doble enfoque, pues al mismo tiempo que se utilizan en beneficio de los miembros de la judicatura, también favorecen la situación de los justiciables, de acuerdo con lo establecido por los artículos 14, primer párrafo, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1966, y el artículo 8o. de la Convención Americana de los Derechos Humanos, suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, las cuales forman parte de nuestro derecho interno al ser aprobados por el Senado Federal y esta ratificación publicada en el *Diario Oficial* de la Federación de los días 20 y 7 de mayo de 1981, respectivamente⁴⁹ y los cuales establecen, la esencia, el derecho fundamental de todo gobernado de ser oído públicamente y con las debidas garantías por el *Tribunal competente, independiente e imparcial*, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ellos o para la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil.⁵⁰ Entre dichas garantías judiciales, podemos destacar como las de mayor importancia, los instrumentos relativos a la *selección y designación de los jueces; la estabilidad de los miembros de la judicatura; así como la remuneración y la responsabilidad de los propios juzgadores.*

a) Selección y designación

30. Desafortunadamente en el ordenamiento constitucional mexicano no se ha establecido un sistema de selección de los jueces, como lo exige la creciente complejidad técnica de las controversias judiciales, y que ha originado en otros países la creación de Escuelas Judiciales o bien el

⁴⁹ Cfr., el volumen colectivo, *Los tratados sobre derechos humanos y la legislación mexicana*, México, 1981.

⁵⁰ Cfr., Héctor Fix-Zamudio, "El derecho constitucional a la justicia en el derecho mexicano", en la obra colectiva *Los derechos sociales del derecho mexicano*, México, 1979, pp. 296-299.

establecimiento de organismos de selección de los aspirantes a la judicatura.⁵¹ Los preceptos constitucionales respectivos sólo exigen el título profesional y determinado periodo de experiencia profesional, inclusive para los Ministros de la Suprema Corte de Justicia (artículo 95, fracción III, de la Constitución Federal), pero no se determina la necesidad de realizar estudios de especialización, y si bien en algunos casos, como en el de los jueces profesionales de las Juntas de Conciliación y Arbitraje, es decir, los representantes del Gobierno Federal o de las Entidades Federativas,⁵² y de los jueces y magistrados de los tribunales administrativos,⁵³ se establece como requisito que se hubiesen destacado en estas disciplinas, pero sin un sistema de comprobación de estos conocimientos.

31. El primer paso en este sentido se ha dado con el establecimiento del Instituto de Especialización Judicial que depende de la Suprema Corte de Justicia, por reforma en diciembre de 1977, al artículo 87 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (que inició sus funciones en agosto de 1978), con el objeto de preparar y capacitar al personal del Poder Judicial Federal y a quienes aspiren a ocupar algún puesto en el mismo. Sin embargo, los estudios de este Instituto no son todavía obligatorios.⁵⁴

32. No existe tampoco una verdadera carrera judicial, no obstante que se ha propuesto insistentemente por la doctrina,⁵⁵ y su establecimiento se

⁵¹ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "Selección y nombramiento de los jueces. Selection and appointment of judges", en la obra colectiva *Toward a Justice with human face. The first international Congress on the Law of civil procedure (Ghent, 1977)*, Antwerpen-Deventer, 1978, pp. 431-443.

⁵² En los artículos 627, fracción II; 628, fracción III; 629 y 630, de la Ley Federal del Trabajo exige tanto a los Secretarios, a los Auxiliares, Secretarios generales y Presidentes de las Juntas Especiales de Conciliación y Arbitraje, además de determinado tiempo de ejercicio profesional, *haberse distinguido en estudios de derecho del trabajo*, pero sin un procedimiento para demostrar esos conocimientos.

⁵³ El artículo 4o. de la Ley Orgánica del Tribunal de la Federación de treinta de diciembre de 1977, actualmente en vigor, exige entre los requisitos para ser magistrado de dicho Tribunal, además del título profesional con cinco años de antigüedad, *tres años de práctica en materia fiscal*, y a su vez el artículo 4o. inciso d) de la Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal de 26 de febrero de 1971, establece como uno de los requisitos para ser nombrado magistrado de este Tribunal, acreditar, cuando menos, *Tres años de práctica profesional en materia administrativa*, pero tampoco se establece un medio para comprobar esa actividad.

⁵⁴ Es el primer paso para el establecimiento de una verdadera Escuela Judicial como las que existen en España y en Francia, para la preparación obligatoria de los que aspiren a ingresar a la judicatura, cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Selección y nombramiento de los jueces*, cit., *supra*, nota 51, 434-436.

⁵⁵ Cfr. Las ponencias redactadas por el procesalista mexicano Fernando Flores García, en el Primero y Segundo Congreso Mexicano de Derecho Procesal, intituladas "Implantación de la carrera judicial en México" y "La carrera judicial", publicadas respectivamente en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, enero-diciembre de 1960, y enero-marzo de 1967, pp. 355-373 y 249-278.

ha recomendado en varios congresos jurídicos,⁵⁶ tomando en cuenta que lo único que se ha consagrado y eso exclusivamente para los jueces federales, es un escalafón de acuerdo con el artículo 93 de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal. No obstante lo anterior, se ha iniciado una tendencia hacia la conformación de la propia carrera judicial, al menos por lo que se refiere al ingreso a la judicatura, a través de la reforma de diciembre de 1981, el artículo 92 de la propia Ley Orgánica del Poder Judicial Federal, al exigirse que los jueces de Distrito, como jueces federales de primera instancia, sean designados por conducto de un concurso de oposición.⁵⁷

33. Por lo que respecta a la *designación de los jueces mexicanos* es preciso distinguir varias categorías: a) Los Ministros de la Suprema Corte de Justicia son nombrados por el Presidente de la República y sometidos a la aprobación del Senado Federal, en los términos del artículo 96 de la Constitución Federal (reformado en 1928, pues según el texto primitivo de este precepto, el nombramiento lo hacía el Congreso Federal),⁵⁸ o sea que en la actualidad se sigue el mismo procedimiento formal que en los

⁵⁶ En los citados Primer Congreso Nacional y Segundas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal, efectuados en la ciudad de México en febrero de 1960, y en el Segundo Congreso Mexicano de Derecho Procesal, efectuado en Zacatecas en agosto de 1966, se recomendó en forma insistente la implantación de la carrera judicial en México, tanto en el ámbito federal como en el de las Entidades Federativas, como puede consultarse en las *Revistas de la Facultad de Derecho de México*, citadas en la nota anterior, pp. 539-541 y 295-297, respectivamente.

⁵⁷ En la parte relativa del citado artículo 92, de acuerdo con el texto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de enero de 1982, se dispone: "... las vacantes de jueces de Distrito serán cubiertas mediante *examen de oposición* en cada vacante que se represente, en el cual se evalúen sus conocimientos y experiencias en la administración de justicia. El Presidente de la Suprema Corte de Justicia, cuando lo estime pertinente y cada una de las Salas numerarias, a propósito de cada vacante, propondrán un candidato. — El nombramiento se otorgará a quien haya obtenido mejor calificación en la evaluación, tomando en cuenta el resultado de la revisión de su expediente personal, su capacidad y aptitud, la importancia de los servicios en interés general que haya prestado en el desempeño de sus cargos, la conducta que haya observado en el ejercicio de los mismos y, en igualdad de todas estas circunstancias, el tiempo que haya servido al Poder Judicial de la Federación. — Para la determinación específica de los procedimientos de selección, integración del jurado para los exámenes de oposición, elaboración de cuestionarios y demás aspectos relacionados con dicha selección, la Suprema Corte de Justicia expedirá el reglamento respectivo, el cual no podrá contravenir las bases anteriores."

⁵⁸ El texto original del artículo 96 de la Carta Federal, disponía: "Los miembros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación serán electos por el *Congreso de la Unión en funciones de Colegio Electoral*, siendo indispensable que concurren cuando menos las dos terceras partes del número total de diputados y senadores. La elección se hará en escrutinio secreto y por mayoría absoluta de votos. *Los candidatos serán previamente propuestos, uno por cada Legislatura de los Estados, en la forma que disponga la ley local respectiva.* Si no se obtuviere mayoría absoluta en la primera votación, se repetirá entre los dos candidatos que hubieren obtenido más votos."

Estados para la designación en ese país, de todos los jueces federales,⁵⁹ pero con la aplicación práctica muy diversa, en virtud de que los integrantes del Senado de la República pertenecen en su totalidad al partido predominante (Partido Revolucionario Institucional) y casi nunca han hecho observaciones a la proposición presidencial.⁶⁰

34. Los jueces de Distrito y los Magistrados de Circuito son designados por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia, según el artículo 97 de la Constitución Federal, y el 12, fracciones XVII y XVIII de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

35. Los magistrados del Tribunal Fiscal de la Federación, son nombrados en la misma forma que los Ministros de la Suprema Corte de Justicia, es decir, por el Presidente de la República con aprobación del Senado Federal y en sus recesos por la Comisión Permanente del Congreso de la Unión (artículo 3o. de la Ley Orgánica). En forma diversa, el funcionario que actúa como presidente de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje; el magistrado representante del gobierno en el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, así como los jueces militares, son designados y removidos libremente por el propio Gobierno Federal.

36. En relación con el organismo judicial del Distrito Federal, el artículo 11 de la Ley Orgánica respectiva determina que la designación de los magistrados del Tribunal Superior corresponde al Presidente de la República con aprobación de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión (en la cual, como es sabido, existe un sistema de representación proporcional introducido en los artículos 52 y 53 de la Carta Federal en las reformas de diciembre de 1977, que empezó a funcionar en las elecciones federales de julio de 1979).⁶¹ A su vez, el artículo 16 del mismo

⁵⁹ Cfr., entre otros, Harold W. Chase. "Federal Judges. The appointing process", en *Minnesota Law Review*, diciembre de 1966, pp. 185-221.

⁶⁰ Por este motivo, en el Segundo Congreso Mexicano de Derecho Procesal efectuado en Zacatecas en agosto de 1966, se aprobó una moción presentada por el autor de este trabajo, en el sentido de que el Presidente de la República no pudiese proponer libremente a los miembros de la Suprema Corte, sino que debería sujetarse a ternas propuestas por los miembros de la magistratura federal, los colegios de abogados y las facultades de Derecho, cfr. Héctor Fix-Zamudio, "Reformas constitucionales al Poder Judicial federal", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 65 enero-marzo de 1967, p. 119.

⁶¹ Cfr. Jorge Carpizo, "La reforma política mexicana de 1977", en su obra *Estudios constitucionales*, cit...supra, nota 30, pp. 343-396; Javier Patiño Camarena, *Análisis de la Reforma Política*, México, 1980.

ordenamiento dispone que los jueces inferiores, civiles, penales de lo familiar y de paz, deben ser nombrados por el Tribunal Superior en Pleno. En forma similar, los magistrados del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, son también designados por el Presidente de la República, sólo que a propuesta del Jefe del Departamento del Distrito Federal, con aprobación de la Cámara de Diputados o de la Comisión Permanente (artículo 3o. de la Ley Orgánica respectiva).

37. Por lo que respecta a los jueces y magistrados de los organismos judiciales de los Estados, no existe un sistema uniforme de nombramientos, en virtud de que de acuerdo con las constituciones y leyes orgánicas locales, los magistrados de los tribunales superiores son designados por el gobernador con aprobación de la legislatura de la Entidad Federativa correspondiente, en la mayor parte de los casos, y en otros, sólo por esta última; con predominio del sistema de la designación de los jueces inferiores por el tribunal superior correspondiente.⁶²

b) *Estabilidad*

38. El conjunto de instrumentos que integran este sector de las garantías judiciales, es uno de los que poseen mayor significado para lograr la independencia de los integrantes del organismo judicial, y cuya forma más perfeccionada consiste en la *inamovilidad*, es decir, que la designación de los jueces no está sujeta a renovaciones periódicas sino que se prolonga hasta el fallecimiento o hasta la edad de retiro forzoso, salvo la remoción justificada del juez respectivo.⁶³

39. De acuerdo con el sistema constitucional mexicano, únicamente los Ministros de la Suprema Corte de Justicia poseen inamovilidad inicial, es decir, desde que son nombrados (artículo 94 de la Carta Federal); en tanto que los jueces del Distrito y magistrados de Circuito, sólo la adquieren después de un periodo de prueba de cuatro años, al terminar el cual, si son ratificados o ascendidos, ya no pueden ser destituidos sino por causa justificada, y en la misma forma que los Ministros de la Corte, es decir, previo un proceso ante las dos Cámaras del Congreso Federal (artículo 97

⁶² Cfr. José Ovalle Favela, "El poder judicial en las Entidades Federativas", en el volumen colectivo *Temas y problemas de la administración de justicia en México*, México, 1982, pp. 211-231.

⁶³ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, México, 1974, pp. 40-41.

y 111 de la Ley Suprema).⁶⁴ Todos los jueces federales deben retirarse obligatoriamente al cumplir setenta años.

40. Los otros jueces y magistrados, ya sean federales o de las Entidades Federativas son designados comúnmente por un periodo de seis años que coincide con el mandato presidencial o el de los gobernadores de los Estados, aún cuando por regla general pueden ser reelectos y en la práctica lo son con frecuencia por varios periodos, pero esta situación fáctica no desvirtúa el efecto del sistema, que menoscaba la independencia de los miembros de la judicatura, ya que dependen de la buena voluntad del titular del Ejecutivo que inicia un nuevo periodo, para su nombramiento o reelección.⁶⁵

c) Remuneración

41. Éste ha sido uno de los aspectos más débiles de todos los sistemas jurídicos de organización judicial y con mayor razón en Latinoamérica, puesto que generalmente los jueces y magistrados perciben remuneraciones proporcionalmente inferiores a las de los funcionarios administrativos o de los cuerpos legislativos, tomando en cuenta que el porcentaje del presupuesto que se dedica al poder judicial suele ser menor al asignado a los otros dos órganos del poder político del Estado.⁶⁶

⁶⁴ El citado artículo 97 de la Constitución Federal, dispone: "Los magistrados de Circuito y los jueces de Distrito serán nombrados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tendrán los requisitos que exija la ley (artículo 31, 2o. bis y 38 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación); y durarán cuatro años en ejercicio de su encargo, al término de los cuales, si fueren reelectos o promovidos a cargos superiores, sólo podrán ser privados de sus puestos cuando observen mala conducta, de acuerdo con la parte final del artículo 111, o previo el juicio de responsabilidad correspondiente..."

⁶⁵ Héctor Fix-Zamudio, *Constitución y proceso civil*, cit., *supra*, nota 63, pp. 39-40.

⁶⁶ Se advierte cierto progreso en los últimos años en el Presupuesto de Egresos en cuanto a la asignación de recursos al Poder Judicial Federal, si se toma en cuenta que en el presupuesto de egresos de la federación para 1982, se asignó al mismo Poder Judicial dos mil trescientos noventa y un mil millones, quinientos mil pesos, frente a dos mil quinientos cincuenta y siete millones al Congreso de la Unión, y dos mil ochocientos millones a la Presidencia de la República, lo que a primera vista parecería equilibrado, pero observando con mayor detalle, además de que los tribunales Federales requieren considerablemente mayor personal que el cuerpo legislativo, si se suman las erogaciones de todo el organismo ejecutivo, se advierte claramente la desproporción, puesto que las partidas para las dependencias directas del propio Ejecutivo llega a casi dos billones de pesos, a las que deben sumarse las del sector paraestatal que suman otro billón de pesos, aproximadamente. Otro paso favorable se encuentra en el artículo 17 de la Ley del Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público de 30 de diciembre de 1976, de acuerdo con el cual el Poder Judicial

42. Si bien en México ha aumentado en los últimos años, la remuneración de los jueces y magistrados federales, no se ha logrado implantar la proposición formulada en varios congresos académicos, en el sentido de que se debe asignar al Poder Judicial un porcentaje mínimo del presupuesto respectivo,⁶⁷ siguiendo el ejemplo de la Constitución de Costa Rica, cuyo artículo 177 asigna al Poder Judicial una suma no menor del seis por ciento de los ingresos ordinarios del Estado, señalados en el presupuesto de ingresos y calculados para el año económico.⁶⁸ En época más reciente el artículo 238 de la Constitución del Perú expedida en 1979, fija un porcentaje mínimo del dos por ciento para el organismo judicial,⁶⁹ y el artículo 62 del Decreto de reformas a la Constitución Colombiana, promulgado en diciembre del mismo año de 1979, estableció como mínimo el diez por ciento del presupuesto general.⁷⁰ Lo que nos indica una tendencia en el derecho constitucional latinoamericano,

Federal no está obligado a remitir su proyecto de presupuesto, como lo deben hacer las restantes dependencias del Ejecutivo, a la Secretaría de Programación y Presupuesto, para su revisión, sino que lo envía directamente al Presidente de la República para su incorporación al proyecto de presupuesto general que se presenta al Congreso de la Unión, lo que otorga una autonomía relativa al citado poder judicial para elaborar ese proyecto. En el presupuesto de egresos del Departamento del Distrito Federal para el propio año de 1982, existe mayor desproporción por lo que se refiere a las asignaciones del organismo judicial y otros tribunales, pues frente a un presupuesto total de ciento cuarenta y cuatro mil quinientos cincuenta y dos millones cuatrocientos siete mil pesos, incluyendo el sector paraestatal, se asignan seiscientos setenta y nueve millones seiscientos cincuenta y nueve al Tribunal Superior de Justicia (que incluye todo el sector); sesenta y un millones novecientos veintisiete mil pesos al Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, y ciento cuarenta y seis millones cuatrocientos ochenta y un mil pesos, a la Junta Local de Conciliación y Arbitraje, o sea un total de un mil seiscientos noventa y nueve millones doscientos ochenta y seis mil pesos como aportaciones a la Administración de Justicia, de acuerdo con el presupuesto por programas

⁶⁷ En la Cuarta Convención de Barras Asociadas de la República Mexicana, celebrada el 8 de junio de 1972 en la ciudad de México, se propuso el establecimiento de un porcentaje no menor del uno por ciento de los egresos totales que cada año figuren en el presupuesto federal, para que se atribuya al poder judicial de la Federación, atribuyendo su manejo a la Suprema Corte de Justicia, *cfr.* Barra Mexicana. Colegio de Abogados. *Memoria de la IV Convención de Barras Asociadas de la República Mexicana*, México, 1972, p. 55.

⁶⁸ *Cfr.* Rafael Ángel Rojas Rodríguez, *La independencia financiera del poder judicial*, tesis de grado, San José, Costa Rica, especialmente, pp. 156-163.

⁶⁹ El citado artículo 238 de la Constitución peruana, dispone: "La Corte Suprema formula el proyecto de presupuesto al poder judicial. Lo remite al poder ejecutivo para su inclusión en el proyecto de presupuesto general del sector público. Puede sustentarlo en todas sus etapas. *El presupuesto del poder judicial no es menor del dos por ciento del presupuesto de gastos corrientes para el gobierno central.*"

⁷⁰ Dicho Artículo 62 del Decreto de reformas constitucionales estableció: "*A partir del primero de enero de 1981, el Gobierno Nacional invertirá no menos del diez por ciento del presupuesto general de gastos en la rama jurisdiccional y el ministerio público.*" Sin embargo, este precepto ha quedado en suspenso en virtud de que por sentencia de 3 de noviembre de 1981, la Suprema Corte de Justicia de Colombia declaró inconstitucional la citada reforma constitucional, por vicios de procedimiento.

derivada de la experiencia sobre la menor importancia que se le ha otorgado a la situación económica del poder judicial, para asegurarle un mínimo de ingresos en el mismo texto fundamental.

43. La única garantía relativa a los ingresos de los jueces federales mexicanos está regulada por el artículo 94 de la Carta Federal, de acuerdo con el modelo de la Constitución de los Estados Unidos,⁷¹ según el cual, la remuneración que perciban por sus servicios los ministros de la Suprema Corte, los magistrados de Circuito y los jueces de Distrito, no podrán ser disminuidos durante su encargo, y esta disposición fue recogida por el artículo 7o. de la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación respecto de los magistrados que lo integran.

44. En algunos otros presupuestos, se establece una equiparación de los emolumentos de los integrantes de ciertos organismos judiciales, y así el artículo 7o. de la Ley Orgánica respectiva dispone que los magistrados del tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal percibirán iguales ingresos que los magistrados del Tribunal Superior de Justicia del propio Distrito; el artículo 611 de la Ley Federal del Trabajo dispone que el presidente de la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje recibirá la misma remuneración que los ministros de la Suprema Corte de Justicia; el 624 del mismo ordenamiento determina que corresponderá al presidente de la Junta del Distrito Federal la misma remuneración del presidente del Tribunal Superior de Justicia, y algo similar ordena el artículo 120 de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, en cuanto el presidente del Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje contará con un sueldo igual al de los ministros de la Suprema Corte de Justicia.

d) Responsabilidad

45. La responsabilidad judicial puede entenderse en sentido estricto, como el procedimiento establecido para imponer sanciones a los

⁷¹ La sección primera del artículo III de la Carta Federal de los Estados Unidos dispone en su parte conducente: "Los jueces, tanto de la Corte Suprema como de los inferiores, continuarán en sus funciones mientras observen buena conducta y recibirán, en periodos fijos, una remuneración por sus servicios que será disminuida durante su encargo." A su vez, la parte relativa del referido artículo 94 de la Constitución Federal mexicana determina: "... La remuneración que perciben por sus servicios los ministros de la Suprema Corte, los magistrados de Circuito y los jueces de Distrito no podrá ser disminuida durante su encargo..."

jueces que cometan errores inexcusables, faltas o delitos en el ejercicio de sus funciones, y en una dimensión más amplia, también puede incluirse la responsabilidad procesal, de acuerdo con las atribuciones de los miembros de la judicatura en la dirección del proceso, y finalmente la de carácter político, de acuerdo con su intervención en los instrumentos de justicia constitucional. Debido a la índole de este breve trabajo, nos referimos exclusivamente a la primera significación.

46. En la Constitución Federal sólo se contempla la responsabilidad penal de los jueces y magistrados federales y los del Distrito Federal, en virtud de que la de los jueces locales está regulada por las Constituciones de las Entidades Federativas. Los ordenamientos procesales respectivos regulan la responsabilidad patrimonial y la administrativa de los propios juzgadores. Examinaremos sucintamente estas tres categorías de la responsabilidad judicial: a) *civil o patrimonial*; b) *administrativa o disciplina* y c) *la de carácter penal*.

47. *La responsabilidad civil o patrimonial* está regulada por el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y por aquellos otros códigos procesales locales que siguen su ejemplo, a través de lo que, con falta de técnica se ha calificado como *recurso de responsabilidad*, siguiendo en esto a la legislación española,⁷² cuando en realidad se trata de un juicio ordinario que puede seguir la parte afectada por la infracción de las leyes realizada por los jueces, cuando incurran en negligencia o ignorancia inexcusables (artículos 728 a 737 del citado Código distrital, que coinciden casi literalmente con los artículos 903 a 918 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1881).⁷³

48. Este sistema tiene escasa aplicación práctica, porque además de las dificultades para probar la negligencia o la ignorancia inexcusables, aun cuando el afectado obtenga una sentencia favorable, es problemático hacer efectivo el pago de los daños y perjuicios en el patrimonio (que suele ser exiguo, por la remuneración insuficiente), del juez considerado responsable. Esta responsabilidad personal ha sido sustituida en los ordenamien-

⁷² Sobre la regulación de la responsabilidad civil en la Ley de Enjuiciamiento Civil española, *cf.* Mauro Miguel y Romero y Carlos de Miguel y Alonso, *Derecho procesal práctico*, 11a. ed., tomo I, Madrid, 1967, pp. 680-683.

⁷³ *Cfr.* José Becerra Bautista, *El proceso civil en México*, 4a. ed., México, 1974, pp. 634-642, quien considera al supuesto recurso de responsabilidad como un falso proceso (en realidad, procedimiento), impugnativo.

tos constitucionales contemporáneos por la responsabilidad objetiva y directa del Estado en la defectuosa prestación del servicio jurisdiccional, pudiendo citarse como ejemplo, por la vinculación del ordenamiento mexicano con el hispánico en esta materia, el artículo 121 de la Constitución española de diciembre de 1978, según el cual: "*Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización, a cargo del Estado, conforme a la ley.*"⁷⁴

49. *La responsabilidad administrativa o disciplinaria* no puede describirse ni siquiera de manera superficial en esta oportunidad, en virtud de que se encuentra dispersa en las disposiciones de las diversas leyes orgánicas de los tribunales, pero en esencia podemos afirmar que consiste en la imposición de sanciones que van de la simple amonestación, hasta la suspensión e inclusive el despido de los funcionarios judiciales, por las faltas que cometan en el ejercicio de sus actividades oficiales, y que dichas sanciones son impuestas por los órganos de mayor jerarquía de las respectivas jurisdicciones, tomando en consideración que en México no existe una Secretaría de Justicia, la que fue suprimida en el artículo XIV transitorio de la Constitución Federal vigente de 5 de febrero de 1917 y no ha sido restablecida hasta la fecha.⁷⁵

50. *La responsabilidad penal* por delitos y faltas cometidas por los funcionarios judiciales de la Federación y del Distrito Federal, está regulada por el artículo 11 de la Constitución Federal y por la Ley de Responsabilidades de diciembre de 1979.⁷⁶ Estos ordenamientos distinguen dos categorías de juzgadores: la primera está integrada únicamente por los Ministros de la Suprema Corte de Justicia, los que están dotados del llamado "fuero constitucional" (en realidad, de inmunidad procesal) según el diverso artículo 108 de la Carta Federal,⁷⁷ es decir, que deben ser

⁷⁴ Cfr. José Manuel Serrano Alberca, comentario al citado artículo 121 de la Constitución española en la obra colectiva editada por Garrido Falla, *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1980, pp. 1255-1260.

⁷⁵ Sin embargo, se ha discutido en varias ocasiones sobre la necesidad o inconveniencia de restablecer la citada Secretaría, como se desprende del folleto publicado por la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, *Por una Secretaría de Justicia*, México, 1961.

⁷⁶ Cfr. José Ovalle Favela, "La Ley de Responsabilidades de 1979", publicado primeramente en *Gaceta Informativa de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 29, México, enero-abril de 1980, pp. 197-205, y con posterioridad en su libro *Estudios de Derecho Procesal*, México, 1981, pp. 291-298.

⁷⁷ Dicho artículo 108 de la Constitución Federal, dispone: "Los senadores y diputados al Congreso de la Unión, los magistrados de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Secretarios del Despacho y

enjuiciados por los delitos y faltas que cometan en el ejercicio de su cargo (en esencia violaciones a la Constitución y leyes federales),⁷⁸ por conducto de la acción popular, primero por la Cámara de Diputados, la cual si considera que el acusado es culpable, sostiene la acusación en la segunda instancia ante el Senado Federal, el cual decide en definitiva; y la sanción consiste en la destitución e inhabilitación para ejercer cargos públicos por determinado plazo,⁷⁹ y si los mismos hechos están tipificados por las leyes penales ordinarias, el funcionario destituido puede ser sometido a un proceso penal posterior, lo que ha dado lugar a un debate doctrinal si esta última disposición constituye o no una excepción al principio *non bis in idem* (o doble enjuiciamiento penal), prohibido por el artículo 23 de la Constitución Federal.⁸⁰ En esencia es el mismo sistema de la Constitución Federal de los Estados Unidos, calificado como *impeachment*.⁸¹ Por lo que se refiere a los restantes magistrados y jueces federales, así como los del organismo judicial del Distrito Federal, que carecen de inmunidad proce-

el Procurador General de la República, son responsables por los delitos comunes que cometen durante el tiempo de su encargo y por los delitos, faltas u omisiones en que incurran en el ejercicio de ese mismo cargo. Los gobernadores de los Estados y los diputados a las legislaturas locales son responsables por violaciones a la Constitución y leyes federales. — El Presidente de la República, durante el tiempo de su encargo, sólo podrá ser acusado por traición a la patria y delitos graves del orden común.”

⁷⁸ De acuerdo con el artículo 3o. de la Ley de responsabilidad de diciembre de 1979, se consideran como delitos oficiales, o sean los cometidos por los funcionarios y empleados de la Federación o del Distrito Federal, durante su encargo o con motivo del mismo, aquellos que redundan en perjuicio de los intereses públicos y del buen despacho, considerándose de manera específica como tales: el ataque a las instituciones democráticas; el ataque a la forma de gobierno republicano, representativo federal; el ataque a la libertad de sufragio; la usurpación de atribuciones; cualquier infracción u omisión grave a la Constitución o a las leyes federales, cuando causen perjuicios graves a la Federación o a uno o varios Estados de la misma o motiven algún trastorno en el funcionamiento normal de las instituciones; por las violaciones sistemáticas a las garantías individuales; y en general los demás actos u omisiones en perjuicio de los intereses públicos y del buen despacho siempre que no tengan carácter delictuoso conforme a otra disposición legal que los defina como delitos comunes.

⁷⁹ Según el artículo 10 de la Ley de Responsabilidades mencionada, la sanción que puede imponerse es la destitución del cargo y la inhabilitación por un término no menor de cinco ni mayor de diez años.

⁸⁰ En la parte relativa del artículo 23 de la Constitución Federal se establece: “... Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene ...” Sobre la excepción al citado principio *non bis in idem*, Felipe Tena Ramírez, *Derecho constitucional mexicano*, 17a. Ed., México, 1980, pp. 560-561; Sergio García Ramírez, *Curso de derecho procesal penal*, México, 1974, p. 524. Por el contrario el jurista español Mariano Jiménez Huerta, estima que no existe excepción a la prohibición constitucional puesto que se trata de dos tipificaciones distintas de los mismos hechos, “Delitos contra la libertad humana cometidos por altos funcionarios”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 71, julio-diciembre de 1978, pp. 672-674.

⁸¹ En el artículo primero, sección tercera de los Estados Unidos, ordena en lo conducente: “El Senado poseerá derecho exclusivo de juzgar sobre todas las acusaciones por responsabilidades oficiales. Cuando se reúna con este objeto, sus miembros deberán prestar un juramento o

sal, pueden ser sometidos, cuando son acusados de delitos y faltas oficiales, a la decisión de un Jurado Popular, para que formule el veredicto correspondiente.⁸²

51. Por otra parte, el mismo artículo 11 de la Carta Federal y la citada Ley de Responsabilidades, regulan un segundo sistema de responsabilidad, que consiste en la facultad del Presidente de la República para solicitar al Congreso de la Unión, la destitución, *por mala conducta*⁸³ de los jueces y magistrados federales y del Distrito Federal, incluyendo también a los Ministros de la Suprema Corte, pero oyéndolos previamente en privado (lo que se ha calificado de “confesión laica”) para decidir sobre la procedencia de la acusación. Las dos Cámaras del Congreso deben seguir un proceso al inculgado y destituirlo si lo consideran culpable por mayoría absoluta de votos.⁸⁴

c) Las garantías de las partes

52. Son aquellas que tienen los justiciables cuando acuden a solicitar la prestación jurisdiccional, y cuyos lineamientos esenciales se han consigna-

protesta. Cuando se juzgue al Presidente de los Estados Unidos deberá presidir el de la Suprema Corte. A ninguna persona se le condenará si no concurre el voto de dos tercios de los miembros presentes. — En los casos de responsabilidades oficiales, el alcance de la sentencia no irá más allá de la destitución del cargo y la inhabilitación para ocupar y disfrutar cualquier empleo honorífico, de confianza o remunerado de los Estados Unidos; pero el individuo condenado, quedará sujeto, no obstante, a que se le acuse, enjuicie, juzgue y castigue con arreglo a derecho.”

⁸² Este Jurado es llamado de “Responsabilidades Oficiales de los Funcionarios y Empleados Públicos por Delitos y Faltas Oficiales”, de acuerdo con los artículos 69-83 de la citada Ley de Responsabilidades, según los cuales dicho Jurado sólo puede decidir sobre la culpabilidad de los citados jueces y magistrados (y en general de empleados y funcionarios públicos), por los delitos regulados en el artículo 3o. del propio ordenamiento (citado en la nota 78 de este trabajo), y por ello el veredicto de ese jurado sólo puede motivar la destitución y la inhabilitación, que es una sanción política y no penal.

⁸³ Inspirado en el sistema de permanencia en el cargo inamovible de los jueces federales en los Estados Unidos mientras observan buena conducta (*good behavior*), en los términos de la sección primera del artículo tercero de la Carta Federal norteamericana, cuya parte conducente se transcribe en la nota 71 de este trabajo.

⁸⁴ Este sistema de destitución de los jueces federales y del Distrito Federal ha sido criticado por un sector importante de la doctrina que considera que afecta la independencia de la judicatura, *cfr.* Miguel Lanz Duret, *Derecho constitucional mexicano*, 5a. ed., México, 1959, p. 271; Fausto E. Vallardo Berrón, *Sistemática constitucional*, México, 1965, pp. 167-169; Jorge Trueba Barrera, *El juicio de amparo en materia de trabajo*, México, 1963, pp. 334 y ss., Jorge Carpizo, *El presidencialismo mexicano*, 2a. ed., México, 1979, pp. 184-187, autor que además señala los casos en los cuales se solicitó la destitución de algunos jueces por el Presidente en tres ocasiones entre 1928 a 1976. Nuestra opinión es en el sentido de que se debe modificar esta institución para ampliar la oportunidad de defensa de los jueces acusados, y además suprimir la facultad discrecional del titular del Ejecutivo Federal para solicitar dicha destitución. Héctor Fix-Zamudio, “Las garantías constitucionales en el derecho mexicano”, en *Anuario Jurídico, III-IV, 1976-1977*, México, 1977, pp. 80-81.

do en las Cartas Constitucionales, inclusive en aquellas que podemos considerar como clásicas, puesto que tales derechos como los relativos a la *acción procesal* y el *debido proceso legal o derecho de audiencia*, se han considerado como derechos fundamentales de la persona, reglamentados en los mismos textos constitucionales especialmente en lo que se refiere al proceso penal, que ha sido el aspecto más sensible del derecho constitucional procesal, y además en todos los campos han sido recogidos por los pactos internacionales de Derechos Humanos suscritos recién por nuestro país, como se afirmó anteriormente (ver *supra*, párrafo 29).

53. En el ordenamiento constitucional mexicano siempre se han consignado los aspectos esenciales de los derechos de los justiciables; especialmente en el campo del proceso penal, pero para no hacer referencias históricas que sería largo enumerar, nos referimos de manera exclusiva al derecho vigente, es decir, al establecido por la Carta Federal de 5 de febrero de 1917. En el texto de esta Constitución encontramos de manera escueta el derecho de acción en el artículo 17; el derecho de audiencia en el artículo 14, precepto que también hace referencia a las formalidades esenciales del procedimiento, y de manera específica el artículo 20 de la misma Ley Fundamental regula estos derechos en relación con los acusados en el proceso penal.

54. *El derecho de acción procesal* está regulado por el artículo 17 constitucional, en cuanto dicho precepto prohíbe la autodefensa (“ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho”), y establece que: “*Los tribunales estarán expeditos para administrar justicia en los plazos y términos que fije la ley ...*”, debiendo advertirse que este precepto se encuentra situado en el capítulo relativo a las “garantías individuales”, es decir, de los derechos de la persona humana consagrados constitucionalmente.

55. Aun cuando dicho precepto es muy lacónico, debido a que proviene casi literalmente del precepto del mismo número de la Constitución Federal anterior de 5 de febrero de 1857,⁸⁵ cuando todavía la doctrina

⁸⁵ Dicho artículo 17 de la Carta Federal anterior, disponía: “Nadie puede ser preso por deudas de un carácter puramente civil. Nadie puede ejercer violencia para reclamar su derecho. *Los tribunales estarán siempre expeditos para administrar justicia. Ésta será siempre gratuita, quedando en consecuencia abolidas las costas judiciales.*” Sobre este precepto, pueden consultarse los comentarios de Isidro Montiel y Duarte, *Estudio sobre garantías individuales*, México, 1873, pp. 401-410; José María Lozano, *Estudio del derecho constitucional patrio en lo relativo a los derechos del hombre*, México, 1876, pp. 294-304. De las dos obras se hicieron reimpressiones facsimilares en México, 1972.

procesal y la jurisprudencia seguían la doctrina clásica de la acción considerada como el mismo derecho subjetivo llevado al proceso,⁸⁶ en los ordenamientos procesales secundarios ha obtenido un desarrollo mayor, pero muy restringido todavía en materia procesal civil y mercantil,⁸⁷ y con mayores repercusiones en los procesos laboral y familiar.

56. Por otra parte, debe tomarse en cuenta, como expresó anteriormente (ver *supra*, párrafo 29), que el Gobierno Federal mexicano ratificó en el mes de mayo de 1981 tanto el Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos, como la Convención Americana de los Derechos Humanos, y cuyos artículos 14 y 8o. respectivamente, además de establecer los lineamientos del juez independiente e imparcial, también regulan el derecho de acción de acuerdo con los principios del procesalismo científico contemporáneo.⁸⁸

57. La doctrina mexicana ha señalado que el derecho de acción consagrado por el citado artículo 17 de la Carta Federal debe entenderse de

⁸⁶ Sobre la doctrina clásica de la acción procesal, existen numerosos comentarios, pero nos limitamos a señalar en vía de ejemplo las reflexiones de los destacados tratadistas Eduardo J. Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3a. ed., Buenos Aires, 1958, pp. 62-63; Hugo Alsina, *Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial*, 2a. ed., tomo I, Buenos Aires, 1956, pp. 307-409; Giuseppe Chiovenda, "La acción en el sistema de los derechos", en la obra del mismo autor. *Ensayos de derecho procesal civil*, trad. de Santiago Sentís Melendo, tomo I, Buenos Aires, 1949, pp. 3-11.

⁸⁷ Como ejemplo podemos citar el artículo primero del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, el cual dispone en sus fracciones I y II: "El ejercicio de las acciones civiles requiere: I. La existencia de un derecho. II. La violación de un derecho o el desconocimiento de una obligación, o la necesidad de declarar, preservar o constituir un derecho..."

⁸⁸ El inciso 1, del artículo 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, dispone: "Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores..." A su vez, el artículo 8o. inciso 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece: "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones del orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter..."

acuerdo con la proyección social que le otorgan los ordenamientos de nuestra época, por lo que debe considerársele no sólo como un derecho subjetivo público a la prestación jurisdiccional, es decir, como un derecho puramente formal, sino como un verdadero *derecho a la justicia*, que implica un acceso real de los justiciables a la propia jurisdicción.⁸⁹

58. En este sentido, el artículo 17 de la Constitución Federal de 1857 pretendió solucionar el aspecto económico del acceso a la jurisdicción, al establecer gratuitamente este servicio que se reitera en el precepto vigente del mismo número al prohibir el cobro de las costas judiciales, de manera que al menos en teoría, los justiciables mexicanos no deben cubrir derechos ni impuestos para intervenir como partes en una controversia ante los tribunales.⁹⁰

59. Pero esta situación de gratitud de la prestación jurisdiccional no resuelve los problemas fundamentales del acceso a los tribunales, puesto que se requieren otros dos elementos esenciales: en primer término la forma en que los justiciables de escasos o medios recursos puedan cubrir el pago de los gastos procesales, que son diversos de las llamadas costas judiciales, que son las prohibidas por el citado artículo 17 de la Constitución Federal; y en segundo lugar, en que estos mismos justiciables puedan contar con el asesoramiento técnico suficiente y adecuado para plantear correctamente sus pretensiones en el proceso respectivo.

60. Por lo que se refiere al problema de las costas procesales, las mismas no pueden ser eliminadas aun cuando se exija, como en el ordenamiento constitucional mexicano, la gratuidad de la prestación jurisdiccional, pues si bien, al menos como un buen propósito se pueden eliminar en lo posible los gastos derivados del pago de los servicios judiciales o los gravámenes fiscales para la realización de ciertos actos de las partes (piénsese en la tradicional exigencia que se establece en otros ordenamientos, sobre el uso del llamado “papel sellado” en las actuaciones ante los tribunales); pero lo que no es posible suprimir es el pago de honorarios de abogados; gastos de presentación de testigos y dictámenes periciales; así como la expedición de constancias de documentos públicos, etcétera.

⁸⁹ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, “El derecho constitucional a la justicia en el derecho mexicano”, en la obra colectiva *Los derechos sociales del pueblo mexicano*, México, 1979, pp. 279-326.

⁹⁰ Para los debates del Constituyente anterior en esta materia, cfr. Francisco Zarco, *Historia del Congreso Extraordinario Constituyente (1856-1857)*, cit., *supra*, nota 16, 754-764.

61. Por lo anterior y tomando en cuenta la experiencia negativa que se ha obtenido en nuestro país con la simple abolición de las costas judiciales, en el Cuarto Congreso Mexicano de Derecho Procesal que se efectuó en la ciudad de Cuernavaca en el mes de abril de 1969 y en el que se discutió ampliamente el tema de la "onerosidad en los juicios",⁹¹ se aprobaron dos conclusiones que son significativas y reveladoras del problema que examinamos: "2o. El principio de gratitud de la justicia, tan debatido en otras épocas con argumentos de tipo político, más que jurídico, es una cuestión ya superada en la actualidad, por lo que quedó relegada a una aspiración puramente ideal, que no parece realizable en la práctica; 3o. La onerosidad del presupuesto financiero del proceso, no puede ser prácticamente eliminada; frente al derecho a la tutela jurídica (acción como derecho subjetivo público frente al Estado), la prestación de la actividad jurisdiccional es siempre onerosa."⁹²

62. El segundo aspecto ilusorio del sistema constitucional mexicano en la materia procesal se refiere a que los justiciables pueden comparecer en el proceso sin requerir el asesoramiento técnico de abogados, en virtud de que pueden actuar directamente, inclusive en materia penal, si tomamos en cuenta que el artículo 20, fracción IX, de la Ley Suprema dispone que el acusado será oído en defensa por sí o por persona de su confianza, o por medio de ambos, según su voluntad.⁹³ Esta situación está vinculada con la de la onerosidad del proceso, si se toma en consideración de que la complejidad crecientemente técnica de las controversias jurídicas requiere el asesoramiento de profesionistas jurídicos para que las partes puedan actuar en juicio, aun cuando legalmente no se exija dicho asesoramiento, el cual forzosamente constituye un gasto procesal importante, y también de manera teórica los justiciables de escasos recursos pueden contar con el auxilio gratuito de defensores públicos, sistema que se está abandonando con la mayoría de los ordenamientos contemporáneos.⁹⁴

63. En esta materia, el ordenamiento mexicano establece que las personas que carecen de medios económicos para acudir a un abogado

⁹¹ Cfr. el acta de la sesión de 19 de abril de 1969, en la cual se consigna un resumen de las discusiones sobre este tema en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núms. 78-79, enero-junio de 1970, pp. 775-781.

⁹² En la misma *Revista* citada en la nota anterior, p. 780.

⁹³ Cfr. Sergio García Ramírez, *Curso de derecho procesal penal*, México, 1974, pp. 225-235.

⁹⁴ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "Breves reflexiones sobre el asesoramiento jurídico y procesal como institución de seguridad social", en *Anuario Jurídico* 2, 1975, México, 1977, pp. 75-86.

particular pueden solicitar el auxilio gratuito de defensores de oficio (o de acuerdo con la vieja terminología de las Leyes de Indias, de procuradores),⁹⁵ todo lo cual se encuentra regulado tanto por la legislación federal como por la de las diversas Entidades Federativas. Hacemos el examen sucinto de las instituciones federales y del Distrito Federal, que son el modelo para las de carácter local.

64. La Ley de Defensoría de Oficio Federal fue promulgada el 14 de enero de 1922 y su Reglamento aprobado por la Suprema Corte de Justicia el 18 de octubre del mismo año, y comprende varios defensores que dependen de dicho Alto Tribunal y que realizan asesoría gratuita en materias civil y penal, especialmente en la segunda. Por lo que se refiere al Distrito Federal, el fundamento de la Defensoría se encuentra en el artículo 18, fracción VI, de la Ley Orgánica del Departamento del propio Distrito Federal, publicada el 29 de diciembre de 1978, pero su reglamento fue expedido el 7 de mayo de 1940, el cual regula a la asesoría en materia civil, familiar, penal y de lo contencioso administrativo.⁹⁶

65. Además de los organismos anteriores proporcionan asesoría gratuita las Procuradurías de la Defensa del Trabajo, reguladas por los artículos 530 a 536 de la Ley Federal del Trabajo de 1970, y en materia federal, su organización y atribuciones, con cierta autonomía funcional, están determinadas por el Reglamento de 28 de mayo de 1975, que la considera como un organismo desconcentrado dependiente de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social.⁹⁷ Para la defensa de los campesinos sujetos al régimen de la reforma agraria (ejidatarios, comuneros y los respectivos núcleos de población), se estableció por Decreto presidencial de primero y su reglamento de 22 de julio de 1953, la Procuraduría de Asuntos Agrarios.⁹⁸ Además, en 1974 inició sus actividades la Procuraduría

⁹⁵ En cierta manera los procuradores en su función de defensores de personas que carecen de asesoramiento, provienen de los *protectores de indios*, regulados por el capítulo VI, libro sexto, de la *Recopilación de las Leyes de los Reinos de las Indias*, Madrid, 1841, tomo II, pp. 249-250.

⁹⁶ Cfr. Sergio García Ramírez, "Noticia sobre el defensor en el derecho mexicano", en el volumen *Comunicaciones mexicanas al VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado*, México, 1971, pp. 398-404; José Ovalle Favela, "Acceso a la justicia en México", en su libro *Estudios de derecho procesal*, México, 1981, pp. 117-120.

⁹⁷ El ordenamiento más reciente es el Reglamento de la Procuraduría Federal de la Defensa del Trabajo de 28 de mayo de 1975; cfr. Santiago Barajas Montes de Oca, "Reglamento de la Procuraduría Federal de la Defensa del Trabajo", en *Gaceta informativa de legislación y jurisprudencia*, núm. 14, abril-junio de 1975, pp. 226 y ss.

⁹⁸ Cfr. José Ovalle Favela, *Acceso a la justicia en México*, cit., *supra*, nota 96, pp. 123-124.

de la Defensa del Menor, que actualmente depende de la institución de seguridad social denominada "Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF), de acuerdo con el artículo 20, fracción IX, del Decreto presidencial de 10 de enero de 1977.⁹⁹

66. Estas defensorías y procuradurías presentan servicios de asesoría a todos aquellos que la soliciten, sin necesidad de demostrar formalmente su situación económica, pero estos servicios son insuficientes para las necesidades de la asistencia técnica de los justiciables de escasos recursos económicos, puesto que como se ha señalado, sus principales defectos consisten: en el restringido número de sus miembros en relación con el creciente número de controversias judiciales; la falta de coordinación entre los diversos sectores, así como la baja remuneración de este tipo de asesores públicos, que aleja a los abogados mejor preparados para la realización de estos servicios, que se deben considerar fundamentales para el acceso real a la jurisdicción. Por otra parte, tampoco existe un sistema adecuado para auxiliar a dichos justiciables en situación desfavorable, en los gastos que requiere todo proceso, y que en muchos casos hace inaccesible su intervención procesal, aun contando con asesoría gratuita.¹⁰⁰

67. Se advierte en el ordenamiento mexicano la ausencia de un sistema de prestación de servicios jurídicos similar al establecido en numerosos ordenamientos contemporáneos que han seguido el de los introducidos en Inglaterra a partir de 1949 y los Estados Unidos desde 1964, a través de oficinas jurídicas de seguridad social que se limitan a la defensa procesal, sino que prestan una asesoría general (*legal aid*) para todos los problemas jurídicos de los solicitantes, no sólo de escasos recursos sino también de ingresos medios, pues estos últimos cubren una remuneración proporcional a su situación económica; y además, estas instituciones de servicios jurídicos contribuyen al financiamiento de los gastos procesales para hacer posible la intervención procesal de los solicitantes cuando sus pretensiones no son ostensiblemente infundadas.¹⁰¹

⁹⁹ Cfr. José Ovalle Favela, *op. ult. cit.*, pp. 124-125.

¹⁰⁰ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "El derecho constitucional a la justicia..." *cit.*, *supra*, nota 89, pp. 309-311.

¹⁰¹ La bibliografía sobre los sistemas modernos de asesoramiento jurídico como institución de seguridad social es muy extensa por lo que en vía de ejemplo citamos sólo algunas obras significativas; Mauro Cappelletti, James Gordley y Earl Jr. Johnson, *Toward Equal Justice: a comparative study of legal aid in modern societies. (Text and materials)*, Milano, Dobbs Ferry-New York, York, 1975; Garth

68. La única institución mexicana que de alguna manera se aproxima a los organismos anteriores, es la Procuraduría Federal de Protección al Consumidor, establecida por la Ley de 19 de diciembre de 1975, para proporcionar asesoramiento gratuito a todas las personas que resulten afectadas con la defectuosa prestación de bienes y servicios por parte de los proveedores respectivos; asesoría jurídica que puede incluir a los procedimientos voluntarios de conciliación y arbitraje, así como la representación procesal, cuando los interesados la otorguen expresamente.¹⁰²

69. Otro aspecto que circunscribe el acceso a la prestación jurisdiccional en la Constitución Federal mexicana, es la restricción del ejercicio de acción establecido genéricamente en el artículo 17 de la misma Ley Fundamental, en determinadas hipótesis, bastante limitadas, por otra parte, y que se han debido a factores de carácter histórico político. En resumen pueden señalarse cuatro prohibiciones del ejercicio del derecho de acción, en materia educativa; tratándose de resoluciones de reforma agraria, en las cuestiones de carácter electoral, así como respecto de las decisiones sobre responsabilidades oficial de los altos funcionarios de la Federación y de los Estados.

70. La fracción II del artículo tercero de la Carta Federal establece la prohibición de acudir a la vía judicial contra la negativa de la Secretaría de Educación Pública para otorgar autorización (o la renovación de la misma) a los particulares para impartir educación primaria, secundaria y normal, o en todos sus grados, inclusive en el nivel superior, tratándose de estudios de obreros y campesinos. Lo anterior está relacionado con la política educativa que señala el mismo artículo tercero,¹⁰³ así como la prohibición a las corporaciones religiosas, o a los ministros de los cultos, para intervenir

Bryant, *Neighborhood Law Firms for the Poor*, Alphen aan den Rijn. Rockeville, Maryland, 1980; Mauro Cappelletti, editor. *Access to justice and the Welfare State*, Alphen ann den Rijn, Stuttgart, Bruxelles, Firenze, 1981.

¹⁰² Cfr. José Ovalle Favela, "Algunos problemas procesales de la protección al consumidor en México", en su libro *Estudios de derecho procesal*, cit., *supra*, nota 96, pp. 253-270.

¹⁰³ Los lineamientos esenciales de la filosofía educativa establecida por el citado artículo 3º de la Carta Federal, se condensan en su primer párrafo en el cual se dispone: "La educación que imparta el Estado —Federación, Estados, Municipios—, tenderán a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la patria y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia..."

en los planteles en los que se impartan los tipos de enseñanza señalados anteriormente.¹⁰⁴

71. El artículo 27 dispone en su fracción XIV que no procede la vía judicial contra las resoluciones del Presidente de la República (suprema autoridad administrativa en los procedimientos de reforma agraria) que ordenan la restitución o dotación de tierras, bosques o aguas a los campesinos que carezcan de ellas, a no ser que los propietarios afectados cuenten con el documento, suscrito también por el Presidente de la República, denominado “certificado de inafectabilidad”, en el cual se hace constar que los predios respectivos no exceden de los límites que para la pequeña propiedad señala el mismo precepto constitucional,¹⁰⁵ excepción que la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia ha extendido a situaciones similares.¹⁰⁶ Debe recordarse que en la reforma a dicho precepto constitucional según Decreto legislativo de 9 de enero de 1934, la prohibición de acudir a la instancia judicial era absoluta para los propietarios afectados y que en la diversa reforma publicada el 12 de febrero de 1947, se atemperó en la forma en que actualmente existe; pero todavía la citada disposición provoca apasionados debates.¹⁰⁷

¹⁰⁴ La fracción I, del citado artículo 3o. constitucional dispone al respecto: “Garantizada por el artículo 24 la libertad de creencias, el criterio que orientará a dicha educación, se mantendrá por completo ajeno a cualquier doctrina religiosa y basado en los resultados del progreso científico, luchará contra la ignorancia y sus efectos, las servidumbres, los fanatismos y los prejuicios...” Sobre los cambios que ha sufrido en esta materia el citado artículo 3o. de la Carta Federal, *cfr.* Diego Valadés, “La Constitución reformada”, en la obra colectiva *Derechos del pueblo Mexicano. México a través de sus Constituciones*, tomo XII, México, 1979, pp. 29-42.

¹⁰⁵ *Cfr.* Héctor Fix-Zamudio, “El juicio de amparo en materia agraria”, en *Exégesis*, Monterrey, agosto de 1980, pp. 19-25; Ignacio Burgoa, *El juicio de amparo*, cit., *supra*, nota 38, pp. 910-934.

¹⁰⁶ La jurisprudencia de la Suprema Corte ha estimado que también resultan justificativos para legitimar a los propietarios afectados para interponer el juicio de amparo contra las resoluciones presidenciales dotatorias o restitutorias de tierras y aguas, en los términos de la fracción XIV del artículo 27 de la Carta Federal, los documentos suscritos por el Presidente de la República en los cuales se reconoce la pequeña propiedad, aun cuando no reciba el nombre de certificados; así como también la posesión pacífica, pública y continua, en un lapso no menor de cinco años anterior a la fecha de la publicación de la solicitud agraria respectiva, de una pequeña propiedad en explotación en los términos de los artículos 66 del Código Agrario de 1942, y 252 de la Ley de Reforma Agraria de 1971, actualmente en vigor. Puede consultarse al respecto las tesis número 13, 67, 68, 69, 71 y 73, pp. 25-27, 144-153, y 157, respectivamente, del volumen relativo a la Segunda Sala, del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación publicado en el año de 1975. *Cfr.* Ángel Suárez Torres, “El amparo en materia agraria”, en el volumen colectivo *Curso de actualización de Amparo*, México, 1976, pp. 147-201.

¹⁰⁷ *Cfr.* Héctor Fix-Zamudio, “El juicio de amparo en materia agraria”, cit., *supra*, nota 105, pp. 25-32.

72. El artículo 60 de la misma Constitución federal había establecido en su texto original la prohibición absoluta de impugnar judicialmente la declaración de la Cámara de Diputados sobre la calificación de la elección de sus propios miembros, restricción que implícitamente comprende también la declaratoria de la propia Cámara, respecto a la elección del Presidente de la República, de acuerdo con el diverso artículo 74, fracción I; y por analogía de decisión que formulan las legislaturas de los Estatutos sobre los candidatos electos como Senadores federales (artículo 56, segundo párrafo de la Carta Federal), prohibición que el artículo 73, fracción VII, de la Ley de Amparo extiende a todas las resoluciones o declaraciones de los presidentes de casillas, juntas computadoras o colegios electorales en materia de elecciones.¹⁰⁸

73. Sin embargo, este sistema ha sido modificado parcialmente por la reforma constitucional de diciembre de 1977 (que contiene los instrumentos de la calificada como "reforma política"), que adicionó el citado artículo 60 de la Constitución Federal para establecer el llamado recurso de reclamación ante la Suprema Corte de Justicia contra las resoluciones del Colegio Electoral de la Cámara de Diputados, y si la propia Corte considera que se cometieron violaciones sustanciales en el desarrollo del proceso electoral o en la calificación misma, lo hará del conocimiento de dicha Cámara para que emita una nueva resolución, la que tendrá el carácter de definitiva e inatacable. Este supuesto recurso ha sido regulado por los artículos 235 a 241 de la Ley de Organizaciones Políticas y Procesos Electorales promulgada también en diciembre de 1977.¹⁰⁹

74. Esta instancia ha sido objeto de severas críticas por parte de la doctrina, tomando consideración, en primer lugar, que la decisión de la Suprema Corte no es obligatoria para el Colegio Electoral de la Cámara de Diputados, lo que desvirtúa el carácter de recurso que se le atribuye: en segundo lugar, la propia Corte no puede tramitar una impugnación de esta naturaleza en ausencia de una jurisdicción electoral especializada, en virtud de que sólo puede examinar la legalidad formal del procedimiento que se sigue ante un organismo político como lo es la Comisión Federal Electoral y fue precisamente lo que ocurrió con las

¹⁰⁸ Cfr. Ignacio Burgoa, *El juicio de amparo* y Alfonso Noriega Cantú, *Lecciones de amparo*, ambas obras citadas, *supra*, nota 38, pp. 453-456 y 476-480, respectivamente.

¹⁰⁹ Cfr. Jorge Carpizo, "La reforma política mexicana de 1977", *cit.*, *supra*, nota 61, pp. 372-378.

reclamaciones formuladas con motivo de las elecciones de diputados federales efectuadas en julio de 1979.¹¹⁰

75. Finalmente, el artículo 111 de la Constitución Federal dispone de manera expresa que no puede impugnarse por la vía judicial las decisiones de la Cámara de Diputados en una sola instancia, o del Senado de la República, en segundo grado, cuando decidan sobre la suspensión de la inmunidad de los altos funcionarios de la federación o de los Estados, enumerados en el artículo 108 de la misma Ley Suprema (senadores y diputados al Congreso de la Unión; magistrados de la Suprema Corte de Justicia; los Secretarios del Despacho y el Procurador General de la República), cuando son acusados por delitos comunes, a fin de que puedan ser sometidos al proceso penal respectivo (artículo 109 constitucional);¹¹¹ o en el segundo supuesto cuando el propio Senado los considera culpables de la comisión de delitos oficiales, incluyendo también al Presidente de la República quien sólo puede ser acusado durante el ejercicio de su encargo por traición a la Patria y delitos graves del orden común; así como los gobernadores de los Estados y los diputados de las legislaturas locales, por violaciones a la Constitución y leyes federales (párrafos segundo y tercero del propio artículo 108).¹¹²

76. *El derecho de defensa* está regulado por el artículo 14 de la Constitución Federal y se le conoce también como derecho o garantía de audiencia, y corresponde al concepto angloamericano del debido proceso

¹¹⁰ En contra de este recurso se pronuncia Jorge Carpizo, *op. ult. cit.*, pp. 376-378, en favor del mismo, Juventino V. Castro, "las facultades de la Suprema Corte en materia electoral", en *Revista de investigaciones jurídicas*, México, 1978, pp. 19-28 y Luis del Toro Calero, *La Suprema Corte de Justicia de la Nación, el proceso electoral. El recurso de reclamación jurídico-electoral*, México, 1978, pp. 51-190.

¹¹¹ De acuerdo con el citado artículo 109 de la Carta Federal: "Si el delito fuere común, la Cámara de Diputados, erigida en Gran Jurado, declarará, por mayoría absoluta de votos del número total de miembros que la formen, si ha o no lugar a proceder contra el acusado. — En caso negativo, no habrá lugar a ningún procedimiento ulterior, pero tal declaración no será obstáculo para que la acusación continúe su curso cuando el acusado haya dejado de tener fuero, pues la resolución de la Cámara no prejuzga absolutamente los fundamentos de la acusación. — En caso afirmativo, el acusado queda, por el mismo hecho, separado de su encargo y sujeto desde luego a la acción de los tribunales comunes, a menos que se trate del Presidente de la República, pues en tal caso sólo habrá lugar a acusarlo ante la Cámara de Senadores, como si se tratara de un delito oficial." *Cfr.* Felipe Tena Ramírez, *Derecho constitucional mexicano*, 17a. ed., México, 1980, pp. 554-558.

¹¹² *Cfr.* Héctor Fix-Zamudio, *Las garantías constitucionales en el derecho mexicano*, cit., nota 23, pp. 85-88, Felipe Tena Ramírez, *op. ult. cit.*, pp. 558-573.

legal (*due process of law*),¹¹³ en cuanto dicho precepto dispone en su segundo párrafo, que “Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, *sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos en que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho*”.¹¹⁴

77. Esta disposición debe relacionarse con la del artículo 13 de la misma Carta federal que prohíbe la expedición de las leyes que califica de privativas, es decir las que regulan casos o hipótesis específicos, así como la creación de tribunales especiales, entendiéndose por tales aquellos que se integran para juzgar de determinados hechos realizados con anterioridad.¹¹⁵

78. La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia ha interpretado el citado artículo 14 constitucional en el sentido de que los vocablos “tribunal” y “juicio” (este último en su significado de proceso) deben entenderse en un sentido amplio, por lo que no se infringe dicha disposición cuando la afectación de los derechos de los particulares se efectúa por una autoridad administrativa, cuando la misma otorga a los propios afectados la oportunidad razonable de defensa,¹¹⁶ tomando en consideración, por otra parte, que las resoluciones o actos administrativos pueden impugnarse en la vía judicial, una vez que se consideran definitivos, ya sea ante tribunales también administrativos o inmediatamente ante los tribunales federales, a través del juicio de amparo, el cual constituye, como se ha afirmado antes, la instancia final de toda resolución judicial o administrativa.¹¹⁷

¹¹³ La bibliografía sobre el debido proceso legal o *due process of law*, en el derecho constitucional de los Estados Unidos, y particularmente, en su desarrollo por la jurisprudencia de la Suprema Corte Federal, es muy amplia, por lo que en vía de ejemplo y por constituir una explicación muy accesible, citamos la obra de Lêda Boechat Rodríguez, *La Suprema Corte y el derecho constitucional norteamericano*, cit., *supra*, nota 11, pp. 109-123. También se puede consultar la conocida obra del tratadista argentino Juan Francisco Linares, *Razonabilidad de las Leyes. El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución argentina*. 2a. ed., Buenos Aires, 1970, quien examina el desarrollo histórico de la institución también en el derecho británico, pp. 15-41.

¹¹⁴ Sobre el alcance de este precepto, *cfr.* Ignacio Burgoa, *Las garantías individuales*, 1a. ed., México, 1977, pp. 528-579, Juventino V. Castro, *Lecciones de garantías y amparo*, cit., *supra*, nota 38, pp. 217-228.

¹¹⁵ *Cfr.* Burgoa, Ignacio, *op. ult. cit.*, pp. 301-321, Juventino V. Castro, *op. ult. cit.*, pp. 177-180.

¹¹⁶ Pueden consultarse las tesis jurisprudenciales números 336 y 338 páginas 564, 565 y 568 del volumen relativo a la Segunda Sala del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, publicado en el año de 1975.

¹¹⁷ *Cfr.* Felipe Tena Ramírez, “Fisonomía del amparo en materia administrativa, en el volumen colectivo, *El pensamiento jurídico de México en el derecho constitucional*, México, 1961, pp. 111-132; Jesús Ortega Calderón. “El amparo en materia administrativa”, en la obra colectiva *Curso de*

79. La misma jurisprudencia ha establecido que si una ley administrativa no consagra dicho derecho de audiencia o no lo hace de manera insuficiente, la autoridad que conoce del procedimiento respectivo debe otorgar oportunidad de defensa a los afectados, en aplicación directa del citado artículo 14 constitucional.¹¹⁸

d) Las formalidades esenciales del procedimiento

80. Esta institución se ha regulado por el mencionado artículo 14 de la Constitución Federal, como un elemento fundamental del derecho de defensa o garantía de audiencia de los justiciables, que otorga a esta última un contenido concreto, en virtud de que por mandato de dicho precepto fundamental, las leyes y códigos procesales deben consagrar los principios formativos del procedimiento judicial que sean adecuados para que las partes tengan la posibilidad real de lograr una decisión justa de la controversia planteada.

81. Por otra parte, las citadas formalidades están vinculadas de manera inseparable con las garantías de las propias partes, es decir con los derechos de acción y de defensa puesto que, como lo proclama el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre: *“ Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad de ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal ”*, principios desarrollados por los artículos 14 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, y 80. de la Convención Americana de los Derechos del Hombre, que como lo hemos expresado anteriormente (ver *supra*, párrafo 29), forman parte en fecha reciente de nuestro derecho interno.

82. Dichas formalidades se establecen, de manera específica, en el artículo 20 de la Carta Federal, que consagra los derechos del acusado en el proceso

actualización de amparo, cit., *supra*, nota 106, pp. 3-101; Héctor Fix-Zamudio, *Introducción a la justicia administrativa*, cit., *supra*, nota 44, pp. 127-136.

¹¹⁸ En efecto, la tesis 339, página 569, del volumen de la Segunda Sala, Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, publicado en el año de 1975, establece: *“ Audiencia, garantía de. Debe respetarse aunque la ley en que se funde la resolución previa el procedimiento para tal efecto. —* La circunstancia de que no exista en la ley aplicable precepto alguno que imponga a la autoridad responsable la obligación de respetar a algunos de los interesados la garantía de previa audiencia para pronunciar la resolución de un asunto, cuando los actos reclamados lo perjudican, no exime a la autoridad de darle oportunidad de oírlo en defensa, en atención a que, en ausencia de precepto específico, se halla el mandato imperativo del artículo 14 constitucional, que protege dicha garantía a favor de todos los gobernados, sin excepción.”

penal, entre ellas el derecho a la libertad caucional; a no ser obligado a declarar en su contra; a conocer en audiencia pública y dentro de cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación ante el juez de la causa, la naturaleza y motivo de la acusación; a una audiencia pública en la que debe rendir su declaración preparatoria y confrontado con los testigos de cargo; a presentar los medios de prueba que considere conveniente; a ser juzgado en audiencia pública; a que el proceso se concluya antes de cuatro meses si se trata de delitos con pena máxima de dos años, y en un año si la pena es superior; a ser oído en defensa por sí o por persona de su confianza, y en el caso de no tener quien lo defienda, se le presentará una lista de defensores de oficios para que elija al o los que le convenga, y si no quiere hacer el nombramiento se le designará uno de oficio, en la inteligencia de que el acusado pueda nombrar defensor desde el momento en que es aprehendido. A su vez, el artículo 160 de la Ley de Amparo se apoya en este precepto constitucional para establecer las violaciones procesales que afecten las defensas del acusado y que puede hacer valer en el juicio de amparo, como última instancia en el proceso penal, cuando impugne la sentencia definitiva pronunciada en el proceso ordinario respectivo.¹¹⁹

83. En las restantes materias procesales, es decir, civil y mercantil, administrativa y laboral, los aspectos específicos de las formalidades esenciales del procedimiento no están consignadas en el texto constitucional, sino de manera negativa, en el artículo 159 de la mencionada Ley de Amparo, en cuanto establece las violaciones al procedimiento, que por afectar gravemente las defensas del reclamante, pueden invocarse en el juicio de amparo que se interpone contra la sentencia definitiva. Entre dichas infracciones podemos señalar: cuando el afectado no es citado al proceso o se le notifica en forma distinta de la prevenida por la ley; cuando el interesado hubiese sido mala o defectuosamente representado en el mismo proceso; cuando no se le reciban las pruebas ofrecidas o no se desahoguen conforme a la ley; cuando se resuelve indebidamente un incidente de nulidad; cuando no se le concedan los plazos a que tiene derecho; cuando no se le proporcione la información necesaria; cuando el desechamiento de recursos le produzca indefensión, etcétera.¹²⁰

84. Pero además de estos principios del procedimiento que tiene un carácter tradicional, se advierte en el ordenamiento mexicano la regula-

¹¹⁹ Cfr. Sergio García Ramírez, *Curso de derecho procesal penal*, cit., *supra*, nota 93, pp. 247-286.

¹²⁰ Cfr. Ignacio Burgoa, *El juicio de amparo*, cit., *supra*, nota 38, pp. 677-678.

ción muy restringida de dos de los aspectos que consideramos esenciales en el proceso contemporáneo: a) por una parte la *tramitación concentrada y oral de la causa*, y b) por la otra, la *igualdad real de las partes en el proceso*, en virtud de que hasta el momento y con excepciones que afortunadamente se van desarrollando de manera paulatina, nuestro procedimiento ha sido predominantemente escrito y dispositivo de manera exagerada, por lo que el juez se limita a recibir las promociones escritas de las partes, las que por regla general impulsan el procedimiento; limitándose el propio juez a sujetarse a los elementos que dichas partes le proporcionen para decidir la controversia, sin facultades para dirigir, efectivamente, el mismo procedimiento.¹²¹

85. De manera implícita el artículo 17 de la Constitución Federal establece el primer principio mencionado al consagrar el derecho de acción (ver *supra*, párrafo 54), cuando dispone que la justicia debe ser *rápida y expedita*, lo cual está muy lejos de cumplirse en la práctica, en virtud del rezago considerable que padecen todos los tribunales del país. Además, en el artículo 20, fracción VIII de la Carta Federal, se establece según lo expresamos anteriormente (ver *supra*, párrafo 82), el derecho del acusado en el proceso penal para ser juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no excede de dos años de prisión, y antes de un año si la pena máxima fuese mayor, lo que tampoco se realiza en un buen número de casos, precisamente por el problema del rezago que es la enfermedad judicial más resistente, y que puede equipararse al cáncer en el campo biológico.¹²²

¹²¹ Sobre la necesidad de que el juez asuma la función de director del proceso, cfr. José Rodríguez U., *Autoridad del juez y principio dispositivo*, Valencia, Venezuela, con un profundo y extenso prólogo de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo; de este último tratadista "Liberalismo y autoritarismo en el proceso", en su obra *Estudios de Teoría General e Historia del proceso*, cit., *supra*, nota 26, tomo II, pp. 245-290; Hans Walter Fasching, "Liberación y socialización del proceso civil", trad. de Raúl Nocedal, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núms. 13-14, enero-agosto de 1972, pp. 23-33; Mauro Cappelletti, *El proceso civil en el derecho comparado*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1973, pp. 43-82.

¹²² Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "El problema de la lentitud de los procesos y su solución en el ordenamiento mexicano", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núms. 81-82, enero-junio de 1971, pp. 85-133; además debe tomarse en cuenta lo que señaló el destacado procesalista español Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, en el sentido de que el retraso en la resolución de los procesos, obedece en muchísima mayor medida que a la longitud de los plazos fijados por el legislador, a lo que el mismo procesalista considerado gráficamente como *etapas muertas*, es decir, los periodos de inactividad entre dos actuaciones consecutivas, en su trabajo "La regulación temporal de los actos procesales", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núms. 66-67, abril-septiembre de 1967, pp. 344-397, y posteriormente en su obra *Derecho procesal mexicano*, cit., *supra*, nota 31, tomo I, pp. 204-241.

86. La exigencia de la celeridad de la tramitación procesal prevista por el citado artículo 17 constitucional se ha vigorizado con la incorporación al derecho mexicano, de lo dispuesto por el artículo 8o. de la Convención Americana de los Derechos del Hombre, que establece la exigencia de que el proceso se realice dentro de un *plazo razonable*.¹²³

87. Además del problema del rezago que hemos mencionado, otro de los factores de la lentitud procesal en el ordenamiento mexicano se debe al predominio de la escritura sobre la oralidad en la tramitación de los distintos procesos, pues si bien el legislador ha intentado restringir esta situación, sus esfuerzos no han logrado resultados satisfactorios, si se toma en cuenta que la reforma de 26 de febrero de 1973 al Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal (que sirve de modelo a la mayor parte de los Códigos de las restantes Entidades Federativas),¹²⁴ intentó introducir una dosis muy moderada de oralidad en el periodo de recepción de las pruebas, sin que en la realidad se hubiese modificado el procedimiento escrito tradicional.¹²⁵

88. Por lo que respecta a otras ramas de enjuiciamiento, como en los procedimientos penal, administrativo y particularmente el laboral; se ha procurado concentrar el procedimiento en el menor número posible de audiencias públicas, con la participación de las partes, pero sin lograr un grado razonable de oralidad real, con la excepción, pero también limitada, de las controversias del trabajo, que se someten a las Juntas de Conciliación y Arbitraje.¹²⁶

¹²³ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, cit., *supra*, nota 63, pp. 91-93.

¹²⁴ Cfr. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Síntesis del derecho procesal (civil, mercantil y penal)*, cit., *supra*, nota 31, pp. 357-359, quien señala con gran precisión las familias de los códigos procesales civiles, siendo la más numerosa la que sigue el modelo del Código Distrital.

¹²⁵ Cfr. Entre otros, José Ovalle Favela, "Las reformas al Código Procesal del Distrito Federal y Territorios", en *Gaceta informativa de Legislación y jurisprudencia*, núms. 5-6, México, enero-junio de 1973, pp. 101-102; Miguel Ángel y Jorge Hernández Romo, "La reforma procesal de 1973", en *Jurídica*, México, julio de 1973, pp. 297-323.

¹²⁶ Una de las características que se ha señalado al proceso laboral moderno es precisamente su rapidez, para impedir que la parte trabajadora quede en situación económica angustiosa por la prolongación del proceso, cfr., entre otros, Eduardo Couture, "Algunas nociones fundamentales del derecho procesal del trabajo", en su obra *Estudios de derecho procesal civil*, tomo I, Buenos Aires, 1948, p. 271 y ss.; Miguel Rodríguez Piñero, *Derecho del Trabajo y proceso*, Madrid, 1972, pp. 5-10.

89. Este predominio de la escritura es muy comprensible, en virtud de que no son suficientes las disposiciones legislativas para superarlo, pues se requiere la modificación de los obstáculos que impiden la oralidad procesal, entre los cuales podemos señalar la ausencia de instalaciones adecuadas; el recargo excesivo de asuntos judiciales; insuficiente número de juzgadores, y falta de preparación y de práctica de los abogados y de los jueces en el debate oral de la causa; defectos que compartimos con la mayor parte de los países latinoamericanos, a todo lo cual debe agregarse el peso de una tradición de varios siglos de procedimiento escrito que heredamos del sistema procesal hispánico.¹²⁷ Precisamente por esta situación común, en el Primer Congreso Mexicano y Segundas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal que se efectuaron en la ciudad de México durante los días 14 a 18 de febrero de 1960, se aprobó por unidad, la siguiente proposición: "Se recomienda que se sugiera a los diversos gobiernos de América Latina, el establecimiento del juicio oral progresivo en aquellos países donde aún no existe, a efecto de determinar la aceptación y bondad que de tal sistema se obtenga en dichos países".¹²⁸

90. El otro sector se refiere a la *igualdad real de las partes* en el proceso contemporáneo que supera el sistema tradicional de la simple igualdad formal que todavía impera en el proceso civil y el mercantil mexicano. Este principio renovador se introdujo en el proceso laboral por medio de una serie de ventajas procesales que tienen el propósito de equilibrar la situación de debilidad de la parte trabajadora, especialmente a través de la inversión de la carga de la prueba, pero también otorgando facultades del juzgador para corregir los errores y deficiencias del mismo trabajador en las diversas instancias procesales, en virtud del diverso principio *iura novit curia*.¹²⁹

91. Si bien esta tendencia modernizadora del proceso laboral, que se ha incorporado paulatinamente al derecho mexicano, no se apoya en

¹²⁷ Cfr. José Becerra Bautista, *El proceso civil en México*, cit., *supra*, nota 73, pp. 157-166.

¹²⁸ *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núms. 37-40, enero-diciembre de 1960, p. 74.

¹²⁹ Sobre la función del juez para la aplicación del principio *iura novit curia*, puede consultarse el clásico estudio del destacado procesalista Santiago Sentís Melendo, *El juez y el derecho (iura novit curia)*, Buenos Aires, 1957, especialmente pp. 9-40; recientemente el agudo análisis del jurista inglés J. A. Jolowics, "Da mihi factum dabo tibi jus: A problem of demarcation English and French Law", en el volumen *Molnum non Multa. Festschrift für Karl Lippstein aus Anlass seines 70. Geburtstages*, Heidelberg, Karsruhe, 1981, 79-99.

disposiciones constitucionales expresas del artículo 123 de la Carta Federal, que regula los lineamientos esenciales del derecho laboral,¹³⁰ los principios tutelares de la parte débil se han incorporado a la Ley Federal del Trabajo, en virtud del desarrollo que han propiciado tanto la doctrina como la jurisprudencia,¹³¹ y que han culminado con la reforma a la propia Ley Federal del Trabajo de 1970, por el decreto legislativo que entró en vigor el primero de mayo de 1980.¹³²

92. Dicha reforma procesal es muy amplia, por lo que nos limitamos a destacar algunos aspectos que superan la legislación anterior, la cual ya consagraba ventajas procesales importantes para los trabajadores, considerados como parte débil en el proceso.¹³³ Así, podemos señalar entre las disposiciones de mayor importancia, los principios formativos del proceso laboral señalados por el artículo 685 de la citada Ley Federal del Trabajo, entre los que incluye la publicidad, la gratitud, la inmediatez y el predominio de la oralidad, y además confiere a las Juntas de Conciliación y Arbitraje (en su calidad de tribunales laborales, ver *supra*, párrafo 23), la obligación de: "tomar las medidas necesarias para lograr la mayor economía, concentración y sencillez del proceso".

93. El mismo precepto agrega que cuando la demanda del trabajador sea incompleta, en cuanto no comprende todas las prestaciones que de acuerdo con dicho ordenamiento deriven de la acción (en realidad, pretensión) intentada o procedente, conforme a los hechos expuestos por el trabajador, las Juntas, en el momento de admitir dicha demanda, deben subsanarla. Por otra parte, si la misma demanda es oscura o imprecisa, o implica el ejercicio de pretensiones contradictorias, debe el tribunal señalar los defectos y omisiones del trabajador y la prevendrá para que los corrija dentro de un plazo de tres días (artículo 873), y cuando dicho trabajador no cumpla dicha prevención, el tribunal le

¹³⁰ La fracción XX del artículo 123 de la Constitución Federal, Apartado A, establece: "Las diferencias o los conflictos entre el capital y el trabajo se sujetarán a la decisión de una Junta de Conciliación y Arbitraje, formada por igual número de representantes de los obreros y de los patrones y uno del gobierno."

¹³¹ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "El juicio de amparo en materia de Trabajo y la Ley Federal del Trabajo de 1931" en volumen colectivo *Origen y repercusiones de la primera Ley Federal del Trabajo*, México, 1981, pp. 163-185.

¹³² Cfr. Enrique Alvarez del Castillo, *Reformas a la Ley Federal del Trabajo en 1979*, México, 1980, Néstor de Buen Lozano, *La reforma del proceso Laboral*, México, 1980.

¹³³ Cfr. Alberto Trueba Urbina, *Nuevo derecho procesal del trabajo*, cit., *supra*, nota 40, pp. 21-168.

pedirá lo haga oralmente en la audiencia llamada de “demanda y excepciones” (artículo 878, fracción II).¹³⁴

94. Por otra parte, sin llegar al establecimiento de una verdadera audiencia preliminar o a una figura similar al despacho saneador brasileño, es decir, de un procedimiento para examinar el cumplimiento de los presupuestos de la validez del proceso,¹³⁵ se confiere a los tribunales del trabajo la facultad de corregir de oficio cualquier irregularidad u omisión que notaren en la sustanciación del proceso, para el efecto de regular el procedimiento, sin que esto implique que puedan revocar sus resoluciones (artículos 686 y 848 de la Ley del Trabajo reformada en 1980).

95. Como otro aspecto específico del citado principio *iura novit curia* (ver *supra*, párrafo 90), debemos hacer referencia a la institución de la *suplicia de la queja*, que para la materia de amparo se ha consagrado en el artículo 107, fracción II, de la Constitución Federal, en el cual se establecen los lineamientos generales desarrollados por la Ley de Amparo.¹³⁶

96. Dicha suplicia se introdujo de manera paulatina con objeto de atemperar la anacrónica disposición contenida en el artículo 79 de la misma Ley de Amparo, que establece la figura del llamado “estricto de derecho”,¹³⁷ para la impugnación de las sentencias pronunciadas por los tribu-

¹³⁴ Cfr. Las obras y autores señalados en la nota 132 de este trabajo.

¹³⁵ Sobre la audiencia preliminar para depurar y corregir defectos en los presupuestos procesales, tal como se regula en la Ordenanza Procesal Civil austriaca de 1985, cfr. Hans Schima, “Esquema del proceso civil austriaco”, en el libro de James Goldshmidt, *Derecho procesal civil*, trad. de Leonardo Prieto Castro, Barcelona, 1936, pp. 41-42. En cuanto al despacho saneador, regulado por los Códigos Procesales Civiles brasileños de 19 de septiembre de 1939 (artículos 294-296), y en el vigente, promulgado el 11 de enero de 1973 (artículo 264), también implica el examen del procedimiento para corregir los errores o defectos en los presupuestos procesales. Sobre esta última institución pueden consultarse los trabajos de Alfredo Buzaid, “Del despacho saneador”, en *Revista iberoamericana de derecho procesal*, Madrid, 1967, pp. 217-230; Alcides de Mendonç Lima, “O despacho saneador no Código de Processo Civil brasileiro”, en *Revista de direito processual civil*, São Paulo, Vol. III, 1962, pp. 274-304, y respecto del nuevo Código, Marcos Alfonso Borges, *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo, tomo I, 1974-1975, pp. 247-249.

¹³⁶ Sobre la suplicia de la queja existe una amplia bibliografía, por lo que, como en ocasiones anteriores, señalamos algunos estudios significativos de carácter monográfico, Armando Chávez Camacho, “La suplicia de la queja”, en *Jus*, núm. 67, febrero de 1944, pp. 89-124; Juventino V. Castro, *La suplicia de la queja deficiente en el juicio de amparo*, México, 1953; Alfonso Trueba Olivares y otros, *La suplicia de la deficiencia de la queja en el juicio de amparo*, México, 1977.

nales civiles (que comprende también la materia mercantil), y que la jurisprudencia ha extendido, a nuestro modo de ver indebidamente, a los amparos en materia administrativa; principio según el cual, el juez del amparo debe sujetarse estrictamente a los términos de la demanda sin poder ampliar ni corregir nada en ella, de acuerdo con una orientación exageradamente dispositiva y tradicional, que se consagró en el Código de Procedimientos Civiles de diciembre de 1908.¹³⁸

97. La citada suplencia de la queja implica que los tribunales federales al conocer del juicio de amparo, pueden corregir los errores y deficiencias en que incurran los reclamantes cuando se considere que por su situación social, económica y cultural no pueden contar con un asesoramiento adecuado (ver *supra*, párrafos 62-69), pero que asume diversos matices según los distintos sectores en los cuales procede la aplicación de esta institución, la cual fue introducida en el texto original de la Constitución de 1917, exclusivamente en beneficio del acusado en materia penal y su ejercicio se limitó a la Suprema Corte de Justicia.¹³⁹

98. En las reformas que entraron en vigor en mayo de 1951, se extendió la suplencia a la materia laboral en beneficio del trabajador y tratándose de actos apoyados en disposiciones legales que la jurisprudencia obligatoria de la misma Suprema Corte hubiese declarado inconstitucionales, pero además se amplió la facultad para aplicar este instrumento correctivo a todos los jueces federales en su conocimiento del juicio de amparo respectivo, en una sola o en las dos instancias del mismo.¹⁴⁰

¹³⁷ Cfr. Los excelentes estudios elaborados por el destacado tratadista Felipe Tena Ramírez, "El amparo de estricto derecho. Orígenes, expansión, inconvenientes", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 13, enero-marzo de 1954, pp. 19-30; *Id.* "El amparo de estricto derecho y la suplencia de la queja", en volumen colectivo *Problemas jurídicos y sociales de México*, México, 1955, pp. 27-40.

¹³⁸ Cfr. Demetrio Sodí, *Procedimientos federales*, México, 1912, pp. 319-424.

¹³⁹ La parte relativa de la fracción II del artículo 107 de la Constitución Federal disponía en su texto original: "La Suprema Corte, no obstante esta regla (reclamación oportuna y protesta contra las violaciones procesales) podrá suplir la deficiencia de la queja en un juicio penal, cuando encuentre que ha habido en contra del quejoso una violación manifiesta de la ley, que lo ha dejado sin defensa, o que se le ha juzgado por una ley que no es exactamente aplicable al caso y que sólo por torpeza no se ha combatido la violación ..."

¹⁴⁰ Cfr. Juventino V. Castro, *La suplencia de la queja deficiente en el juicio de amparo*, cit., *supra*, nota 136; Arturo Serrano Robles, "La suplencia de la deficiencia de la queja cuando el acto reclamado se funda en leyes declaradas inconstitucionales", en el volumen colectivo *Problemas jurídicos de México*, México, 1953, pp. 47-61.

99. El sector de mayor trascendencia en cuanto a las atribuciones correctivas del juzgador, es el relativo a la materia social agraria, es decir, la que se refiere a los juicios de amparo en los cuales intervienen como partes los campesinos sujetos a la reforma agraria (ejidatarios, comuneros y los respectivos núcleos de población), pues se considera que se encuentran en una situación aún más desfavorable que los trabajadores urbanos en cuanto al asesoramiento jurídico (no obstante la existencia de Procuradores Agrarios, que son notoriamente insuficientes (ver *supra*, párrafo 65).

100. En efecto, con apoyo en la reforma al artículo 107, fracción II de la Constitución Federal promulgada en octubre de 1962,¹⁴¹ se efectuaron modificaciones a la Ley de Amparo en el Decreto legislativo que entró en vigor el 5 de febrero de 1963, para establecer ventajas procesales en beneficio de los citados campesinos, las que se estimaron de tal manera significativas, que se concentraron en un libro especial (que anteriormente no existía), establecido por la reforma de 28 de mayo de 1976. En este sector, la suplencia de la queja obligatoria para el juzgador, se refiere no sólo a la corrección de errores o defectos en las diversas instancias procesales promovidas por los campesinos, sino también la presentación oficiosa por el juez del amparo, de las pruebas que no hubiesen aportado las partes y que considere necesarias para comprobar la veracidad de las afirmaciones de las mismas partes; y además se incluye el otorgamiento de la protección en la sentencia definitiva del amparo respecto de los hechos realmente comprobados en autos, aun cuando sean diferentes de los sostenidos por los campesinos durante el proceso (artículos 212 a 234 de la Ley de Amparo).¹⁴²

¹⁴¹ De acuerdo con la parte relativa de la fracción II del artículo 107 de la Constitución Federal, reformado en octubre de 1972, se dispone: ... "En los juicios de amparo en que se reclamen actos que tengan o puedan tener como consecuencia privar de la propiedad o de la posesión y disfrute de sus tierras, aguas, pastos y montes a los ejidos y a los núcleos de población que de hecho o por derecho guarden el estado comunal, o a los ejidatarios o comuneros, deberá suplirse la deficiencia de la queja de acuerdo con lo que disponga la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de esta Constitución, y no procederán en ningún caso, la caducidad de la instancia ni el sobreimiento por inactividad procesal. Tampoco será procedente el desistimiento cuando se afecten derechos de los ejidos o núcleos de población..."

¹⁴² Para un análisis minucioso de las diversas disposiciones del actual Libro Segundo de la Ley de Amparo, que regula el amparo en materia agraria (ejidal y comunal), *cfr.* Ignacio Burgoa, *El juicio de amparo*, cit... *supra*, nota 38. Capítulo Vigésimosexto intitulado "El amparo en materia agraria", pp. 875-970.

101. Finalmente, en el año de 1974 se reformó la Ley de Amparo para introducir la suplencia de la queja en beneficio de los menores e incapaces, de tal manera que además de corregir errores y deficiencias de las instancias promovidos por ellos, también se establece la obligación del juez del amparo de llevar al proceso los elementos de convicción que considere necesarios y que no hubiesen aportado las partes (artículo 107, fracción II, párrafo cuarto de la Carta Federal, 76, último párrafo y 78, también último párrafo, estos dos de la Ley de Amparo).

IV. CONCLUSIONES

102. De las breves reflexiones anteriores podemos destacar las siguientes conclusiones:

103. *Primera.* Si bien las constituciones clásicas consagraron algunas categorías procesales en especial las relativas a la organización y competencia de los tribunales así como los derechos de los justiciables, de manera predominante en el proceso penal, el estudio sistemático de las disposiciones fundamentales sobre las instituciones de carácter procesal es relativamente reciente y este análisis ha dado origen a una nueva disciplina en el campo del derecho constitucional. Esta situación también se aplica al ordenamiento mexicano.

104. *Segunda.* Los estudios científicos derivados de la confluencia de las normas constitucionales y procesales han configurado dos nuevas disciplinas, una dentro del campo de la ciencia del proceso, que podemos denominar *derecho procesal constitucional*, cuyo promotor es el ilustre Hanks Kelsen, y que analiza las instituciones instrumentales de carácter jurídico para la tutela de las normas constitucionales; y una segunda, que es posible calificar *como derecho constitucional procesal*, cuyo ámbito de estudio se refiere a las disposiciones fundamentales que establecen los lineamientos de las instituciones de carácter procesal, derivadas de la función jurisdiccional. Se considera que el fundador de esta nueva rama del derecho científico es el procesalista uruguayo Eduardo J. Couture, quien señaló con gran profundidad las relaciones entre la Constitución y el proceso.

105. *Tercera.* El derecho procesal constitucional, sólo para efectos de análisis, puede dividirse en dos sectores: el primero que recibe la denominación afortunada establecida por el destacado jurista italiano Mauro

Cappelletti, de *Jurisdicción constitucional de la libertad*, se integra con los instrumentos procesales que han establecido las Constituciones modernas para la tutela de los Derechos Humanos consagrados en ellas. El otro sector puede calificarse como *Jurisdicción constitucional orgánica*, y si bien no puede desvincularse en la práctica de la primera categoría, para efectos de estudio puede considerarse como el conjunto de medios, también procesales, para proteger las disposiciones constitucionales que establecen las competencias y los límites de los órganos del poder. En el ordenamiento mexicano estos dos sectores están representados respectivamente, por el juicio de amparo y por las controversias constitucionales reguladas por el artículo 105 de la Carta Federal.

106. *Cuarta*. Por lo que se refiere al derecho constitucional procesal, que actualmente se encuentra en formación, podemos distinguir varios aspectos, entre los cuales destacan los principios establecidos por las normas fundamentales en relación con la función jurisdiccional; las garantías de carácter judicial; las garantías de las partes y, finalmente, las que se han denominado formalidades esenciales del procedimiento.

107. *Quinta*. La jurisdicción puede examinarse desde dos ángulos; desde el punto de vista estático como una de las funciones esenciales del poder del Estado, y en segundo término, en su aspecto dinámico, como el ejercicio de la propia función a través del proceso. En estas dos dimensiones se advierte la íntima relación entre los estudios constitucionales y los de carácter procesal. En relación con el derecho mexicano podemos destacar que en apariencia existe un sistema de doble jurisdicción de carácter paralelo, es decir que existen tribunales de carácter federal y los que corresponden a las Entidades Federativas, de acuerdo con la estructura federal que tomamos de la Constitución de los Estados Unidos de 1787. Sin embargo, debido a una interpretación incorrecta del artículo 14 de la Constitución Federal de 1857; interpretación que fue aceptada expresamente por el artículo 14 de la Carta Federal vigente; a través del juicio de amparo, se fueron centralizando en los tribunales federales todos los asuntos judiciales del país, aun cuando en ellos no se plantease un “caso federal”, lo que ha determinado que en la actualidad exista una sola jurisdicción, pues los tribunales locales están subordinados de los de carácter federal.

108. *Sexta*. Por otra parte, al lado de los organismos que se integran formalmente a los poderes judiciales federal y de las Entidades Federativas,

existen otros tribunales que realizan la misma función, como son los administrativos y los de carácter laboral, pero todos ellos, tanto los federales como los locales, están subordinados al poder judicial federal, por conducto del juicio de amparo, que constituye la última instancia de todos los procesos y de todas las materias.

109. *Séptima*. En cuanto a las llamadas garantías judiciales, están formadas por los instrumentos establecidos por las Constituciones modernas para lograr la independencia e imparcialidad del juzgador, que también benefician a los justiciables, y que en esencia pueden consistir en los sistemas de selección y designación; estabilidad, remuneración y responsabilidad, en sus tres aspectos patrimonial, administrativa y penal. Las disposiciones de nuestra Constitución Federal no pueden considerarse suficientes en esta materia, pues se han quedado atrás en relación con los instrumentos contemporáneos, que están orientados no sólo a los aspectos clásicos de la independencia judicial, sino que pretenden lograr una preparación y una selección más rigurosa de los jueces que deben resolver controversias crecientemente técnicas y complejas.

110. *Octava*. Las garantías de las partes son aquellas que están dirigidas a lograr para los justiciables un verdadero acceso a la prestación jurisdiccional, es decir, una participación equilibrada, no exclusivamente formal dentro del procedimiento, y finalmente el derecho a una resolución no sólo legal sino también justa de la controversia. Si examinamos estos instrumentos en el ordenamiento constitucional mexicano podemos señalar en primer lugar el derecho de acción procesal, regulado por el artículo 17 de la Carta Federal y el derecho de defensa o de audiencia, establecido por el segundo párrafo del artículo 14 de la misma Ley Suprema, a los cuales deben incorporarse los principios que sobre esta materia regulan los artículos 14 y 8o., respectivamente del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas de diciembre de 1966, y de la Convención Americana de los Derechos del Hombre, de noviembre de 1969, que fueron ratificadas por el Gobierno mexicano y aprobadas por el Senado Federal en mayo de 1981, por lo que forman parte de nuestro derecho interno.

111. *Novena*. Los derechos de acción y defensa deben entenderse en la actualidad no como simples garantías de carácter formal para solicitar y obtener la prestación jurisdiccional, sino como *derecho a la justicia*, que implica un verdadero acceso a la jurisdicción, para lo cual no es suficiente

la prohibición de las costas judiciales que establece el mencionado artículo 17 de la Carta Federal, es decir, el carácter gratuito de la justicia, sino que se requiere de instrumentos de seguridad social, a fin de que los justiciables de escasos recursos o de ingresos medios puedan contar con un asesoramiento técnico adecuado y el financiamiento necesario para cubrir los gastos procesales. En esta dirección ya no son suficientes los medios tradicionales del derecho mexicano que se apoyan en los defensores de oficio o los procuradores, en su calidad de funcionarios públicos que prestan asesoría procesal gratuita.

112. *Décima.* Las formalidades esenciales del procedimiento están contenidas también en el segundo párrafo del artículo 14 de la Constitución Federal y de manera específica para el proceso penal, por el artículo 20 de la misma Ley Suprema. Estas formalidades se traducen en los llamados principios formativos del procedimiento, a través de los cuales los justiciables tienen la posibilidad de hacer valer de manera eficaz sus pretensiones, y cuando las mismas son infringidas por el juzgador, se consideran como violaciones procesales que producen indefensión de la parte afectada, y por ello están estrechamente relacionadas con el derecho de audiencia o de defensa. La ley de amparo regula estos aspectos para los procesos civil, mercantil, administrativo y laboral en el artículo 159, y como desarrollo de los lineamientos esenciales del artículo 20 constitucional, en el artículo 160, a la materia procesal penal.

113. *Decimoprimera.* De las citadas formalidades esenciales del procedimiento debemos destacar dos aspectos generales: *la tramitación concentrada y oral de la causa y la igualdad real de las partes en el proceso.* En el primer aspecto, el proceso mexicano adolece, salvo excepciones de un procedimiento lento y desesperadamente escrito, no obstante los esfuerzos que se han hecho para introducir una dosis moderada y razonable de oralidad; y por lo que respecta a la igualdad real de los justiciables, predomina todavía el equilibrio puramente formal en el proceso civil y mercantil, advirtiéndose una evolución hacia la tutela de la parte débil de los procesos penal, familiar, y en especial en el procedimiento laboral, fundamentalmente con motivo de la reforma procesal a la Ley Federal del Trabajo por la ley que entró en vigor el primero de mayo de 1980.

114. *Decimosegunda.* Una institución importante para proteger a la parte débil en el proceso, es la llamada *suplencia de la queja*, que se

introdujo en el texto primitivo de la Constitución Federal de 1917 únicamente en beneficio del acusado en el amparo penal y su ejercicio se atribuyó exclusivamente a la Suprema Corte de Justicia. En las reformas de 1951 se extendió dicha suplencia para proteger al trabajador en los amparos laborales y al afectado por un acto de autoridad apoyado en disposiciones legislativas declaradas inconstitucionales por la jurisprudencia obligatoria de la propia Suprema Corte de Justicia y su aplicación se extendió a todos los Jueces Federales. La citada suplencia se traduce en la facultad y en ocasiones en la obligación del juez del amparo de corregir los errores y deficiencias que advierta en las instancias de la parte menos favorecida por falta de asesoramiento técnico-jurídico.

115. *Decimotercera*. El sector más amplio y significativo de la suplencia se refiere al amparo social agrario, es decir aquel en el que intervienen los campesinos sujetos a la reforma agraria (ejidatarios, campesinos y los respectivos núcleos de población), pues en virtud de la reforma al artículo 107, fracción II, de la Constitución Federal en octubre de 1962, se introdujeron en la Ley de Amparo, en febrero de 1963, los medios para establecer una situación procesal más favorable a dichos campesinos, que se encuentran en una situación todavía más desfavorable que los trabajadores urbanos, en cuanto a su asesoramiento jurídico. Dichas modificaciones se estimaron tan importantes, que se concentran en un libro (que antes no existía) por reforma de 1976. En esencia, dicha suplencia implica la obligación del juzgador no sólo de corregir errores y deficiencias en las instancias de los citados campesinos, sino también la presentación y desahogo oficioso de las pruebas que se consideren necesarias para esclarecer la verdad, y el otorgamiento de la protección respecto de los hechos efectivamente probados, aun cuando sean distintos de los alegados por los citados campesinos.

116. *Decimacuarta*. El último sector de la suplencia fue introducido en 1974 en la Ley de Amparo, para proteger a los menores e incapaces, a los cuales el juez federal debe corregir sus errores, pero también llevar al proceso los elementos de convicción que considere necesarios aun cuando las partes no las hubiesen ofrecido.

POSIBILIDAD DEL *OMBUDSMAN* EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO

SUMARIO: I. Introducción. II. Doctrina latinoamericana sobre la institución. III. Proyectos de reforma constitucional o de carácter legislativo. IV. Instituciones paralelas: procuradurías del consumidor y el Ministerio Público. V. La creación de los primeros instrumentos, especialmente en el ámbito local. VI. Las procuradurías de los Derechos Humanos en la legislación de Costa Rica de 1982 y en la Constitución de Guatemala de 1985. VII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

1. La institución del *Ombudsman* tanto en su modelo escandinavo de comisario parlamentario como en sus diversos matices más recientes, ha tenido un desarrollo en verdad asombroso, pues en las décadas que siguen a la Segunda Guerra Mundial en que se divulgó en el continente europeo se ha transformado en una institución prácticamente universal, como lo ha sostenido con todo acierto el destacado jurista francés André Legrand,¹ y además se ha introducido en numerosos países que se encuentran en una etapa de desarrollo menos avanzada que nuestros ordenamientos.²

2. Además de lo anterior debe tomarse en cuenta que el *Ombudsman*, en su versión parlamentaria, se introdujo en el ordenamiento de Portugal con el nombre de *provedor da justiça* (promotor de la justicia) en virtud del decreto-ley de 21 de abril de 1975, después constitucionalizado en el artículo 24 de la carta democrática de 25 de abril de 1976, y posteriormente regulado sin cambios en el artículo 23 de la misma Constitución reformada

¹«Une institution universelle: 1, 'Ombudsman', en *Revue Internationale de Droit Comparé*, París, 1973, pp. 851-856.

²Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Madrid, UNAM-Civitas, 1982, pp. 343-344.

el 24 de septiembre de 1982.³ También se incorporó en la Constitución española que entró en vigor en diciembre de 1978, cuyo artículo 54 al *defensor del pueblo* como un comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en el título primero, denominado “De los derechos y deberes fundamentales” (organismo cuya ley orgánica fue promulgada el 6 de abril y publicada el 7 de mayo de 1981).⁴ La consagración y la experiencia positiva de estas instituciones tutelares en los derechos de Portugal y España son importantes por su proximidad histórica y cultural con las legislaciones latinoamericanas.

3. En tales condiciones puede parecer extraño que el *Ombudsman* tenga una recepción tardía y apenas incipiente en los ordenamientos de nuestra región, pero tal vez se pueda aventurar la explicación de que son escasos y recientes los estudios publicados en castellano sobre este instrumento de tutela de los derechos fundamentales de los administrados, y por ello es poco conocido entre los titulares de los poderes públicos latinoamericanos. Por otra parte, tampoco la denominación genérica de la institución facilita su comprensión, pues resulta extraña a la tradición y al lenguaje jurídicos de nuestros países; por ello consideramos que la experiencia española será muy valiosa para facilitar su introducción y resulta significativo que uno de los proyectos que se discute actualmente en el

³ El citado artículo 23 dispone: “1. Los ciudadanos pueden presentar quejas por acciones u omisiones de los poderes públicos al Promotor de la Justicia, quien las apreciará sin facultades decisorias, dirigiendo a los órganos competentes las recomendaciones necesarias para prevenir y reparar injusticias. 2. La actividad del Promotor de la Justicia es independiente de los procedimientos voluntarios o contenciosos previstos en la Constitución y en las leyes. 3. El promotor de la justicia es designado por la Asamblea de la República.” Un estudio sintético, sobre los orígenes y sobre las funciones actuales del promotor de la justicia, de acuerdo con la Constitución y las leyes, reglamentarias puede consultarse en el primer informe de dicho funcionario a la Asamblea de la República, *Relatório do Provedor de Justiça 1976*, Lisboa, junio de 1977, pp. 6-12. Por otra parte, el mencionado precepto constitucional fue reglamentado por las leyes número 81, de 22 de noviembre de 1977, que contiene el Estatuto del Promotor y la número 10, de 2 de marzo de 1978, como ley orgánica sobre la oficina del citado promotor.

⁴ Citamos como significativos, entre otros, los trabajos de Álvaro Gil Robles y Gil Delgado, *El defensor del pueblo*, Madrid, Civitas, 1979, quien es actualmente el primer adjunto del propio defensor, y de Víctor Fairén Guillén, “El *Ombudsman* y sus posibilidades en España en los países iberoamericanos”, y “El defensor del pueblo en la Constitución española, relacionado con otros *ombudsmän*”. Estudio preliminar”, ambos en su libro *Temas del ordenamiento procesal*, tomo III, Madrid, Tecnos, 1982, pp. 1507-1557, y 1561-1633, respectivamente. De este último y destacado tratadista también debemos citar su obra *El defensor del pueblo. Ombudsman*, tomo I, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1982, 519 pp. Para una bibliografía más amplia puede consultarse la nota 790, pp. 329-330 de la obra de Héctor Fix-Zamudio, *La protección procesal*, cit., *supra*, nota 2.

Congreso argentino lleve precisamente la denominación de defensor del pueblo (ver *infra*, párrafo 20).

4. Sin embargo, y como es inevitable, los juristas latinoamericanos empiezan a interesarse seriamente por el *Ombudsman*, ya sea en su forma parlamentaria o dependiente del órgano ejecutivo, y los estudios que han realizado recientemente han influido en la presentación de varios proyectos tanto de carácter constitucional como legislativo e inclusive con la consagración incipiente de la institución, la que se incrementará con seguridad en poco tiempo. Para lograr este propósito —que es ineludible por el crecimiento desorbitado e irreversible de la administración pública en el moderno estado de derecho social—, son de gran trascendencia los cambios de impresiones de los tratadistas de nuestra región con los titulares de los organismos más significativos, como ahora ocurre con el *Ombudsman* de Suecia, que es el origen y el modelo original, y como ha sucedido en otros países de nuestra región con el defensor del pueblo español, en varias oportunidades.

II. DOCTRINA LATINOAMERICANA SOBRE LA INSTITUCIÓN

5. Como hemos sostenido anteriormente, los juristas de nuestra región se han ocupado hace poco tiempo del análisis del *Ombudsman*, especialmente desde el punto de vista comparativo, pero los estudios se han desarrollado rápidamente en los últimos años y están formando una base teórica muy sólida que ha servido de apoyo para la iniciación legislativa y seguramente será la base fundamental para la evolución de este instrumento protector de los derechos fundamentales, en el futuro próximo.

6. Podemos afirmar que una primera etapa ha consistido en la divulgación de la institución a través del estudio del modelo escandinavo, como el realizado por el profesor Lucio Cabrera Acevedo en el año de 1961.⁵ Varios años más tarde, es decir en 1973, se publicó en nuestro país la traducción castellana del excelente libro por el tratadista canadiense, profesor Donald C. Rowat, en el cual se contienen estudios de expertos de diversos países sobre la institución, así como el texto de varios ordenamientos legales

⁵ "Una forma política de control constitucional. El comisionado parlamentario de Escandinavia, en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núm. 42, septiembre-diciembre de 1961, pp. 573-580.

y de proyectos que entonces se encontraban en discusión en los organismos parlamentarios. Además se incluye un prólogo del tratadista mexicano Daniel Escalante, en el cual explicó el alcance de la institución.⁶

7. Por lo que se refiere a México, el instrumento de fiscalización de la administración pública en beneficio de los gobernados ha despertado el interés de nuestros tratadistas, al menos en los últimos años, y además de los análisis comparativos del autor de estas líneas, uno de carácter monográfico, que contiene los materiales utilizados en un curso anual de El Colegio Nacional⁷ y otros dos en estudios más amplios sobre la protección jurídica de los Derechos Humanos en el ámbito interno;⁸ asimismo, se han presentado algunas tesis de licenciaturas en la Facultad de Derecho de nuestra Universidad Nacional y en la Escuela Libre de Derecho, que indican la creciente preocupación por conocer la institución con mayor profundidad.⁹

8. En cuanto al ámbito latinoamericano, también advertimos una tendencia cada vez más vigorosa de los juristas de nuestra región para divulgar la figura del *Ombudsman* con propósitos de su implantación pero tomando en cuenta nuestra tradición jurídica común. Un primer ensayo lo constituye el análisis comparativo realizado por el conocido constitucionalista venezolano, profesor Humberto J. La Roche, pero sin formular todavía proposiciones concretas para su introducción en ese país sudamericano.¹⁰

9. A su vez, el destacado tratadista colombiano, profesor Carlos Restrepo Piedrahita, analizó los diversos proyectos presentados ante el Congreso de su país, a partir de la proposición formulada por el senador

⁶ *El Ombudsman, defensor del ciudadano*, trad. de Eduardo L. Suárez, México, FCE, 1973, p. 462.

⁷ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "Reflexiones comparativas sobre el *Ombudsman*", *Memoria de El Colegio Nacional*, 1979, México, 1980, pp. 99-149.

⁸ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "Introducción al estudio procesal comparativo de la protección interna de los derechos humanos", *Veinte años de evolución de los derechos humanos*, México, UNAM, 1974, pp. 263-273; y en *La protección procesal de los derechos humanos*, cit. *supra*, nota 2, capítulo VI, "La solución escandinava: el *Ombudsman*", pp. 281-344.

⁹ Cfr. Las tesis mimeografiadas: Nuria Vidal y Ortiz, *El Ombudsman y el amparo mexicano*, México, 1969; Laura Martín del Campo Steta, *Las instituciones de control sobre la administración pública federal. Un estudio comparado del Ombudsman y un proyecto para introducirlo en México*, 1980; Jorge Pulido Vázquez, *Incorporación del Ombudsman a la administración pública federal*, México, 1978 y Gerardo Mota Álvarez, *El Ombudsman y su establecimiento en México*, 1981. Las dos primeras fueron presentadas en la Facultad de Derecho de la UNAM y las dos últimas en la Escuela Libre de Derecho.

¹⁰ "El *Ombudsman* en los países nórdicos y el caso de Venezuela", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zulia*, núm. 19, Maracaibo, 1967, pp. 9-60.

Augusto Espinoza Valderrama en julio de 1964, y algunos otros posteriores, en los cuales se pretendió establecer el *Ombudsman* en su sentido clásico, con los nombres de “veeduría de la administración”, “procurador parlamentario” o “defensor de los Derechos Humanos”.¹¹

10. También con el propósito de profundizar y extender el conocimiento de la institución en sus respectivos países, podemos mencionar los trabajos realizados por el chileno Eduardo Soto Kloss¹² y los costarricenses Enrique Rojas,¹³ Hugo Alfonso Muñoz Q. y Carlos Rivera B.¹⁴

11. Una mención especial debe hacerse del distinguido jurista argentino, profesor Miguel M. Padilla, quien ha sido el promotor de un importante proyecto legislativo (ver *infra*, párrafo 18); ha redactado un libro¹⁵ y varios artículos, en los cuales analiza con cuidado la institución con objeto de lograr su introducción en el ordenamiento constitucional argentino y también para distinguirlo de otros instrumentos paralelos con los cuales puede confundirse;¹⁶ además, ha organizado una reunión latinoamericana sobre el *Ombudsman* (ver *infra*, párrafo 15).

12. Los conocidos tratadistas guatemaltecos Jorge Mario García LaGuardia y Eduardo Vázquez Martínez publicaron un libro que influyó de manera considerable en el constituyente que elaboró la Constitución democrática de 1985, obra en la cual propusieron (lo que en efecto ocurrió pero con otra denominación, (ver *infra*, párrafo 43), se consagrara la figura

¹¹ “La idea del *Ombudsman* en Colombia”, en Manuel Ramírez, *El control parlamentario del gobierno en las democracias pluralistas*, Barcelona, Labor, 1978, especialmente pp. 442-454.

¹² “El *Ombudsman* nórdico-sajón: un control de confianza”, *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración, 1970-1971*, vol. II. Caracas, 1972, pp. 355-375.

¹³ “El *Ombudsman*, protector de ciudadanos frente a la administración pública y vigilancia de las libertades públicas”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, núm. 30, San José de Costa Rica, septiembre-diciembre de 1976, pp. 147-186.

¹⁴ “El *Ombudsman* (posibilidad de incorporarlo en Costa Rica)”, *Revista Jurídica de Costa Rica*, núm. 10, diciembre de 1978, pp. 35-43.

¹⁵ *La institución del comisionado parlamentario (el Ombudsman)*, Buenos Aires, 1972

¹⁶ “El *Ombudsman* y la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas: dos instituciones diferentes”, *La Ley*, Buenos Aires, 9 de septiembre de 1983, pp. 1-4; y “La Constitución y el *Ombudsman*”, *El Derecho*, Buenos Aires, 10 de agosto de 1984, pp. 1-3. Este último estudio consigna los trabajos publicados por varios tratadistas argentinos sobre el *Ombudsman* en los años recientes, lo que indica la preocupación reciente por su implantación. A su vez, el entonces diputado Carlos Alberto Auyero, quien presentó en 1975 el proyecto sobre el comisionado del Congreso, publicó un breve artículo intitulado “El comisionado del Congreso como garantía de los derechos”, *Discrepancias*, Buenos Aires, enero de 1983, pp. 25-26.

del *defensor del ciudadano*, de acuerdo con la concepción clásica del *Ombudsman*, es decir como delegado autónomo del Congreso, es su función complementaria de los procedimientos de control del poder público y en especial de la administración, con la doble finalidad de asegurar la adecuada actividad administrativa y tutelar de los derechos de las personas frente a la propia administración a través de un mecanismo sencillo, sin formalismos, expedito y sin facultades de revisión.¹⁷

13. Dentro de este sector doctrinal deben consignarse las reuniones de ámbito latinoamericano que se han efectuado en los últimos años con el propósito de unir los esfuerzos de los juristas de la región que se han interesado por el *Ombudsman* y lograr su implantación en los ordenamientos de nuestros países. El primer evento de esta índole se denominó Primer Coloquio sobre el Proyecto "*Ombudsman para la América Latina*", y se celebró en la ciudad de Caracas, Venezuela, los días 2 al 4 de junio de 1983. Entre los trabajos presentados deben destacarse: el de carácter colectivo, que configuró la *ponencia venezolana*¹⁸ y el de trascendencia latinoamericana, elaborado por el notable tratadista uruguayo profesor Héctor Gros Espiell, actual juez de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Consideramos conveniente transcribir la conclusión a que llega el último autor.

... Las dificultades jurídicas son muchas, los obstáculos políticos pueden ser muy grandes, pero nada de esto obsta a que iniciemos los estudios de fondo, partiendo de la *aceptación inicial de la idea de que la creación de una institución del tipo de Ombudsman en la América Latina es, en principio, deseable y que su establecimiento es útil y puede llegar a ser necesario*.¹⁹

14. En ese coloquio se aprobaron dos proposiciones significativas, la calificada como Declaración de Caracas, en el cual, dentro de otras manifestaciones, destaca la relativa a: "Contribuir en nuestros recursos intelectuales, profesionales o políticos a la difusión, discusión y *acuerdo con las necesidades y características específicas de cada sociedad*."

15. Otro acuerdo importante que se tomó en ese evento, fue la creación del Instituto Latinoamericano del *Ombudsman*: "... para ayudar

¹⁷ *Constitución y orden democrático*, Guatemala, Universidad de San Carlos, 1984, pp. 191-196.

¹⁸ Elaborado por los profesores Carlos Guerón, Freddy Muñoz, Cecilia Sosa, Raúl Arrieta, María Elena Fernández V. y Marison García, Caracas, 1983, 79 p. (mimeografiado).

¹⁹ "El *Ombudsman*. Su interés e importancia en la actual situación política y jurídica de América Latina", Caracas, 1983, pp. 14 (mimeografiado).

a coordinar los esfuerzos dedicados al estudio, la proyección y la instauración de la institución en los distintos países de América Latina, según los términos del acta constitutiva y los reglamentos aprobados en el Coloquio”.

16. En una esfera más reducida, es decir, exclusivamente por lo que se refiere al ordenamiento de Guatemala y tomando en cuenta la entonces próxima restauración del orden constitucional, en las Jornadas Constitucionales organizadas por el Colegio de Abogados de ese país en el mes de mayo de 1984 se presentó la ponencia de Edgar Alfredo Balsells Tojo en la que propuso la incorporación en la proyectada y nueva Constitución de un organismo denominado *procurador de los derechos humanos* para evitar la constante violación de los derechos fundamentales y que pudiera remediar y restablecer los propios derechos vulnerados. Esta proposición fue aceptada y se acordó recomendar la creación del citado procurador.²⁰

17. La reunión más reciente de este género se efectuó en la ciudad de Buenos Aires durante los días 13 a 15 de noviembre de 1985 con la denominación de “Primer Simposio Latinoamericano del *Ombudsman*” y fue organizada por el profesor Miguel M. Padilla, con el apoyo de la Asociación Internacional de Abogados, precisamente con el propósito de promover la consagración del *Ombudsman* en los ordenamientos latinoamericanos. A este evento, además de numerosos juristas de nuestra región interesados en esta institución tutelar, asistió el defensor del pueblo español, el conocido y distinguido tratadista profesor Joaquín Ruiz Jiménez (quien además ha sido invitado a varios países de América Latina para divulgar la experiencia de la institución española que lleva más de dos años de excelente y fructífera labor protectora).²¹

III. PROYECTOS DE REFORMA CONSTITUCIONAL O DE CARÁCTER LEGISLATIVO

18. Existen varios proyectos para el establecimiento de instituciones inspiradas en el *Ombudsman*, presentadas a los organismos legislativos de Argentina y de Costa Rica; también podemos señalar el introducido en el

²⁰ Cfr. Jorge García Laguardia y Edmundo Vázquez Martínez, *Constitución y orden democrático*, cit. *supra*, nota 17, p. 196.

²¹ Sobre la visita del *defensor del pueblo* español, profesor Ruiz Jiménez, al Perú, en 1984, puede consultarse el artículo publicado por Alberto Bustamante Belaúnde, “El defensor del pueblo. España y Perú”, en *Diario de la República*, Lima, 10 de abril de 1984, p. 11.

Congreso local del estado de Nuevo León, en nuestro país. Por lo que se refiere a Argentina, el principal promotor de iniciativas legislativas lo ha sido el profesor Miguel M. Padilla, quien en la época final del gobierno constitucional argentino anterior al golpe militar de 1976, inspiró el proyecto presentado por varios legisladores argentinos encabezados por Carlos A. Auyero, en la Cámara de Diputados de la nación a mediados de 1975 para establecer la *Oficina del Comisionado del Congreso*, designado por éste, pero con autonomía funcional, con la atribución esencial de recibir quejas de los administrados o denuncias de los órganos del gobierno contra los actos de la administración, con objeto de investigarlas y formular dictámenes no obligatorios dirigidos a tutelar los derechos de los gobernados.

19. Esta iniciativa, que por la interrupción de la vida institucional a que dio lugar el citado golpe militar de 1976 y que se prolongó por varios años, ni siquiera llegó a dictaminarse, pero fue reelaborada nuevamente en 1983 y presentada de nuevo como segundo anteproyecto ante la misma Cámara de Diputados, con motivo del reciente restablecimiento del orden constitucional. El artículo 2o. del nuevo anteproyecto propone la siguiente disposición:

Créase, bajo la denominación de “Comisionado del Congreso”, un cargo cuyo titular recibirá, en las condiciones fijadas por la presente ley, los reclamos o denuncias concernientes, en sus relaciones con los administrados, al funcionamiento de las dependencias de la Administración Pública, los entes descentralizados y las empresas públicas o privadas prestatarias de un servicio público a que se refiere el artículo 7o. Los reclamos o denuncias mencionados se referirán a comportamientos inapropiados; errores, negligencias o descuidos de alguna significación; demoras excesivas en la atención del público y tramitación de actuaciones; disposiciones irrazonables; incumplimiento o transgresiones a las leyes; equivocadas interpretaciones de las mismas, dolo y abuso del derecho; y en general, actos u omisiones que traduzcan en desconsideración, error, arbitrariedad o ilegitimidad en detrimento de los administrados...

20. Tomando en cuenta los anteproyectos mencionados, el diputado nacional, profesor Jorge Reinaldo A. Vanossi, destacado y conocido constitucionalista argentino, presentó una iniciativa ante su propia Cámara en los comienzos de 1985 para proponer la creación del *defensor del pueblo*, designado por ambas cámaras del Congreso Federal, pero con autonomía funcional, y con la atribución esencial de recibir las quejas y denuncias de los administrados para protegerlos contra las injusticias, las irregularidades y los errores administrativos. En la parte relativa a los fundamentos del

proyecto, su autor expresa que se trata de la institución conocida como *Ombudsman* o comisionado del Congreso, entre otras denominaciones, y que no puede considerarse de una vasta experiencia en el derecho comparado, con resultados positivos y amplio consenso popular, y concluye:

En resumen, no se trata de un remedio mágico, ni de una panacea que solucionará los numerosos problemas argentinos. No obstante ello tengo confianza en que realizará un control dinámico, y en cada caso, concreto, moralizador de la administración pública, para determinar la existencia de responsabilidad a fin de que ningún funcionario esté ajeno respecto a la rendición de cuentas por el desempeño de su gestión y dar la conciencia necesaria a los ciudadanos de que disponen de un instrumento válido para defender sus derechos.²²

21. Otro proyecto fue presentado a la Asamblea Legislativa de Costa Rica en el mes de noviembre de 1979 por un grupo de diputados pertenecientes al Partido de Liberación Nacional, y quienes entre otras reformas a la Constitución de 1949, actualmente en vigor, propusieron una adición al artículo 48 de dicha carta fundamental, que regula el llamado recurso de amparo, en los siguientes términos:

Para hacer administrativamente efectivo el disfrute de los derechos y garantías constitucionales, con excepción de las políticas, existirá un defensor de los Derechos Humanos, el cual será designado por votación no menor de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea Legislativa para un periodo de seis años, pudiendo ser reelecto. Deberá reunir los mismos requisitos que exige esta Constitución para los magistrados de la Suprema Corte de Justicia y tendrá las mismas inmunidades y prerrogativas que éstos. Una ley constitucional regulará la organización y funcionamiento de este órgano. Su remoción sólo procederá por causa justa, previa comprobación y por la misma mayoría de votos requerida para su nombramiento.²³

²² Cámara de Diputados, *Diario de Debates*, Buenos Aires, 1985, pp. 4291-4294. Debe tomarse también en cuenta el diverso proyecto presentado el 22 de marzo de 1984 por los senadores nacionales Eduardo Nicolás Sánchez y Eduardo Menem, ante la Cámara respectiva, para la creación de la *Defensoría del Pueblo*.

²³ En la parte relativa de la exposición de motivos del proyecto se afirma: "Se impone crear en Costa Rica la figura que en otras democracias se llama *Ombudsman*. La hace necesaria la urgente protección del individuo frente a la potestad pública. Esta interviene cada vez más en la vida social. Téngase presente que este funcionario será en síntesis, un control de la tarea administrativa, ejercido por la sociedad a través de un órgano jurídico independiente, con amplios poderes de fiscalización: de ahí que el nombre de mediador se ha adoptado en Francia para designar al *Ombudsman*, ya que es un mediador entre la administración pública y el administrado"; *cfr. Conjunto de reformas parciales a la Constitución política presentado a conocimiento de la Asamblea por la fracción del Partido Liberación Nacional* (mimeografiado), San José, Costa Rica, noviembre de 1979, pp. 21-28.

22. También debemos considerar interesante, por referirse al ordenamiento mexicano, aun cuando en el ámbito local, la iniciativa presentada el 23 de diciembre de 1978, ante la legislatura del estado de Nuevo León, por el entonces gobernador doctor Pedro Zorrilla Martínez, conocido tratadista de derecho público, para establecer una Dirección para la Defensa de los Derechos Humanos, dependiente del propio gobierno de dicha entidad federativa, con objeto de realizar todo tipo de gestiones, complementarias de los instrumentos jurídicos ya existentes para proteger dichos derechos fundamentales, tanto los consagrados en la Constitución federal como en la de la citada entidad, y por supuesto comprendía la investigación de las quejas y reclamaciones de los gobernados contra las autoridades, tanto municipales, estatales o federales, con el deber de la citada dirección para llevar y hacer pública una relación de los casos atendidos y para constituir futuras bases de legislación o procedimiento de defensa (artículos 1o. a 7o. del citado proyecto, que no tuvo consagración legislativa).²⁴

IV. INSTITUCIONES PARALELAS: PROCURADURÍAS DEL CONSUMIDOR Y EL MINISTERIO PÚBLICO

23. Pero con independencia del posible establecimiento del *Ombudsman* en sentido estricto, es decir, con objeto de fiscalizar las actividades de las autoridades administrativas, en algunos de los países latinoamericanos se ha dado un primer paso al introducir una institución similar a través de la protección al débil en el consumo, que en los ordenamientos de Suecia, Noruega y Dinamarca están encomendados a funcionarios calificados como *Ombudsman*.²⁵

24. En esta dirección, podemos mencionar las leyes de Protección y Defensa del Consumidor, expedidas en Venezuela (5 de agosto de 1974), y en Costa Rica (28 de febrero de 1975 con reformas de 22 de septiembre de 1982), así como la Ley Federal de Protección al Consumidor expedida por el Congreso federal mexicano el 19 de diciembre de 1975 y en vigor a

²⁴ De acuerdo con el artículo 10 de dicho proyecto: "La Dirección para la Defensa de los Derechos Humanos en el Estado contará con oficinas encargadas de ofrecer y asegurar la asesoría y la representación legal que esta ley otorga, e integrará a los Defensores de Derechos Humanos que se requieran, que podrán trabajar directamente en las dependencias o localidades en que a juicio del titular del Ejecutivo sea necesario, en cualquier parte del Estado de Nuevo León. Todas las autoridades y particulares les prestarán la más amplia ayuda para el cumplimiento de sus obligaciones que son el mayor interés público."

²⁵ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *La protección procesal*, cit., *supra*, nota 8, pp. 288, 291 y 292.

partir del 5 de febrero de 1976, que creó la institución denominada Procuraduría Federal del Consumidor.

25. Hacemos hincapié en la legislación mexicana debido a que la citada Procuraduría ha tenido una evolución muy importante en nuestro ordenamiento y se ha desarrollado en todo el territorio nacional por conducto de numerosas delegaciones. Según el artículo 57 del referido ordenamiento mexicano, la citada Procuraduría Federal del Consumidor es un organismo descentralizado de servicio social, con funciones de autoridad, con personalidad jurídica y patrimonio propio, establecido para promover y proteger los derechos e intereses de la población consumidora; a su frente, según los artículos 60 y 61 del citado ordenamiento, se encuentra el funcionario denominado Procuraduría Federal del Consumidor, designado por el presidente de la República, por lo que entraría, en su caso, dentro de la categoría de *executive Ombudsman*, si bien todavía con atribuciones imprecisas en cuanto a investigación y recomendaciones. Por otra parte, la actividad de la Procuraduría respectiva está dirigida a fiscalizar las actividades de los proveedores de bienes y servicios en beneficio de los consumidores, y sólo excepcionalmente actúa respecto de autoridades administrativas.²⁶

26. Advertimos como diferencias esenciales de la citada Procuraduría respecto del *Ombudsman* como fiscalizador de las actividades administrativas en sentido propio, además de la diversa materia, mercantil o administrativa según el caso, que el titular del organismo mexicano no posee de verdadera autonomía funcional puesto que puede ser designado y removido libremente por el presidente de la República, y además carece de la obligación de rendir informes, específico y el de carácter anual, lo que constituye uno de los aspectos esenciales de las actividades del *Ombudsman* en estricto sentido, pues a través de estos informes la institución ejerce una presión moral de gran importancia sobre las autoridades administrativas, y además le permiten señalar las medidas necesarias para mejorar los servicios públicos y corregir errores y deficiencias, si bien el artículo 66 de la ley otorga a la mencionada Procuraduría Federal del

²⁶ Cfr. Jorge Barrera Graf, "La ley de protección al consumidor"; María de Lourdes Codinach, "Protección al consumidor", ambos en la revista *Jurídica*, núms. 8 y 10, julio de 1976 y julio de 1978, pp. 194-202, y tomo I, pp. 321-349, respectivamente, y José Ovalle Favela, "Algunos problemas procesales de la protección al consumidor en México", *Anuario Jurídico V*, 1978, México, UNAM, 1979, pp. 37-54, reproducido posteriormente en sus *Estudios de derecho procesal*, México, UNAM, 1981, pp. 253-270.

Consumidor, en virtud del desempeño de las funciones que le corresponden, medios de apremio, como la multa y el auxilio de la fuerza pública.²⁷

27. Existe también la tendencia en algunos ordenamientos latinoamericanos de conferir al *Ministerio Público*, como institución que representa el interés social, la defensa de los derechos de los gobernados por conducto de la atribución de recibir las quejas y denuncias de los ciudadanos contra las actividades de las autoridades administrativas que lesionan sus derechos e intereses legítimos, con objeto de gestionar su reparación, y por ello se ha sostenido que en estos supuestos el citado Ministerio Público realiza funciones de *Ombudsman*.

28. Un primer ensayo lo descubrimos en las reformas constitucionales de diciembre de 1979 a la Constitución colombiana de 1886. En dichas reformas se modificaron los artículos 142 y 143 de dicha carta fundamental para atribuir al Procurador General de la Nación (designado para un periodo de cuatro años por la Cámara de Representantes de una terna enviada por el presidente de la República), las facultades de defender los Derechos Humanos y la efectividad de las garantías sociales, para lo cual dicho procurador debía pronunciarse sobre las quejas que recibiera por violación de dichos derechos y garantías en que incurrieran los funcionarios y empleados públicos; verificarlas y darles el curso legal correspondiente; vigilar la conducta oficial de los funcionarios y empleados públicos y ejercer sobre ellos el poder disciplinario directamente o suscitando la imposición de la sanción, sin perjuicio de las atribuciones de los respectivos superiores jerárquicos; presentar informe anual al Congreso sobre el ejercicio de su cargo, y enviar a la consideración del mismo Congreso proyectos de ley relativos a su cargo y especialmente a la defensa de los Derechos Humanos y al respecto de las garantías sociales.

29. Con motivo de estas modificaciones se elaboró un anteproyecto para reglamentar la estructura, atribuciones y organización de la Procura-

²⁷ En efecto, el artículo 66 de la Ley Federal de Protección al Consumidor, tal como fue reformado por decreto publicado el 7 de febrero de 1985, establece que: "La Procuraduría Federal del Consumidor, para los efectos de las funciones que le atribuye esta ley, podrá emplear los siguientes medios de apremio: I. Multa hasta el importe de cien veces el salario mínimo general diario correspondiente al Distrito Federal. En caso de que persista la infracción podrán imponerse multas por cada día que transcurra sin que se obedezca el mando respectivo. De reincidir el proveedor se está a lo dispuesto en el artículo 88 (en caso de reincidencia se duplicará la multa). II. El auxilio de la fuerza pública. Si fuere insuficiente el apremio se procederá contra el rebelde por el delito en contra de la autoridad."

duría General de la Nación, y en él se propuso la creación de una Procuraduría Delegada para la Defensa de los Derechos Humanos, con la facultad de recibir las quejas y reclamos sobre violación, por parte de las autoridades e inclusive por particulares, de los derechos fundamentales; solicitar las informaciones necesarias; realizar las investigaciones pertinentes; practicar visitas a establecimientos e instituciones donde se denunciaran violaciones de los propios derechos; al respecto, la citada Procuraduría podía hacer sugerencias y exigir las medidas que debían tomarse dentro de un plazo razonable, etcétera.

30. Sin embargo, estas reformas constitucionales no pudieron llevarse a la práctica (y por ello, además quedó sin base el proyecto de la ley orgánica respectiva) en virtud de la extensa y fundamental sentencia pronunciada por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de Colombia con fecha 3 de noviembre de 1981, por la cual declaró inexecutable (inconstitucionales), las propias reformas, por vicios de carácter procesal; fallo que provocó un grave conflicto con el Ejecutivo, cuyo titular aceptó finalmente cumplir con la decisión, la cual fue objeto, además de varios salvamentos de voto (voto de decencia o particulares), lo que nos indica el carácter controvertido de dicha resolución.²⁸

31. En un grado menor que las frustradas reformas colombianas de 1979, en la reciente Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República Mexicana promulgada el 17 de noviembre de 1983, se confirió al Ministerio Público Federal, presidido por el procurador general de la República, entre sus atribuciones generales, la de vigilar la observancia de los principios de constitucionalidad y de legalidad en el ámbito de su competencia, sin perjuicio de las facultades que legalmente correspondan a otras autoridades jurisdiccionales o administrativas (artículo 2o. fracción I). Dentro de esta función de vigilancia se dispone que cuando los particulares presenten al Ministerio Público quejas por actos de otras autoridades, que no constituyan delitos del orden federal, aquél las pondrá en conocimiento de la autoridad a la que corresponda resolver, y podrá orientar al interesado sobre la atención que legalmente corresponda al asunto de que se trata (artículo 3o., fracción III, segundo párrafo). Esta función corresponde específicamente a la Contraloría de la citada Procuraduría según el artículo 11, fracción II de su reglamento interno.

²⁸ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *La protección procesal*, cit., *supra*, nota 8, pp. 364-365.

32. Doctrinalmente, el conocido tratadista mexicano, profesor Juventino V. Castro, había sostenido que era posible la creación de un *Ombudsman* ejecutivo dentro del ámbito de las facultades del presidente de la República, con apoyo en el artículo 8º de la Ley Orgánica de la Administración Pública,²⁹ y en cierta manera esto es lo que se ha pretendido realizar, pero en forma muy limitada y complementaria, tomando en cuenta que en el ordenamiento mexicano, el Ministerio Público Federal (como el del Distrito Federal) depende en forma directa del presidente de la República, quien designa y remueve a su titular, es decir, al procurador general de la República.³⁰

33. Los tratadistas que se han ocupado del análisis de las mencionadas atribuciones del Ministerio Público Federal para recibir quejas de los gobernados sobre la conducta de otros funcionarios, especialmente administrativos, que afecten sus derechos constitucionales y legales, consideran que se trata de una función similar a la del *Ombudsman*, aun cuando en México carezca de autonomía funcional, y además no le compete formular dictámenes para proponer soluciones a las autoridades respectivas ni tampoco elaborar informes periódicos sobre las reclamaciones que se le proponen y los resultados de sus gestiones.³¹

34. Resultan significativas las reflexiones del notable jurista mexicano y actual procurador general de la República, profesor Sergio García Ramírez, sobre esta facultad del Ministerio Público Federal, ya que se había intentado en 1971 en la Procuraduría de Justicia del Distrito Federal, cuando era titular de esa dependencia:

En realidad, lo que aquí se está intentando es la prudente intervención del Ministerio Público para prevenir o resolver conflictos. En este interés aflora el germen de lo que pudiera ser, con las modalidades y correcciones de las

²⁹ "El *Ombudsman* escandinavo y el sistema constitucional mexicano", en sus *Ensayos constitucionales*, México, Textos Universitarios, 1977, pp. 112-127.

³⁰ Cfr. entre otros, Juventino V. Castro, *El Ministerio Público en México. Funciones y disfunciones*. 6a. Ed., México, Porrúa, 1985; y Héctor Fix-Zamudio, "La función constitucional del Ministerio Público", en *Anuario Jurídico V*, 1978, México, UNAM, 1979, pp. 145-195.

³¹ Cfr. Sergio García Ramírez, "La nueva Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República"; Fernando Baeza Meléndez, "Comentarios a la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República", y especialmente, Manuel López Bernal, "Política de control interno y *Ombudsman* en la Procuraduría General de la República. *La reforma jurídica en 1983 en la administración de justicia*, México, 1984, pp. 481, 507 y 521-536, respectivamente. Además, el mismo Fernando Baeza Meléndez, "Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República", en la diversa obra *Derecho federal mexicano. Legislación reformada en 1983*, México, Miguel Ángel Porrúa, 184, tomo I, pp. 383-455.

circunstancias y la experiencia exijan de un *Ombudsman* mexicano. De esta figura, que tan distintas expresiones posee en el Derecho comparado, la Ley Orgánica de Procuraduría toma la facultad para entender a los particulares, fuera de las sedes administrativa y jurisdiccional regulares; adopta, también el carácter no imperativo de la gestión del Ministerio Público...³²

V. LA CREACIÓN DE LOS PRIMEROS INSTRUMENTOS ESPECIALMENTE EN EL ÁMBITO LOCAL

35. En otros ordenamientos se han establecido organismos locales de fiscalización administrativa con las funciones propias del *Ombudsman*, y para no citar sino algunos ejemplos, podemos mencionar los creados en las ciudades de Zürich y París, así como los de carácter local en Inglaterra, Gales y Escocia.³³ También en esta dirección es posible señalar los ejemplos de instituciones similares en el ámbito regional, como ha ocurrido con *Il Difensore Civico* en Italia y con los organismos equivalentes del defensor del Pueblo, en España.³⁴ Ya habíamos señalado en un estudio anterior que en ocasiones es más sencillo introducir la institución tutelar a nivel local, que con dimensiones nacionales.³⁵

36. Esta situación se ha presentado en algunos de nuestros países, entre ellos México, puesto que con independencia del defensor de los

³² Cfr. Sergio García Ramírez, *op. ult. cit.*, p. 481.

³³ Cfr. Vontobel Jacques, *L'Ombudsman de la Ville de Zürich: Mediateur entre les citoyens, et l'administration (un exemple d'une institution communale d'Ombudsman)*, y David Clark, *The city of Paris Mediateur. An Ombudsman a la Française*, ambos trabajos publicados mimeográficamente por el International Ombudsman Institute Alberta, Canadá, agosto de 1981 y 1983, respectivamente, Victor Moore y Harry Sales (directores del Comité), *The Local Ombudsmen. A review of the first five years*, London, Justice, 1980.

³⁴ Cfr. Pizzeti Franco, *L'Ombudsman nelle Regione a negli altri enti territoriale*, en Constantino Mortati, *L'Ombudsman (il difensore civico)*, Torino Utet, 1974, pp. 209-225; Giuseppe Vergottini, de "L'Ombudsman, esperience e prospective", *Diritto e società*, Firenze, septiembre de 1973, pp. 817-822. Por lo que se refiere a España, son varios los estatutos de Regiones Autónomas que consagran figuras similares al defensor del pueblo, con denominaciones de acuerdo con la tradición local. Podemos mencionar la expedición de varias leyes reglamentarias, entre ellas la promulgada el primero de diciembre de 1983 por la Junta de Andalucía, sobre el *Defensor del Pueblo Andalúz*, publicada en el *Boletín Oficial* de 9 de diciembre siguiente; la Ley de 20 de marzo de 1984 del Parlamento de Cataluña, publicado en el *Diario Oficial* de 28 del propio marzo, sobre el "*Sindic de Greuges*"; y la ley de 27 de diciembre de 1984, publicada el 7 de febrero de 1985, del Parlamento de Canarias, sobre el *Diputado del Común*. Además se han presentado varios proyectos entre ellos el de 30 de junio de 1983 ante el parlamento vasco para la creación del "*Ararteko*"; y el de junio de 1985 ante las cortes de Aragón para establecer el *justicia de Aragón*.

³⁵ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "Posibilidades de innovación institucional en las entidades federativas", en José Francisco Ruiz Massieu y Diego Valadez, *Nuevo derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 1983, pp. 300-307.

derechos universitarios creado en el estatuto aprobado por el Consejo Universitario de la UNAM el 29 de mayo de 1985, y del cual se ocupa en este acto su titular, el destacado mercantilista profesor Jorge Barrera Graf, podemos hacer referencia al primer organismo que se inspira en el modelo clásico del *Ombudsman* pero a nivel municipal. Nos referimos al *procurador de vecinos* creado por acuerdo del ayuntamiento de la ciudad de Colima, capital del mismo nombre, el 21 de noviembre de 1983.

37. En las consideraciones de dicho acuerdo municipal se hace referencia expresa al *Ombudsman* como organismo tutelar de los derechos de los administrados. En los preceptos relativos se establece que el citado procurador de vecinos será designado por el cabildo a propuesta del presidente municipal, con las atribuciones de recibir e investigar en forma expedita las quejas, reclamaciones y proposiciones que por escrito y oralmente presenten los afectados por la actividad de la administración pública local, y como resultado de dicha investigación, proponer a la autoridad respectiva vías de solución a las cuestiones planteadas, que no tendrán carácter imperativo, y además deberá rendir anualmente al citado cabildo municipal un informe de sus actividades, incluyendo las propuestas de solución y las respuestas de las autoridades requeridas con las proposiciones de reformas al procedimiento y a las leyes que regulan las actividades de la administración pública local. Como puede observarse, al menos en teoría, pues no tenemos datos de su eficacia práctica, se han incluido las funciones esenciales de la institución.

38. Con apoyo en este ejemplo del municipio de la ciudad de Colima, dicha institución del procurador de vecinos se institucionalizó en la Ley Orgánica Municipal del estado del mismo nombre publicado en el periódico oficial de dicha entidad federativa de 8 de diciembre de 1984, puesto que, según sus artículos 94 y 95, los cabildos municipales pueden designar, a propuesta del presidente municipal, al citado funcionario con las mismas atribuciones de recibir e investigar las quejas de los habitantes del municipio respectivo contra la actividad de la administración pública local; proponer soluciones y rendir los informes anuales correspondientes.

39. Con estas mismas características, hemos tenido noticias de que el Consejo Deliberante de la ciudad de Buenos Aires, capital federal de la República Argentina, ha aprobado la creación de un *Ombudsman* de carácter local con la denominación de *controlador general comunal*.

VI. LAS PROCURADURÍAS DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA LEGISLACIÓN DE COSTA RICA DE 1982 Y EN LA CONSTITUCIÓN DE GUATEMALA DE 1985

40. Con independencia del proyecto formulado ante la Asamblea Legislativa de Costa Rica en 1979, para establecer el *Ombudsman* con el nombre de defensor de los Derechos Humanos (ver *supra*, párrafo 21), debe mencionarse a la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de Costa Rica promulgada el 27 de septiembre de 1982, cuyo artículo primero define dicha institución como el órgano superior consultivo técnico jurídico de la administración pública y el representante legal del Estado en las materias propias de su competencia con independencia funcional y de criterio en el desempeño de sus atribuciones. Debe advertirse que el titular de esta oficina, es decir, el procurador general, es designado por el Consejo de Gobierno, pero su nombramiento deberá ser ratificado por la Asamblea Legislativa (artículo 10).

41. Dentro de esta Procuraduría General se establece una *Procuraduría de Derechos Humanos* de carácter específico con la función esencial de defender los Derechos Humanos de los habitantes de la República, a través de las investigaciones que considere pertinentes. Para ello recibirá las denuncias hechas por cualquier persona contra funcionarios o autoridades administrativas o de policía. En el ejercicio de sus funciones, dicha Procuraduría podrá inspeccionar oficinas públicas, sin previo aviso, y requerir de ellas documentos e informaciones necesarias para el adecuado cumplimiento de sus actividades de control (artículo 4o., inciso k).

42. En su presentación de este ordenamiento, el entonces procurador general de la República y distinguido constitucionalista, el profesor Hugo Alfonso Muñoz Q. (quien publicó, como dijimos anteriormente, un estudio sobre el *Ombudsman* —ver *supra*, párrafo 10—), señaló que la creación de la Procuraduría de Defensa de los Derechos Humanos dentro del seno de la Procuraduría General, representaba un esfuerzo del Estado costarricense en cuanto a la protección de las libertades fundamentales, y por ello debía considerarse como órgano único en América Latina.

43. Como resultado del restablecimiento del orden constitucional quebrantado por tantos años de regímenes militares, y con apoyo en los estudios doctrinales que mencionamos anteriormente (ver *supra*, párrafo 12) el Congreso Constituyente guatemalteco que elaboró la carta expedida

el 31 de mayo de 1985, pero que entró en vigor este año de 1986 con la elección del gobierno constitucional, estableció en su artículo 274 al *procurador de los Derechos Humanos* como comisionado del Congreso de la República para la defensa de los Derechos Humanos consagrados en la misma carta fundamental, y para ello tendrá facultades de supervisar la administración y rendirá informe anual al pleno del Congreso con el que se relacionará a través de una Comisión de Derechos Humanos.³⁶

44. Las atribuciones específicas del citado procurador consisten, de acuerdo con el modelo clásico del *Ombudsman*, en promover el buen funcionamiento y la agilización de la gestión administrativa gubernamental en materia de Derechos Humanos; investigar y denunciar comportamientos administrativos lesivos a los intereses de las personas, a través de la investigación de toda clase de denuncias que le sean planteadas por cualquier persona sobre la violación a los citados derechos; puede recomendar privada o públicamente a los funcionarios, la modificación de un comportamiento administrativo y también puede emitir censura pública por actos o comportamientos en contra de los derechos constitucionales.

45. Una función que debe destacarse en relación con este procurador de los Derechos Humanos de Guatemala (en virtud a los constantes estados de emergencia que han sufrido de manera constante y a veces de manera permanente varios países latinoamericanos, en los cuales se infringen gravemente los Derechos Humanos) es la que consiste en actuar de oficio o a instancia de parte con la debida diligencia para que, durante el *régimen de excepción*, se garanticen a plenitud los derechos fundamentales, cuya vigencia no hubiere sido expresamente restringida (artículo 275).

VII. CONCLUSIONES

46. De las breves reflexiones que hemos realizado anteriormente podemos llegar a las siguientes conclusiones:

³⁶ El artículo 273 de la citada Constitución de Guatemala establece: "*Comisión de Derechos Humanos y Procurador*. El Congreso de la República designará una Comisión de Derechos Humanos formada por un diputado por cada partido político representado en el correspondiente periodo. Esta comisión propondrá al Congreso tres candidatos para la elección de un procurador, que deberá reunir las calidades de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, y gozará de las mismas inmunidades y prerrogativas de los diputados al Congreso. La ley regulará las atribuciones de la Comisión y del Procurador de los Derechos Humanos a que se refiere este artículo."

47. *Primera.* A pesar del crecimiento acelerado de la institución del *Ombudsman* en numerosos ordenamientos contemporáneos a partir de la segunda posguerra, inclusive en las legislaciones de varios países que están en vías de desarrollo, y además a su consagración en las cartas fundamentales de Portugal y de España, que están próximas por tradición jurídica y cultural con nuestros países, ha sido muy reciente tanto la preocupación doctrinal como los intentos legislativos de introducir esta institución tutelar en el ámbito latinoamericano.

48. *Segunda.* Sin embargo, así sea con retraso, en los últimos años se advierte la preocupación de los juristas latinoamericanos por el estudio del *Ombudsman*, y por ello se han elaborado varios estudios, especialmente de tipo comparativo, y efectuado eventos académicos, con objeto de analizar con profundidad a la institución y divulgarla para lograr su establecimiento en las diversas legislaciones de nuestra región, pues existe el convencimiento de que llena una necesidad en la vida moderna, en la cual se observa un crecimiento inevitable de la administración pública.

49. *Tercera.* Con apoyo en los estudios mencionados, se han elaborado varios proyectos importantes en los organismos legislativos de algunos países de Latinoamérica en los que se propone introducir el *Ombudsman* ya sea con la designación de *comisionado del Congreso o defensor del pueblo*. Esto ha ocurrido en el Congreso argentino a partir de 1975 y al reanudarse la vida constitucional; o bien en el proyecto de reforma constitucional presentado en 1979 ante la Asamblea Legislativa de Costa Rica para consagrar en la carta fundamental a un *defensor de los derechos humanos*.

50. *Cuarta.* Como un primer paso dirigido a la posibilidad de crear a la institución tutelar, podemos mencionar, por una parte, la introducción de instrumentos paralelos, tales como las procuradurías del Consumidor (que en los países escandinavos también reciben la denominación de *Ombudsmen*) en los ordenamientos de Venezuela (1974), Costa Rica (1976) y en México (1976), aun cuando sus atribuciones se dirigen a proteger los derechos de los débiles en el consumo frente a los proveedores de bienes y servicios. También se han conferido al Ministerio Público facultades limitadas de tutela de los administrados a través de recepción e investigación de reclamaciones, en su carácter de representante de los intereses sociales. En este sentido podemos mencionar la reforma constitucional

colombiana de 1979 (la que quedó sin efecto en 1981 debido a una decisión de la Corte Suprema), así como la ley orgánica expedida en México en 1983, pues en ambos casos se atribuyeron dichas funciones a la Procuraduría General de la Nación o de la República, respectivamente.

51. *Quinta.* Una segunda etapa ha consistido en la consagración de organismos de fiscalización administrativa de acuerdo con el modelo del *Ombudsman* en legislaciones de carácter local, en especial, con ámbito municipal, y en este sentido podemos señalar al procurador de vecinos creado por el cabildo de la ciudad de Colima en 1984 e institucionalizado en la Ley Orgánica Municipal del Estado del mismo nombre, el año siguiente, así como la reciente introducción por el Consejo Deliberante de Buenos Aires, en su carácter de capital federal argentina, del organismo denominado contralor general comunal.

52. *Sexta.* Finalmente, toda esta evolución ha desembocado en el establecimiento de dos procuradurías de los Derechos Humanos, la primera en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Costa Rica, expedida en 1982, como una dependencia específica de este organismo; y la segunda, en la Constitución guatemalteca de 1985; ambas con la finalidad de recibir e investigar las quejas y denuncias de los gobernados en contra de las autoridades administrativas, formular dictámenes no obligatorios en los cuales propongan soluciones a las autoridades respectivas y rendir informes periódicos, en el segundo caso ante la Comisión de Derechos Humanos del Congreso de la República. Lo anterior nos indica que la introducción de instituciones similares al *Ombudsman*, que podía considerarse lejana en el ámbito latinoamericano hace pocos años, ahora se vislumbra como una posibilidad bastante próxima por la tendencia que se advierte cada vez con mayor vigor, de que no sólo resulta conveniente, sino indispensable, para contribuir, conjuntamente con otros instrumentos jurídicos y procesales, a la protección de los Derechos Humanos en un régimen de democracia social al que aspiran los ordenamientos latinoamericanos.

EL PAPEL DEL OMBUDSMAN EN LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES DIFUSOS

SUMARIO: I. Introducción. II. Concepto de intereses difusos, interpersonales o transpersonales. III. El desarrollo de los intereses difusos en el campo administrativo y judicial. IV. El nuevo concepto de legitimación procesal y las sentencias colectivas. V. Desarrollo de instrumentos jurídicos para la tutela de dichos intereses. VI. La evolución en Latinoamérica. VII. Los intereses difusos en el derecho mexicano. VIII. El *Ombudsman* y los intereses difusos. IX. Conclusiones. Bibliografía esencial.

I. INTRODUCCIÓN

1. El tema de los intereses difusos es uno de los más novedosos tanto en la doctrina como en la jurisprudencia y la legislación de nuestra época, ya que la cuestión se ha originado con motivo del desarrollo extraordinariamente dinámico de la tecnología contemporánea y que afecta no sólo a las naciones altamente industrializadas, sino también a los países en vías de desarrollo o inclusive subdesarrollados, que sufren los efectos de la destrucción del entorno ecológico.

2. El mismo nombre que se ha dado a dichos intereses se encuentra sujeto a controversia y en ocasiones se usan los vocablos transpersonales o interpersonales para calificarlos, pero en realidad el primer término es el más usado, pues si bien puede adolecer de imprecisión, es bastante gráfico para describir la afectación de la esfera jurídica de personas que no se encuentran organizadas, sino dispersas en diversos grupos sociales, y por lo tanto deben considerarse indeterminadas.

3. En realidad, los mencionados intereses difusos pertenecen al género de los intereses colectivos, en contraste con los de carácter individual que corresponden a las personas físicas. En efecto, frente a los clásicos derechos individuales que se han calificado también de "derechos de primera

generación”, empezaron a surgir en la segunda mitad del Siglo XIX los derechos e intereses de los grupos sociales organizados, que ahora se definen como económicos, sociales y culturales, denominados de la “segunda generación”, pero que pertenecen a personas que se han asociado para la defensa de los mismos, como lo son los sindicatos de trabajadores, las asociaciones de campesinos, las cámaras empresariales y los colegios profesionales, entre otros.

4. Es en este campo de los intereses colectivos en los que han surgido, según se ha dicho, en particular a partir de la segunda posguerra, nuevos tipos de derechos e intereses legítimos que no se pueden atribuir a grupos sociales determinados, sino a un número impreciso de personas, que resultan afectadas en cuanto al consumo, al medio ambiente, en los asentamientos urbanos, en el patrimonio artístico y cultural, entre otros, y que debido a su aparición de hace pocos años, apenas se inicia una evolución para encontrar los medios para protegerlos, entre ellos, los de carácter jurídico.

5. Por lo que se refiere a la protección de tales derechos e intereses por parte de la institución del *Ombudsman*, que también debe considerarse reciente en cuanto a su desarrollo fuera de los países escandinavos que le dieron origen, como un organismo técnico para recibir e investigar las reclamaciones de los particulares y de los grupos sociales contra actos u omisiones de carácter administrativo, en virtud de su carácter flexible, no requiere de los mismos requisitos ni sigue el mismo procedimiento de los tribunales judiciales, por lo que no ha presentado obstáculos para lograr la tutela de los citados intereses difusos, claro que con algunas incertidumbres derivadas de la misma naturaleza de tales intereses.

II. CONCEPTO DE INTERESES DIFUSOS, INTERPERSONALES O TRANSPERSONALES

6. En realidad no resulta sencillo proporcionar una idea, así sea aproximada, de este tipo de intereses, que por supuesto abarca también derechos subjetivos, pero se ha utilizado un concepto más amplio que estos últimos. Ya hemos dicho que pertenecen al género de los derechos colectivos y que han surgido en los años posteriores a la conclusión de la Segunda Guerra Mundial, debido al desarrollo excepcional de los adelantos tecnológicos y al progreso industrial, los que por una parte han producido resultados

positivos en muchos campos de la vida social, pero también efectos de carácter negativo, a veces en mayor proporción, puesto que han dañado seriamente la calidad de vida de los habitantes de nuestro planeta.

7. Estos fenómenos recientes han afectado de manera ostensible a numerosas personas y grupos, pero en forma diferente a lo que ocurre con los derechos de carácter económico, social y cultural, cuyo menoscabo afecta a determinados grupos sociales que se encuentran organizados para la defensa de tales derechos, pues como es sabido, han surgido desde la segunda mitad del siglo anterior los sindicatos de trabajadores, los organismos empresariales, las asociaciones campesinas y los colegios profesionales, entre los otros, que son los encargados de gestionar y defender dichos derechos e intereses.

8. Pero la evolución tecnológica, industrial y de comercio transnacional han producido afectaciones a derecho de intereses de personas que se encuentran dispersas y no se han organizado, debido a que dicho menoscabo no se encuentra en grupos sociales identificados, sino en forma muy amplia en diversos sectores, sociales, por lo que no resulta sencillo conocer ni identificar a los lesionados en su esfera jurídica en virtud de problemas contemporáneos tales como la prestación masiva de bienes y de servicios, la alteración del medio ambiente, la marginación en las sobrepobladas zonas urbanas y la constante destrucción del patrimonio artístico y cultural.

9. Por ese motivo, como un punto de partida podemos intentar una descripción provisional de los intereses difusos, como aquellos derechos subjetivos e intereses legítimos que corresponden a personas indeterminadas, pertenecientes a diversos grupos sociales, que se encuentran distribuidos en amplios sectores, de manera que no resulta fácil el establecimiento de los instrumentos adecuados para la tutela de los propios intereses, que se refieren esencialmente como se ha reiterado, al consumo, al medio ambiente, a los problemas urbanos y al patrimonio artístico y cultural, entre los más importantes.

III. EL DESARROLLO DE LOS INTERESES DIFUSOS EN EL CAMPO ADMINISTRATIVO Y JUDICIAL

10. De acuerdo con la doctrina más reciente, se advierte un gran desarrollo de los intereses difusos en relación con las autoridades adminis-

trativas, ya que dichas autoridades son las que pueden lesionar con mayor frecuencia tales intereses, en cuanto les corresponde dictar disposiciones reglamentarias, acuerdos generales o autorizaciones particulares para regular un número creciente de actividades que afectan a personas en forma determinada, puesto que a las propias autoridades les corresponde expedir, además, los permisos o licencias para la construcción de edificios públicos o privados, la apertura o reparación de avenidas o calles; la autorización de actividades mercantiles e industriales, etcétera.

11. Por ello es que con frecuencia se advierten reacciones en contra de ciertas actividades administrativas que pueden lesionar estos intereses indeterminados. Podemos dar unos casos de todos los días: la licencia para el establecimiento de una fábrica altamente contaminante; la construcción de edificios de gran altura en una zona residencial; la concesión para demoler un edificio que se considera artístico, histórico o cultural, y así podrían multiplicarse los ejemplos.

12. Sin embargo, no se han encontrado todavía instrumentos eficaces aun cuando se están introduciendo algunos remedios, para canalizar la defensa de los citados intereses difusos, tanto en el procedimiento como en los procesos administrativos, y entre estos medios de tutela, podemos señalar la posible intervención de representantes de los afectados en los citados procedimientos administrativos, a fin de escucharlos y orientarlos previa o posteriormente a que se han tomado las medidas generales o particulares que pueden lesionarlos.

13. Como un paradigma de estos intentos para la protección de los citados intereses indeterminados dentro del procedimiento administrativo podemos citar la Ley Federal alemana de procedimientos administrativos de 1977, la cual, en sus artículos del 17 al 19 regula la intervención en dicho procedimiento de los grupos colectivos, o sea el *procedimiento de masas* (*Massenverfahren*), entre los cuales comprende también los intereses difusos.

14. En efecto, los citados preceptos alemanes recogen principios establecidos por la jurisprudencia de su país, y regulan la intervención de grupos numerosos de posibles afectados, cuyas instancias pueden ser presentadas por medio de la designación de un representante común cuando el grupo sea superior a cincuenta personas y *sin necesidad de*

mandato, representante que puede participar en el procedimiento, por medio del derecho de información y la posibilidad de alegar y presentar elementos de convicción, todo ello de acuerdo con la experiencia de las reclamaciones de organizaciones y asociaciones que presentan sus puntos de vista en ocasiones de manera vehemente, sobre la construcción de centrales eléctricas o nucleares; de nuevos y grandes aeropuertos; de enormes plantas industriales, de otros problemas urbanísticos, así como cuestiones relativas a la protección del medio ambiente y a la planificación económica.

15. Un aspecto esencial está regulado por el artículo 25 del citado ordenamiento, en el cual se establece el *asesoramiento* por parte de las autoridades administrativas en beneficio de los citados participantes colectivos. En efecto, dicho precepto consagra un verdadero derecho de los administrados, reconocidos anteriormente por la jurisprudencia, para exigir a las autoridades respectivas que los orienten sobre el alcance de la actividad que los afecta, y por su parte las propias autoridades deben corregir de oficio las instancias de los afectados (cuando las mismas son omisas o equivocadas por ignorancia o falta de experiencia), a quienes se debe proporcionar la información necesaria, en todo momento en que lo soliciten, siempre que la misma no perjudique las atribuciones legales de las propias autoridades.

16. En cuanto a las instancias judiciales, el acceso de los representantes de los intereses difusos ha sido mucho más complicado, debido al concepto tradicional de legitimación procesal, que especialmente en los ordenamientos procesales de origen romano canónico, exigen la existencia de un interés personal y directo para iniciar el procedimiento judicial. Pero aún en los ordenamientos de carácter angloamericano, tampoco ha sido sencillo encontrar soluciones para el acceso de los defensores de los intereses transpersonales, pues si bien la legitimación no es tan estricta (*standing*), también ha sido necesario renovar conceptos tradicionales, como veremos más adelante (ver *infra*, párrafo 29, p. 432).

IV. EL NUEVO CONCEPTO DE LEGITIMACIÓN PROCESAL Y LAS SENTENCIAS COLECTIVAS

17. Hemos afirmado con anterioridad, que uno de los obstáculos más importantes para el acceso a los tribunales de los representantes de los

intereses difusos, es el concepto tradicional de la legitimación procesal, que se apoya en la afectación de un interés jurídico directo, actual y personal, y por otra parte en el principio de congruencia de las resoluciones judiciales, en particular, de las sentencias definitivas, con ese propio interés.

18. Tradicionalmente y con independencia del sistema, familiar y tradición jurídica, para acudir ante los tribunales es preciso demostrar la existencia de una afectación en la esfera jurídica de justiciable y, por tanto, poseer un interés jurídico directo que le otorgue legitimación procesal para actuar como parte en el proceso. Cuando el interesado no puede acudir directamente por tener alguna incapacidad o porque prefiere hacerlo por conducto de un representante, o cuando se trata de personas jurídicas colectivas, también es preciso comprobar la existencia de un mandato judicial o de una disposición legal que otorgue dicha legitimación al citado representante de la parte respectiva.

19. Por otra parte, también han sido tradicionales los principios de la relatividad y la congruencia de los fallos judiciales, los cuales en principio sólo pueden referirse a la cuestión planteada y surtir efectos de cosa juzgada exclusivamente entre las parte que intervinieron en el proceso respectivo. Por ese motivo, las sentencias que se dictan en la mayoría de los procesos poseen efectos particulares.

20. Sin embargo, de manera paulatina, y al principio en situaciones excepcionales, se introdujeron aspectos que alteran estos principios como la llamada *acción popular*, que si bien no es un instrumento novedoso sí en cuanto a su empleo, y como ejemplo próximo podemos citar la llamada “acción popular de inconstitucionalidad”, que se consagró en los ordenamientos constitucionales de Colombia y Venezuela desde principios de este siglo, instrumento que permite a cualquier persona, aun cuando carezca de interés jurídico, para acudir a la Corte Suprema de ambos países (actualmente en Colombia, ante el Tribunal Constitucional creado en la Carta de julio de 1991), para solicitar la inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas que considere contrarias a la Constitución, pero con efectos de carácter general.

21. También empezó a abrirse paso la figura de las sentencias de carácter colectivo, es decir, que sus efectos se extienden a un número

indeterminado de personas que no participaron en el proceso, cuando se encuentran en la situación jurídica que se ha decidido en el juicio correspondiente. Ya desde el siglo anterior, el Consejo de Estado francés inició la práctica de declarar en ciertos supuestos, la nulidad general de los reglamentos claramente contrarios a las disposiciones legales que les debían servir de apoyo, pero de manera más precisa, en la Constitución austriaca de 1920, debido a la decisiva intervención del pensamiento del insigne jurista Hans Kelsen, se estableció un tribunal especializado en la solución de conflictos de carácter constitucional, cuyas decisiones, si declaran la inconstitucionalidad de disposiciones legislativas, poseen efectos de carácter general, lo que modificó, al menos para algunos ordenamientos, que en la segunda posguerra son cada vez más numerosos, el viejo principio establecido por los tribunales norteamericanos y que posteriormente se extendió a una gran parte de los ordenamientos latinoamericanos, inclusive el nuestro por conducto del juicio de amparo, por medio de la llamada "fórmula Otero", de los efectos particulares de las sentencias de inconstitucionalidad.

22. Toda esta evolución, que se debió a las necesidades derivadas de la masificación de los procesos judiciales, que ya no pueden resolverse con los principios anteriores, ha preparado el terreno, de manera paulatina, para el reconocimiento de la posibilidad de que algunas personas puedan acudir al proceso en defensa de derechos e intereses difusos o indeterminados, y que la sentencia que se dicte en dicho proceso puede tener efectos generales, es decir, beneficiar a todos los afectados, aun cuando los mismos no sean conocidos en el momento del fallo, precisamente por su dispersión.

23. No ha sido sencillo reconocer así la modificación sustancial de los citados principios de legitimación procesal, relatividad y congruencia de los fallos judiciales, pero los requerimientos de la vida contemporánea han introducido, así sea lentamente, instrumentos para tutelar los citados derechos e intereses difusos, aun cuando todavía subsisten ciertas resistencias derivadas de la tradición.

V. DESARROLLO DE INSTRUMENTOS JURÍDICOS PARA LA TUTELA DE DICHOS INTERESES

26. La doctrina que se ha elaborado en cuanto a la tutela jurídica de los derechos e intereses difusos ha sido muy abundante en los últimos años,

debido a la necesidad de encontrar instrumentos eficaces para resolver los problemas que plantea la resolución de ese tipo de conflictos, cada vez más abundantes.

27. En esta materia destaca la admirable labor de investigación y de promoción realizada por el jurista italiano Mauro Cappelletti, quien ha analizado con profundidad las complejas cuestiones que plantea la tutela de los mencionados derechos e intereses difusos, transpersonales o interpersonales, tanto en el terreno genérico llamado "acceso a la justicia" es decir, a los instrumentos de solución de conflictos, como en la materia estrictamente procesal.

28. Destacan en este campo dos eventos académicos de particular relieve, efectuados, el primero en la ciudad de Pavía los días 11 a 12 de junio de 1974, cuyos trabajos se publicaron en el volumen intitulado *Le azioni a tutela di interesse collettivi*, con acento en análisis en las diversas ramas procesales, es decir, en las materias administrativas, civil y penal (Padova, Cedam, 1976), y el segundo con los estudios discutidos en el III Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Comparado efectuado en la Universidad de Salerno los días 22-25 de mayo de 1975, que fueron publicados en la obra *La tutela degli interessi difussi in diritto comparato, con particolare riguardo alla protezione dell'ambiente e dei consumatori*, con una perspectiva más amplia (Milano, Giuffrè, 1976).

29. A los anteriores debe agregarse el estudio relativo a "La protección de los intereses difusos, fragmentarios y colectivos en el proceso civil" (*Der Schutz diffuser kollektiver Interessen in Zivil-prozess*), presentado en el VII Congreso Internacional de Derecho Procesal, efectuado en Würzburg, República Federal de Alemania y cuya ponencia general estuvo a cargo de los profesores Mauro Cappelletti Brian Garth (este trabajo apareció en la obra colectiva editada por Walther J. Habscheid, *Effektiver Rechtsschutz und Verfassungsmässige Ordnung. Effectiveness of Judicial Protection and Constitutional Order*, Bielefeld, Gieseking Verlag, 1984).

30. En nuestro concepto, es la Constitución española de diciembre de 1978, por ser una de las más recientes en Europa Continental, la que regula con mayor precisión la tutela de los intereses difusos, en virtud de que, además del medio ambiente, establece la conservación y promoción del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España (artículo

46), y en particular la defensa de consumidores y usuarios, por medio de su información educación, así como con el fomento de sus organizaciones (artículo 51).

31. Por otra parte, desde el punto de vista de la jurisprudencia y la legislación más relevantes, se han establecido tres soluciones esenciales: a) la primera, que se puede calificar de tradicional, confiere al ministerio público la facultad de promover la defensa procesal de los intereses colectivos de carácter social, que incluyen aquellos que no corresponden a grupos o asociaciones determinadas; b) el otorgamiento de legitimación a personas o asociaciones privadas otorgándoles la facultad de acudir al proceso en representación de los intereses difusos con la previa autorización del propio ministerio público (*Attorney General*), por conducto de lo que se ha calificado como *relator actions*, reguladas en los ordenamientos de Inglaterra y de otros países de la *Commonwealth*, como Australia y Nueva Zelandia; c) el ecceso directo de las propias personas o asociaciones en representación de los mencionados intereses transpersonales, de acuerdo con las llamadas *class o public interest actions*, que se han desarrollado particularmente en los Estados Unidos, pero que también ha dado lugar a reformas legislativas y desarrollo jurisprudencial en varios países de Europa Continental.

VI. LA EVOLUCIÓN EN LATINOAMÉRICA

32. El interés por las cuestiones relativas a la protección jurídica de los intereses difusos o transpersonales ha sido mucho menos intensa entre los juristas latinoamericanos, como resulta explicable por nuestro menor grado de evolución industrial y tecnológico en relación con los países altamente desarrollados, pero como el fenómeno se ha presentado también en nuestros países y cada vez con mayor intensidad, en época reciente también han surgido estudios, se han organizado congresos y se han intentado soluciones a este problema, inclusive, a nivel de textos de carácter constitucional.

33. Por lo que respecta a los estudios doctrinales, podemos proporcionar algunos ejemplos, tales como el Congreso Nacional Argentino de Derecho Procesal, realizado en la ciudad de La Plata en el año de 1981, en el cual se trató entre otros temas, el de la tutela judicial de los citados intereses difusos y se aprobaron recomendaciones en el sentido de reco-

nocer la legitimación procesal de las asociaciones que en forma regular tuvieron por objeto asegurar la defensa de los aludidos intereses, legitimación que debe extenderse a los particulares interesados en esa tutela. También se propuso la introducción de los daños que pudiesen sufrir los mencionados intereses, así como modificar los alcances de la cosa juzgada, para que la sentencia pudiese comprender a todos los que demuestran su interés de carácter colectivo (*XI Congreso Nacional de Derecho Procesal*, La Plata, 1981, Tomo II, pp. 1430-1432).

34. También podemos señalar en esta dirección el excelente estudio del procesalista argentino Mario Augusto Morello, intitulado "Legitimación procesal de los colegios profesionales, de las organizaciones de protección de los consumidores y de defensa de intereses difusos" (en la obra colectiva *La justicia entre dos épocas*, La Plata, Librería Editora Platense, 1983, pp. 181-206).

35. En la esfera legislativa constitucional también podemos señalar algunos ejemplos de preceptos fundamentales en las Cartas Latinoamericanas más recientes. Entre ellas podemos mencionar los artículos 114 a 116 de la Constitución panameña de 1972, reformada esencialmente en 1983, que integra un capítulo sobre el régimen ecológico; el artículo 29, inciso 2, de la Constitución ecuatoriana de 1978, sobre el saneamiento ambiental de las ciudades; el artículo 123 de la peruana de 1979, que también regula el derecho de habitar en ambiente saludable, ecológicamente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida y la preservación de la naturaleza.

36. Dichos preceptos son bastante limitados, pero se han expedido otros mucho más amplios y genéricos, que abordan, inclusive, los instrumentos jurídicos y procesales para la tutela de los citados derechos de intereses difusos. En esta dirección más moderna podemos citar a las Cartas Constitucionales de Brasil de octubre de 1988 y la colombiana de julio de 1991.

37. Por lo que respecta a la Carta Federal brasileña, debe destacarse la utilización de la *acción popular*, prevista por el artículo 153, párrafo 31, de la Constitución anterior de 1967 y actualmente consagrada por el artículo 5o., fracción LXXIII, de la Carta vigente, y reglamentada por la Ley 4717 del 29 de junio de 1965. Dicha institución tiene por objeto la anulación de los actos y disposiciones que afecten el patrimonio de las

entidades públicas, pero la ley reglamentaria regula dicha acción popular con un criterio flexible, pues admite su ejercicio para tutelar como correspondientes a dicho patrimonio, los bienes y derechos de valor económico, artístico, estético, histórico y turístico, de manera que la jurisprudencia de los tribunales brasileños ha admitido el ejercicio de esta instancia por persona o asociaciones que promuevan la protección procesal de los intereses de grupos indeterminados que se relacionan con el medio ambiente, el desarrollo urbano y el patrimonio artístico y cultural.

38. Por otra parte, la misma Carta brasileña de octubre de 1988, amplió la utilización de una institución que debe considerarse equivalente en varios aspectos, el juicio de amparo mexicano, es decir, el llamado *mandado de segurança*, que algunos autores han calificado en castellano como “mandamiento de amparo”, ya que además del procedimiento tradicional introducido en la Constitución de 1934 y conservado por las posteriores, se introdujo en la nueva Ley fundamental el llamado “*mandado de segurança coletivo*”, que amplía de manera considerable dicho medio de impugnación para la tutela de derechos fundamentales, pero sin llegar a la amplitud de la mencionada “acción popular”, en cuanto dispone: “El mandamiento de seguridad (amparo) colectivo puede ser interpuesto por: a) un partido político con representación en el Congreso Nacional (en relación con los derechos políticos), y b) por una organización sindical, entidad gremial o *asociación legalmente constituida y en funcionamiento cuando menos durante un año, en defensa de sus miembros o asociados.*”

39. La Constitución colombiana de julio de 1991, la más reciente en nuestro continente, ha extendido aún más el ámbito de los intereses difusos o transpersonales, ya que contiene todo un capítulo que intitula *De los derechos colectivos y del ambiente* (artículos 78-82), en el cual regula varios derechos e intereses, pero lo que es más importante es la consagración de *acciones populares* como instrumentos de tutela efectiva de los propios derechos e intereses.

40. Al respecto, resulta conveniente transcribir lo dispuesto por el artículo 88 de dicha Ley fundamental, la cual dispone:

La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se define en ella. También

regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Asimismo, los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos y intereses colectivos.

41. A lo anterior debe agregarse lo establecido por el artículo 89 de dicho ordenamiento fundamental, de acuerdo con el cual:

Además de los consagrados en los artículos anteriores, la ley establecerá los demás recursos, las acciones y los prodecimientos necesarios para que puedan propugnar por la integridad del orden jurídico y por la protección de sus derechos individuales, de grupo o *colectivos*, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas.

42. Otro paso adelante que es digno de mención es el que dio el Congreso Federal brasileño al expedir la ley 7,347 de 24 de julio de 1985, publicada al día siguiente, que regula la *acción civil pública de responsabilidad por daños causados al medio ambiente, al consumidor, a bienes y derechos de valor artístico, estético, histórico y turístico* sin perjuicio de la acción popular a que nos referimos en el párrafo 35 de este trabajo.

43. Dicha acción (en realidad, pretensión) así como las medidas precautorias correspondientes, pueden solicitarse ante el juez que resida en el lugar en que se efectúa o pretenda realizar el daño, por el ministerio público; por la Federación; por los Estados y municipios; los organismos descentralizados, empresas públicas, fundaciones y sociedades de economía mixta, o por asociaciones privadas, estas últimas cuando incluyan en sus finalidades institucionales, la protección de los citados intereses.

44. En el plano estrictamente procesal también se han realizado notorios avances, inspirados en cuanto al proceso civil en los artículos 53 y 194, del Anteproyeto de Código Modelo para América Latina redactado por los destacados procesalistas uruguayos Adolfo Gelsi Bidart y Enrique Véscovi. En el primero se dispone: "*Representación en caso de intereses difusos.*"

En el caso de cuestiones relativas a la defensa del medio ambiente, de valores culturales o históricos, y, en general, que pertenezcan a un grupo indeterminado de personas, están legitimados indistintamente para promover el proceso pertinente, el ministerio público, cualquier interesado y las instituciones y asociaciones que a juicio del tribunal garanticen una adecuada defensa del interés comprometido.

45. A su vez el artículo 194 de dicho Anteproyecto, establece:

Efectos de cosa juzgada en procesos promovidos en representación de intereses difusos. La sentencia dictada en procesos promovidos en defensa de intereses difusos (artículo 53) tendrá eficacia *erga omnes*, salvo si fuera absolutoria por ausencia de pruebas, en cuyo caso podrá volver a plantearse la cuestión en otro proceso, por otro legitimado. (Montevideo, 1988, pp. 98-99, 136-137.)

46. Dichos preceptos fueron acogidos y forman parte del Código General del Proceso, Ley núm. 15,982, promulgado el 18 de octubre de 1988, por el Congreso de Uruguay, como el ordenamiento procesal más reciente y moderno de Latinoamérica. Los citados preceptos, antes transcritos, del Anteproyecto (artículos 53 y 194), se transformaron casi literalmente, en los artículos 42 y 220 del citado Código uruguayo, con lo cual se inicia una evolución muy importante en esta materia de la protección judicial de los derechos de intereses difusos, al modificar sustancialmente los mencionados principios históricos de la legitimación procesal y la relatividad y congruencia de la sentencia definitiva (ver *supra* párrafos 18 a 23).

VII. LOS INTERESES DIFUSOS EN EL DERECHO MEXICANO

38. La doctrina mexicana sólo hasta muy recientemente, como ha ocurrido generalmente en Latinoamérica (ver *supra* párrafos 30 a 32), se ha ocupado y en forma muy restringida de este problema que ya requiere de una solución en el ordenamiento jurídico de nuestro país.

39. Puede afirmarse que han sido muy escasos los autores que de alguna manera se han ocupado de este tipo de derechos e intereses de carácter difuso o transpersonal, y con excepción de algunos estudios que se han escrito para analizar la protección de los consumidores frente a los prestadores de bienes y servicios, debido a que sólo se ha legislado en este campo en nuestro país, son todavía menos los análisis jurídicos de otros sectores, especialmente los relativos al medio ambiente, campo en el cual destaca el libro del jurista mexicano Lucio Cabrera Acevedo, *El derecho de protección al ambiente* (México, UNAM, 1981).

40. En el campo legislativo, como se ha dicho en el párrafo anterior, sólo ha existido preocupación por tutelar los derechos de los consumidores

frente a los prestadores de bienes y servicios, en especial por medio de la Ley Federal de Protección al Consumidor de 5 de febrero de 1976, que creó la Procuraduría Federal de la Defensa del Consumidor, como un *organismo descentralizado encargado esencialmente de los procedimientos de conciliación y en caso de acuerdo de las partes, de arbitraje, entre los citados consumidores y los proveedores, pero sin llegar a una solución procesal y menos aún admitir la intervención de representantes de consumidores no identificados.*

41. Sin embargo, por medio de varias reformas posteriores, dicho ordenamiento estableció *mayores facultades de dicha Procuraduría, la cual puede tomar medidas generales en beneficio de los débiles en el consumo, al revisar y aprobar los textos de contratos de adhesión en varias actividades comerciales o de servicios, que se prestaban a graves abusos en perjuicio de los propios consumidores. Se aproxima esta institución a un organismo de tutela de intereses difusos, aun cuando en términos generales sólo protege a los consumidores afectados que acuden a presentar sus inconformidades.*

42. Por lo que respecta al procedimiento administrativo, que es uno de los sectores en los cuales se ha observado un mayor dinamismo en el reconocimiento de los derechos e intereses difusos, como señalamos con anterioridad (*ver supra*, párrafos 10 a 12), todavía subsiste en nuestro ordenamiento, además de una gran dispersión, por ausencia de leyes federales y locales de procedimiento administrativo, el principio histórico del interés actual y directo para participar en el mismo.

43. Sin embargo, ya se advierte la inquietud para incorporar la tutela de los mencionados derechos e intereses difusos o transpersonales, como lo demuestra lo dispuesto por el artículo 16 del Anteproyecto de la Ley del Procedimiento Administrativo para el Distrito Federal, publicado en mayo de 1991 por la Coordinación General Jurídica del propio Departamento, y que establece:

(Intereses difusos). También podrán participar en el procedimiento administrativo el ministerio público como representante social, las asociaciones e instituciones legalmente constituidas para la defensa de los intereses de cualquier persona o de un número indeterminado de ellas, con relación al medio ambiente, prestación de servicios públicos, patrimonio artístico y cultural u otras cuestiones similares y de interés general.

44. No ocurre lo mismo en relación con nuestro juicio de amparo, en el cual podrían plantearse cuestiones directamente constitucionales en relación a los mencionados intereses difusos, en virtud de que nuestra Carta Federal establece lineamientos y disposiciones en los cuales se puede apoyar la tutela de los propios derechos e intereses pertenecientes a sectores indeterminados, y sólo en vía de ejemplo, podemos citar la ordenación de los asentamientos humanos; la preservación y restauración del equilibrio ecológico; la regulación del uso del agua y de los recursos naturales, todos ellos consagrados por el artículo 27 constitucional, pero también algunos otros, que tienen la categoría de derechos subjetivos públicos, como ocurre respecto a los de protección de la salud y la vivienda digna y decorosa (artículo 4o. constitucional); y el de información (artículo 6o.), entre otros.

45. La jurisprudencia todavía aplicable a la Suprema Corte de Justicia, con apoyo en el artículo 4o. de la Ley de Amparo, mantiene el principio de que para interponer dicho juicio se requiere de la *afectación personal, actual y directa*, a fin de que pueda demostrarse el interés jurídico necesario para iniciar y promover dicha instancia, de acuerdo con el criterio histórico de la legitimación procesal (ver *supra* párrafos 17-19). (Puede consultarse la tesis 1032, páginas 1666-1667 del volumen IV, del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, Salas y Tesis Comunes, publicado en el año de 1988.)

46. Sin embargo, así sea en forma incipiente, se advierte una tendencia todavía incierta para tutelar algunos intereses legítimos de personas indeterminadas, por parte de algunos tribunales colegiados de circuito en relación con problemas de carácter urbano o de protección del patrimonio artístico y cultural. Sin embargo, se requeriría de una reforma procesal sustancial para establecer con claridad la procedencia de la tutela judicial, inclusive por medio del juicio de amparo, de los derechos e intereses difusos o transpersonales de mayor importancia, por supuesto, siempre que se reúnen requisitos mínimos de admisibilidad y seriedad de los representantes que pueden acudir ante las instancias judiciales, para evitar el planteamiento de reclamaciones frívolas, notoriamente infundadas o improcedentes.

VIII. EL OMBUDSMAN Y LOS INTERESES DIFUSOS

47. Sostuvimos en la introducción de este sencillo estudio, que la cuestión de la tutela de los intereses difusos no se han planteado de manera

específica en relación con su protección por medio del procedimiento que se sigue ante este organismo, en virtud de que la procedencia de tales reclamaciones no está sujeta a los principios tradicionales de la legitimación procesal y los efectos particulares de la sentencia, ya que se trata de un procedimiento sencillo, sin formalismos, de fácil acceso, y en un gran número de ordenamientos, la institución puede actuar de oficio, además de que sólo puede pronunciar recomendaciones no obligatorias; por lo que no se han presentado los problemas ni las discusiones que hemos señalado en relación con el procedimiento administrativo y el proceso jurisdiccional.

48. Sin embargo, consideramos que resulta conveniente, en virtud que las instituciones se han desarrollado en nuestro país, tanto en el ámbito general, con la Comisión Nacional de Derechos Humanos, como en las esferas de las Entidades Federativas con la creación, constantemente en aumento, de comisiones y procuradurías de Derechos Humanos, que se establecieran reglas específicas sobre la presentación y tramitación de las quejas o denuncias relativas a los derechos e intereses difusos, a fin de que por una parte, no existiera imprecisión en cuanto a su procedencia, pero, por otra, que tampoco se extienda exageradamente la protección a cuestiones que no tienen una concreción jurídica y que se encuentran en el campo de los valores, como algunos de los llamados “derechos de la tercera generación”, que permanecen todavía en el ámbito de las aspiraciones para el futuro, como el derecho a la paz, al desarrollo, a la alimentación, etcétera, que difícilmente pueden ocasionar una conducta concreta por parte de las autoridades administrativas.

IX. CONCLUSIONES

49. De las breves reflexiones anteriores podemos llegar a las siguientes conclusiones:

50. *Primera.* Los llamados intereses difusos (incluyendo la posibilidad de la existencia de derechos subjetivos), han surgido recientemente, debido a que su afectación es el resultado del desarrollo tecnológico e industrial que se ha incrementado notablemente en los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial.

51. *Segunda.* Se han utilizado varias denominaciones para calificar dichos intereses, tales como transpersonales, interpersonales, colectivos o fragmentarios, pero consideramos que el vocablo más aceptado es el de

“intereses difusos”, en cuanto se atribuyen a un número indeterminado de personas y, por lo tanto, dispersa en diversos sectores sociales por lo que no pueden identificarse fácilmente. En realidad corresponden al género de los llamados “derechos e intereses colectivos”, que pertenecen a grupos sociales y se dividen en dos categorías: la primera comprende a los denominados “derechos sociales, económicos y culturales” relativos a sectores sociales organizados en la defensa de los mismos, como son los sindicatos de trabajadores, las cámaras empresariales, las asociaciones campesinas y los colegios profesionales, entre otros; en tanto que la segunda se integra con los que tienen carácter difuso, pues como se ha dicho pertenecen a personas no identificadas que no están tampoco organizadas.

52. *Tercera.* En términos muy amplios podemos considerar que los propios derechos e intereses transpersonales se atribuyen a las personas que resultan afectadas por el medio ambiente, por los asentamientos urbanos, por la prestación de bienes y servicios, así como por el menoscabo del patrimonio artístico y cultural, entre los más importantes.

53. *Cuarta.* Los campos en los cuales se ha planteado con mayor insistencia la tutela de los derechos e intereses difusos con los relativos al procedimiento administrativo y el proceso jurisdiccional, ya que existen principios históricos y tradicionales que impiden el acceso de estos intereses a las instancias respectivas, especialmente en cuanto al perjuicio jurídico directo por lo que se refiere a la vía administrativa, y los relativos a la legitimación procesal y la relatividad de la sentencia en el procedimiento ante los tribunales.

54. *Quinta.* Sin embargo, tanto en la doctrina como en la legislación, se advierte la posibilidad de tutela de los citados derechos e intereses transpersonales y podemos señalar varios ejemplos recientes, entre ellos, la Ley Federal alemana sobre procedimientos administrativos de 1977, que admiten expresamente la participación de los representantes de este tipo de intereses. Por otra parte, en los ordenamientos de los países altamente desarrollados se han establecido tres soluciones esenciales para la tutela de los propios derechos e intereses: a) la intervención del Ministerio Público como representante social; b) la instancia de personas o asociaciones privadas en el proceso, previa autorización del propio Ministerio Público (*relator actions*), establecida en Inglaterra y otros países de la misma familia jurídica, como Australia y Nueva Zelanda; c) el acceso

directo ante los tribunales judiciales de personas o asociaciones en representación de los mencionados derechos e intereses (*class actions*), desarrollada en los Estados Unidos, pero que han inspirado reformas legales y jurisprudenciales en otros países de Europa Continental.

55. *Sexta*. Si bien en América Latina la preocupación por la tutela de intereses ha sido más tardía, pero no por ello ha dejado de manifestarse tanto en la legislación, inclusive a nivel constitucional, como en la doctrina y en la jurisprudencia. Como ejemplos de textos constitucionales podemos mencionar la regulación de tales derechos e intereses difusos, así como protección jurídica en las Cartas de Brasil de 1988 y de Colombia de 1991, que han establecido instrumentos específicos para dicha tutela como la acción popular y el mandamiento de seguridad (amparo) colectivo brasileño, y acciones populares en el derecho colombiano.

56. *Séptima*. De acuerdo con los preceptos relativos del Anteproyecto de Código Procesal Civil para Latinoamérica, redactado por los procesalistas uruguayos Adolfo Gelsi Bidart y Enrique Vescovi, el nuevo Código General del Proceso de Uruguay expedido en 1988 establece disposiciones relativas a la representación de los de los intereses difusos y los efectos generales de la sentencia respectiva.

57. *Octava*. En el ordenamiento mexicano todavía no se han hecho intentos por regular la representación de los derechos e intereses difusos, si bien se ha iniciado la preocupación por regular su participación en la vía administrativa de acuerdo con el Anteproyecto de la Ley de Procedimiento Administrativo para el Distrito Federal publicado en 1991. Por el contrario persisten en el juicio de amparo, de acuerdo con la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, los tradicionales principios del interés personal y directo y de la legitimación procesal, pero existen algunas resoluciones aisladas de los tribunales colegiados de circuito que han abordado de manera incipiente la cuestión.

58. *Novena*. Por lo que respecta a la tutela de los propios intereses y derechos difusos o transpersonales no se han presentado problemas en relación a su planteamiento ante la institución del *Ombudsman*, ya que en un número importante de ordenamientos no se exigen los requisitos de interés jurídico directo ni tampoco en relación con los efectos de la sentencia, ya que dicho organismo sólo puede pronunciar recomendacio-

nes no obligatorias y puede, inclusive, intervenir de oficio, por medio de un procedimiento sencillo, rápido y sin los formalismos judiciales. No obstante lo anterior sería preferible que se regulara expresamente la representación de tales derechos e intereses para la tutela del *Ombudsman*, para poder precisar su alcance y efectos, que todavía son inciertos.

BIBLIOGRAFÍA ESENCIAL*

- ALMAGRO NOSETE, José, "Tutela procesal ordinaria y privilegiada (jurisdicción constitucional de los intereses difusos)", en *Revista de Derecho Político*, Madrid, invierno de 1982-1983, pp. 33-107, incorporado a su libro *Constitución y proceso*, Barcelona, Bosch, 1984, pp. 267-283.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos, "A Ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdiccional dos chamados (intereses difusos)", en la obra *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, tomo V, Milano, Giuffrè, 1979, pp. 2673-2692.
- _____, José Carlos, "Legitimación para la defensa de los intereses difusos", en la obra *XI Congreso Nacional de Derecho Procesal*, La Plata, 1981, tomo II, pp. 1240-1288.
- BARRERA GRAF, Jorge, "La Ley de Protección al Consumidor", en *Jurídica*, núm. 8, México, julio de 1976, pp. 194-202.
- CABRERA ACEVEDO, Lucio, *El Derecho de protección al ambiente*, México, UNAM, 1981.
- CABRERA ACEVEDO, Lucio, "Las políticas del ambiente en el ordenamiento mexicano", en el volumen *Comunicaciones Mexicanas al XI Congreso Internacional de Derecho Comparado (Caracas, 1982)*, México, UNAM, 1984, pp. 39-57.
- CAPPELLETTI, Mauro, "The Role of the Ministero Publico, the Prokuratura, and the Attorney General in civil litigation. With a glance at other forms of representation of public and group interest in civil proceedings", en la obra de este autor conjuntamente con el profesor J. A. Jolowicz, *The Public Interests Parties and The Active Role of the Judge in Civil Litigation*, Milano-Dobbs Ferry, New York, Giuffrè-Oceana, 1975.
- _____, "La protección de intereses colectivos y de grupos en el proceso civil", trad. de Luis Dorantes Tamayo, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núms. 105-106, enero de 1977, pp. 73-102.

* Nos limitaremos a citar las obras que consideramos básicas en esta materia y que pueden ser de fácil acceso para aquellos que pretendan profundizar en este tema tan complejo.

- _____, "Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil", trad. de Raúl Brañes, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núms. 31-32, enero-agosto de 1978, pp. 1-40.
- _____, GARTH, Brian y TROCKER, Nicolás, "Acces to Justice. Variations and Continuity of a World Wide Movement", en *Rebels Zeitschrift für ausländisches und Internationales Privatrecht*, 1982, pp. 679-681.
- _____ y GARTH, Brian, *El acceso a la justicia*, trad. de Samuel Amaral, La Plata, Argentina, Colegio del Partido Judicial de La Plata, 1983, pp. 58-77.
- _____ y GARTH, Brian, "The Protection of Diffuse, Fragmented and Collective Interest in Civil Litigation. Finding and Appropriate Compromise: A Comparative Study of Individualistic Models in Civil Proceeding", en el libro colectivo *Effektiver Rechtsschutz und Verfassungsmäßige Ordnung-Effectiveness of Judicial Protection and Constitutional Order*, Bielefeld, República Federal de Alemania, Gieseking Verlag, 1984, pp. 117-119.
- CODINACH, María de Lourdes, "Protección al Consumidor", en *Jurídica*, núm. 10, México, julio de 1978, tomo I, pp. 321-349.
- DENTI, Vittorio y otros, *Le azioni a tutela di interessi collettivi, Atti del Convegno di Studio*. (Pavia, 11-12 giugno 1974.) Padova, CEDAM, 1976.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Ejercicio de las garantías constitucionales sobre la eficacia del proceso", en su libro *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*, México, UDUAL-Miguel Ángel Porrúa, 1988, pp. 465-542.
- GAMBARO, A. (Editor), *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato, con particolare riguardo alla protezione dell'ambiente e dei consumatori*, Milano, Giuffrè, 1976.
- GONÇALVES DE OLIVEIRA, Lourival, "Interese processual e Mandado de Segurança Coletivo", en *Revista de Processo*, São Paulo, núm. 56, octubre-diciembre, 1989, pp. 75-84.
- INSTITUTO IBEROAMERICANO DE DERECHO PROCESAL, *El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. Historia. Antecedentes. Exposición de Motivos. Texto del Anteproyecto*, Montevideo, 1988.
- LOZANO-HIGUERO Y PINTO, Manuel, *La protección procesal de los intereses difusos. Intereses de los consumidores, ecológicos, urbanísticos, el acceso a la R. T. V.*, Madrid, 1983.
- MORELLO, Augusto Mario, "Legitimación procesal de los colegios profesionales, de las organizaciones de protección de los consumidores y en defensa de los intereses difusos", en la obra colectiva *La Justicia entre dos épocas*, La Plata, Argentina, Librería Editora Platense, 1983, pp. 181-206.

- NEVES, Celso, "Legitimação processual e a nova Constituição", en *Revista de Processo*, núm. 56, São Paulo, octubre-diciembre de 1989, pp. 48-55.
- OTHON SIDOU, J. M., "Habeas Corpus", *mandado de segurança ação popular. As garantias ativas dos direitos colectivos a nova Constituição*, 3a. ed., Río de Janeiro, Forense, 1989, pp. 346-444.
- OVALLE FAVELA, José, "Algunos problemas procesales de la protección al consumidor en México", en *Anuario Jurídico*, V, 1988, México, UNAM, 1979, pp. 37-54, reproducido en el libro del mismo autor, *Estudios de Derecho Procesal*, México, UNAM, 1982, pp. 253-279.
- PELLEGRINI GRINOVER, Ada, "Mandado de Segurança Colectivo: Legitimação e objeto", en *Revista de Processo*, núm. 57, São Paulo, enero-marzo de 1990, pp. 96-101.
- _____, "Mandado de Segurança Colectivo: Legitimação, objeto e coisa julgada", en *Revista de Processo*, núm. 58, São Paulo, abril-junio de 1990, pp. 75-84.
- SILVA, José Alfonso da, "Garantias dos direitos colectivos, sociais e politicos", en su libro *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 6a. ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1990, pp. 394-402.
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, "Class Action. Una solución al problema de acceso a la justicia", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 58, enero-abril de 1987, pp. 147-165.
- VÉSCOVI, Enrique, *Manual de Derecho Procesal. Actualizado según el Código General del Proceso*, Montevideo, Ediciones Idea, 1991.

EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS CONSTITUCIONES LATINOAMERICANAS Y EN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

SUMARIO: I. Introducción. II. La primacía del derecho internacional en las constituciones de Europa Continental. III. Evolución del derecho comunitario. IV. Desarrollo paulatino en América Latina. Situación tradicional. V. Reconocimiento de la primacía relativa del derecho internacional. VI. La jerarquía de los tratados de Derechos Humanos. VII. La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Organización. VIII. Competencia: *a)* Consultiva; *b)* Jurisdiccional. IX. Legitimación procesal. X. Procedimiento. La tramitación de opiniones consultivas. XI. El procedimiento de las controversias jurisdiccionales: *a)* Excepciones preliminares; *b)* Fases escrita y oral del procedimiento contencioso; *c)* Terminación anticipada del proceso; *d)* Medidas precautorias o cautelares; *e)* La Comisión Interamericana como parte; *f)* Sentencias; *g)* Cumplimiento del fallo. XII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

1. Con independencia del punto de vista que se sostenga en cuanto a las dos grandes corrientes sobre el derecho internacional en relación con el ámbito interno, es decir, la concepción dualista o la unitaria, en el derecho constitucional contemporáneo es preciso plantearse el valor jerárquico que asumen los tratados internacionales y particularmente aquellos que tienen como objeto esencial la protección de los Derechos Humanos.

2. No existe duda que uno de los temas esenciales de nuestra época es el relativo a los Derechos Humanos, cuya protección quedó por muchos años únicamente en el ámbito interno de los Estados, especialmente por medio de las declaraciones de derechos, primero de carácter individual, y posteriormente en el ámbito social, materia en la cual los Constituyentes mexicanos, reunidos en Querétaro en los últimos meses de 1916 y los

primeros de 1917, asumieron un papel protagónico, al iniciar el llamado "constitucionalismo social" que continuaron posteriormente otros ordenamientos europeos, como las Constituciones alemanas de 1919 y española republicana de 1931, entre otras.

3. Pero a partir de la segunda posguerra, debido a la amarga experiencia de los gobiernos totalitarios, especialmente en Alemania e Italia, surgió un fuerte movimiento para llevar al ámbito del derecho internacional la tutela de los propios Derechos Humanos, movimiento que tuvo su expresión, primero en nuestro Continente con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, suscrita en Bogotá en mayo de 1948, y que fue seguida por la Declaración Universal de los Derechos del Hombre expedida en París el 10 de diciembre del mismo año de 1948.

4. A partir de entonces se han expedido, y además entrado en vigor, numerosos convenios y pactos internacionales sobre Derechos Humanos, entre los cuales destacan, por su carácter genérico los Pactos de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos, y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de diciembre de 1966, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en San José, Costa Rica, en noviembre de 1969. Estos documentos han recibido numerosas ratificaciones, entre ellas, y de manera creciente, las de una gran parte de los países latinoamericanos, esto último en virtud de que varios de ellos han superado las dictaduras militares y han recuperado su constitucionalidad democrática.

5. Debido a la tendencia hacia el reconocimiento e incorporación de las normas de tratados internacionales en el derecho interno, se ha presentado en los últimos años el planteamiento de numerosas cuestiones sobre el posible conflicto entre los preceptos internacionales y las normas de derecho interno, especialmente cuando estas últimas poseen carácter constitucional.

6. El destacado tratadista uruguayo Eduardo Jiménez de Aréchaga señaló,¹ con todo acierto, que la cuestión sobre cuál norma prevalece en caso de conflicto entre las reglas de derecho internacional y las de derecho interno, corresponde al derecho constitucional de cada país y, por ello, resulta conveniente presentar una visión panorámica sobre el desarrollo

¹ Eduardo Jiménez de Aréchaga, "La Convención Americana de Derechos Humanos como derecho interno", en *Boletín da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, núms. 69-71, Brasília, 1987-1989, pp. 35-55.

de esta materia en las Cartas Fundamentales de los países de América Latina que, de manera paulatina, han reconocido la primacía de ciertas normas de derecho internacional, particularmente las relativas a los tratados de Derechos Humanos.

II. LA PRIMACÍA DEL DERECHO INTERNACIONAL EN LAS CONSTITUCIONES DE EUROPA CONTINENTAL

7. Ya en la primera posguerra, la Constitución alemana llamada de Weimar, de 11 de agosto de 1919, estableció en su artículo 4o. que: "Las reglas del derecho internacional que sean generalmente reconocidas obligan como si formaran parte integrante del derecho alemán del Reich."

8. Esta situación progresó notablemente en la segunda posguerra, en tres direcciones: la primera en cuanto al reconocimiento de la primacía del derecho internacional general; en segundo término por medio de la creación del llamado derecho comunitario, y finalmente respecto al derecho internacional de los Derechos Humanos.

9. Por lo que respecta al primer sector, una buena parte de las Constituciones de los países europeos reconoce de manera expresa la superioridad, así sea parcial, del derecho internacional general sobre las disposiciones del derecho interno y no sólo las de carácter convencional incorporadas al ordenamiento nacional por los órganos competentes, sino inclusive las de carácter consuetudinario, en virtud de la aplicabilidad inmediata de las normas de derecho internacional generalmente reconocidas, como lo señalan los artículos 10 de la Constitución italiana de 1948; 25 de la Constitución de la República Federal de Alemania de 1949, y 8o. de la Carta Portuguesa de 1976, reformada en 1982.²

10. La primacía del derecho interno sobre el nacional ha implicado significativas limitaciones a la soberanía estatal de carácter tradicional, las que se advierten con mayor claridad respecto del sector de las normas supranacionales que se conoce como "derecho comunitario", el cual se encuentra en una situación intermedia entre el derecho interno y el

² Cfr. Antonio la Pergola, *Constitución del Estado y normas internacionales*, trad. de José Luis Cascajo Castro y Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, México, UNAM, 1985: *Id. Poder exterior y Estado de Derecho. El constitucionalista ante el derecho internacional*, trad. de José Luis Cascajo. Universidad de Salamanca, Salamanca, 1987.

internacional público de carácter tradicional.³ Este derecho comunitario se estableció en los tratados económicos que dieron lugar a la integración de la mayoría de los Estados europeos y se ha extendido en años recientes a dos países de la familia o tradición del *common law*, es decir, a Inglaterra y a la República de Irlanda, que ya forman parte de las citadas comunidades europeas.

11. También podemos observar que varios de los países de Europa Oriental, que abandonaron al sistema socialista de modelo soviético en estos últimos años, como Checoslovaquia, Hungría y Polonia, aspiran a mediano plazo formar parte de la mencionada comunidad.

12. El tercer sector es el relativo a los Derechos Humanos, que si bien es más reciente en cuanto a su reconocimiento como normas de mayor jerarquía, se ha extendido de manera considerable en los últimos años, inclusive por medio de disposiciones expresas de carácter constitucional, como ocurre con los artículos 16 de la Constitución portuguesa de 1976-1982 y 10 de la Carta española de 1978, ya que ambos preceptos disponen que la interpretación de las normas constitucionales internas relativas a los Derechos Humanos debe hacerse de acuerdo con la Declaración Universal de 1948 y con los tratados y acuerdos tradicionales sobre esta materia ratificados por los gobiernos respectivos.⁴

III. EVOLUCIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO

13. Por lo que se refiere al derecho comunitario europeo, los ordenamientos respectivos reconocen la superioridad del propio derecho comunitario sobre el de carácter nacional, respecto de las materias de la citada integración. Para lograr el respeto a dicha superioridad se estableció la Corte de Justicia de la Comunidad, con residencia en la ciudad de Luxemburgo, que resuelve las controversias entre las normas internas y las comunitarias, y que, como lo ha señalado la doctrina, se plantean por conducto de una combinación del sistema difuso de revisión judicial que corresponde a los

³ Cfr. entre muchos otros, P. Van Dijk, René Rodière y otros, *Diritto delle Comunità Europea e Diritto degli Stati Membri*, editada por G. Treves, Milano, Ferro Edizioni, 1969; Paolo Pescatore, *The Law of Integration*, Leyden, Sijthoff, 1974; Mauro Cappelletti y William Cohen, *Comparative Constitutional Law. Cases and Materials*, Indianapolis-New York, Bobbs, Merryl, 1979, pp. 113-145.

⁴ Cfr. J. S. Gómez Canotillo y Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa*. Anotada, Coimbra, Coimbra Editora, 1980, pp.73-74; Fernando Garrido Falla, "Artículo 1o.", *Comentarios a la Constitución*, Madrid, Civitas, 1980, pp. 139-144.

jueces nacionales, y de carácter concentrado ante la citada Corte de Luxemburgo, la que debe dictar la resolución definitiva.⁵ Por cualquiera de las dos vías, los jueces nacionales tienen la obligación de preferir el derecho comunitario sobre el derecho interno, y por supuesto, aplicar los criterios de la jurisprudencia del mencionado Tribunal de la Comunidad.

14. Este sistema de revisión judicial que podemos calificar de comunitario, no se ha desarrollado sin cuestionamiento y tropiezos, como lo demuestran algunas decisiones iniciales de los tribunales constitucionales nacionales, en especial los de Italia y de la República Federal de Alemania.⁶ Por otra parte, aun cuando a primera vista las cuestiones que se discuten con motivo de la aplicación de las disposiciones comunitarias son predominantemente económicas, no por ello dejan de influir en las relativas a los Derechos Humanos de los habitantes de los países europeos miembros de las propias comunidades, y de aquí se ha destacado el criterio establecido por el citado Tribunal de Luxemburgo, en el sentido de que el derecho comunitario no puede amenazar “los derechos fundamentales de la persona que se encuentran recogidos en los principios generales del mismo derecho comunitario”, lo que implica el establecimiento jurisprudencial de lineamientos tutelares de los Derechos Humanos en el ámbito de la propia comunidad europea.⁷

IV. DESARROLLO PAULATINO EN AMÉRICA LATINA SITUACIÓN TRADICIONAL

15. Podemos afirmar que en una primera etapa, el problema de las relaciones entre los tratados internacionales y el ordenamiento constitucional interno en los países de América Latina se resolvió de acuerdo con las reglas de la revisión judicial de carácter nacional, en virtud de que varios ordenamientos de nuestra región, en especial los de carácter federal, se inspiraron en el modelo norteamericano de la Carta Federal de 1787, la cual estableció en su artículo VI, que los tratados ratificados y aprobados

⁵ *Cfr.*, entre otros, Louis Dubois, “Le rôle de la Cour de Justice des Communautés Européennes. Object et portée de la protection”, *Cours Constitutionnelles Européennes et droits fondamentaux*, editado por Louis Favoreau, París, Economica-Presses Universitaires d'Aix Marseille, 1982, pp. 429-451.

⁶ *Cfr.* Mauro Cappelletti, “Necesité et légitimité de la justice constitutionnelle”, obra citada, nota anterior, pp. 483-486; *Id.*, “Appunti per una fenomenologia della giustizia nel XX secolo”, *Studi in onore di Erico Tulio Liebman*, Milano, Giuffrè, 1979, I, pp. 153-210.

⁷ Especialmente en *Studes vs. Ciudad de Ulm*, resuelto por el Tribunal de Luxemburgo el 12 de noviembre de 1969, *cfr.* Luois Dubois, “Le rôle de la Cour de Justice des Communautés Européennes”, *cit. supra*, nota 5, pp. 432-436.

por el Senado Federal, se incorporaban al derecho interno y formaban parte de la Ley Suprema. A este respecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, otorgó a los propios tratados internacionales el carácter de normas ordinarias federales y examinó en varios casos la conformidad de los preceptos locales en relación con las disposiciones internacionales, y por otra parte, desaplicó normas transnacionales que se consideraron contrarias a la Constitución Federal.⁸

16. Éste ha sido el criterio que ha predominado en la jurisprudencia de los tribunales federales en México y en Argentina, en virtud de que las Cartas Federales de ambos países han incorporado casi literalmente lo dispuesto por el citado artículo VI de la Constitución de los Estados Unidos, en sus artículos 133 (que a su vez proviene del 126 de la Carta de 1857), y 31, respectivamente, ya que dicha jurisprudencia ha establecido que los tratados internacionales debidamente ratificados y además aprobados por el órgano legislativo competente, poseen el carácter de leyes ordinarias internas que prevalecen sobre las disposiciones de carácter local, pero que no pueden contradecir las de la Constitución Federal.⁹

V. RECONOCIMIENTO DE LA PRIMACÍA RELATIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL

17. En una época reciente se observa la tendencia en algunas Constituciones latinoamericanas, tanto para superar la desconfianza tradicional hacia los instrumentos internacionales y en general hacia el derecho internacional como para introducir, de manera paulatina, una cierta preeminencia, así sea cautelosa, de las normas de carácter supranacional.

18. En esta dirección podemos señalar que los artículos 3o. de la Constitución de Ecuador (1978) y 4o. de la de Panamá (1972-1983) disponen que dichos países reconocen y acatan las normas y principios del derecho internacional; así como los artículos 18 de la Constitución de Honduras (1982) y 144 de la de El Salvador (1983), los que establecen

⁸ Cfr. Robert R. Bowie y Carl L. Friedrich, *Estudios sobre el federalismo*, trad. de Susana Borrancos, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1958, pp. 357-360.

⁹ Cfr. Segundo V. Linares Quintana, *Tratado de derecho constitucional argentino y comparado*, 2a. ed., Buenos Aires, Plus Ultra, 1978, tomo III, pp. 548-562; Jorge Reinaldo Vanossi, *Teoría constitucional. II. Supremacía y control de constitucionalidad*, Buenos Aires, Depalma, 1976, pp. 227-272; Felipe Tena Ramírez, *Derecho constitucional mexicano*, 19a. ed., México, Editorial Porrúa, 1983, pp. 537-546; Jorge Carpizo, "La interpretación del artículo 133 constitucional", *Estudios constitucionales*, 3a. ed., México, Porrúa-UNAM, 1991, pp. 16-19.

que, en caso de conflicto entre un tratado internacional y la ley ordinaria interna, prevalecerá el tratado (pero no respecto de la Carta Fundamental).

19. Por lo que respecta a la integración económica en el ámbito latinoamericano, contrariamente a lo que ha ocurrido en Europa, los ensayos que se han realizado para lograr el establecimiento de normas comunitarias sólo han tenido una eficacia muy restringida, ya que han fracasado los intentos de una integración global latinoamericana, representada por el Tratado General de 13 de diciembre de 1960, es decir, el relativo a la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) (la que subsiste muy precariamente ahora como ALADI), que tuvo su origen en el Tratado de Montevideo de 1960, fracaso que ha tenido su origen en la situación permanente de inestabilidad, tanto política como económica de nuestros países, la que impidió el desarrollo de dicha integración,¹⁰ la que ahora ha sido sustituida, y muy recientemente, por medio de una serie de tratados de libre comercio entre algunos países de la región.

20. Sin embargo, los propósitos de integración de varios países andinos han alcanzado algún resultado, aun cuando sea limitado y todavía modesto, por medio del Pacto Andino, que se formalizó por el tratado multilateral suscrito en la ciudad de Cartagena, Colombia, el 26 de mayo de 1966, y por eso se le ha llamado "Acuerdo de Cartagena", el que fue ratificado inicialmente por Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú, al cual se adhirió posteriormente Venezuela, pero se desincorporó Chile, de manera que está formado actualmente por cinco países.

21. La evolución de este proceso de integración, desarrollado por dos organismos de gobierno, la Comisión y la Junta, condujo a la necesidad, en cierto modo de acuerdo al modelo europeo, de establecer un organismo judicial para lograr la aplicación efectiva de las normas comunitarias de carácter andino. Éste es el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena creado por el Tratado suscrito por los cinco países integrantes del pacto en mayo de 1979. El Estatuto de dicho Tribunal fue aprobado en la ciudad de Quito, en la cual reside, el 19 de agosto de 1983 y su reglamento interno fue expedido el 9 de mayo de 1984.

¹⁰ Cfr. Hector Fix-Zamudio y Héctor Cuadra. "Problemas actuales de armonización y unificación de los derechos nacionales en Latinoamérica", en *Anuario Jurídico*, México, UNAM, 1974, pp. 93-158.

22. Si bien la actividad del citado Tribunal ha sido muy limitada hasta la fecha y sus atribuciones bastante restringidas, esta evolución puede modificarse con la evolución favorable del procedimiento de integración económica, pues el organismo judicial andino se encuentra todavía muy lejano de la importante función de su modelo, constituido por el Tribunal de Luxemburgo. Sin embargo, las disposiciones constitucionales de los ordenamientos de los países miembros, al reconocer la limitación a la idea clásica de la soberanía que ha predominado en América Latina, en beneficio de la integración, pueden propiciar la evolución de una posible revisión judicial comunitaria.

VI. LA JERARQUÍA DE LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS

23. En la materia en la cual se observa una evolución más vigorosa en cuanto al reconocimiento de la primacía, así sea parcial, del derecho internacional, es en el campo de los tratados de Derechos Humanos, si se toma en cuenta, por una parte, que el artículo 46 de la Constitución de Guatemala de 1985, consagra como principio general en materia de Derechos Humanos, que los tratados y convenciones aceptados y ratificados por ese país tienen preeminencia sobre derecho interno. Todavía mayor fuerza se observa en el artículo 105 de la Carta peruana de 1979, pues en el mismo se establece que los preceptos contenidos en los tratados relativos a los Derechos Humanos tienen jerarquía constitucional y no pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige la reforma de la Constitución.

24. También puede señalarse lo dispuesto por la parte relativa del artículo 5o. de la Constitución chilena de 1980, tal como fue reformado en el plebiscito de 30 de julio de 1989: "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes."

25. Finalmente, se advierte con claridad este desarrollo que se encamina al reconocimiento de la primacía del derecho convencional internacional, de manera especial en el campo de los derechos fundamentales, en lo dispuesto por el artículo 93 de la Constitución latinoamericana más reciente, es decir, la colombiana de 7 de julio de 1989, según el cual: "Los

tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los Derechos Humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.”

26. Otro aspecto importante es la evolución hacia el reconocimiento de organismos internacionales de promoción y de resolución de conflictos derivados de la aplicación de los tratados internacionales de Derechos Humanos. En esta dirección destacan también los países europeos, en cuanto al establecimiento tanto de la Comisión como de la Corte Europea de Derechos Humanos, que tienen como objeto conocer de los conflictos entre los Estados, y especialmente entre éstos y los particulares, sobre la violación de derechos y libertades fundamentales establecidos en el Convenio suscrito en Roma el 4 de noviembre de 1950 y sus protocolos adicionales. Dichos organismos tienen su sede en Estrasburgo y durante varios años han efectuado una fructífera labor al crear una jurisprudencia muy sólida dirigida a otorgar efectividad a los citados derechos reconocidos en la Convención de Roma, en el ámbito interno de los Estados miembros.¹¹

27. En cierta manera, de acuerdo con el modelo del sistema europeo de protección de Derechos Humanos, se ha establecido en el continente americano un régimen de tutela internacional por medio de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

28. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos fue establecida por los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos en el año de 1960 (es decir, varios años antes de la aprobación de la Convención Interamericana de Derechos Humanos), con el objeto de promover el respeto de los derechos de la persona humana reconocidos

¹¹ Cfr., entre otros P. Van Dijk y G. Van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Deventer, Netherland, Kluwer, 1976; Francis G. Jacobs, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1975; A. H. Robertson, *Human Rights in Europe*, 2a. ed., Manchester University Press, Manchester, 1977; Frede Castberg, *The European Convention on Human Rights*, Oceana, New York, 1974; Karel Vasak, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1964; Gérard Cohen-Jonathan, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Aix-en-Provence, París, Presses Universitaires d'Aix-Marseille Economica, 1989.

por la Declaración Americana de mayo de 1948 y la Carta de la propia Organización. Dicha Comisión ha realizado una dinámica actividad, que ya rebasa los treinta años, la cual ha sido muy fructífera, tanto por lo que respecta a la tramitación de las reclamaciones individuales como en la investigación de las violaciones colectivas que desafortunadamente han sido frecuentes en este periodo, en especial por parte de los gobiernos militares, que en una época que esperamos se hubiese superado definitivamente, predominaron en América Latina.

29. Con la aprobación de la Convención Americana de Derechos Humanos, que fue suscrita en San José, Costa Rica, en noviembre de 1969 (en vigor a partir de julio de 1978), se creó la Corte Interamericana de Derechos Humanos y se reguló a la Comisión Interamericana, la cual había extendido de manera paulatina sus funciones, de una simple promoción, a la verdadera protección de los derechos de la persona humana.

30. Aun cuando no existe texto expreso en la mayoría de las Constituciones latinoamericanas sobre el reconocimiento de las instancias internacionales de tutela de los Derechos Humanos, un número creciente de países de nuestra región no sólo ha suscrito la Convención Americana, sino que ha reconocido de manera expresa la competencia de la Corte Interamericana, varios de ellos en cuanto superaron los gobiernos militares y recuperaron su normalidad constitucional. Hasta el momento son 14 los países que han reconocido la competencia de la Corte Interamericana (sobre 22 que han ratificado la Convención).

31. El único precepto fundamental de nuestra región que reconoce de manera expresa el valor superior de la jurisdicción constitucional es el artículo 305 de la Constitución del Perú de 1979, de acuerdo con el cual: "Agotada la jurisdicción interna (es decir, en última instancia, la del Tribunal de Garantías Constitucionales), quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce, puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según los tratados de los que forma parte del Perú."

32. Este precepto está reglamentado por los artículos 39 a 41 de la Ley de *habeas corpus* y amparo, de 7 de diciembre de 1982, en los cuales se establece que, en cuanto a estos instrumentos, los organismos internacionales a los que puede acudir el afectado en sus derechos fundamentales,

una vez agotadas las defensas internas, son el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, y aquellos otros que se constituyen en el futuro y que sean aprobados por tratados que obliguen al Perú, por lo que comprende también la Comisión y la Corte Interamericana, en virtud del reconocimiento expreso que se hizo de este último organismo en 1981. Además, se dispone que la resolución del organismo internacional respectivo no requiere para su validez y eficacia, de reconocimiento, de revisión ni de examen previo alguno.¹²

VII. LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ORGANIZACIÓN

33. La Corte Interamericana de Derechos Humanos constituye la culminación del sistema americano de protección de los propios derechos, el cual se inspiró en los lineamientos fundamentales del modelo europeo, en cuanto a los órganos encargados de la tutela judicial de los propios derechos fundamentales, ya que se encomienda dicha tutela a la Comisión y a la propia Corte Interamericana, la primera como un órgano de instrucción de las reclamaciones individuales, que no pueden plantearse directamente ante la Corte.

34. El sistema americano, en virtud de la diversa situación económica, política, social y cultural del continente, y particularmente de Latinoamérica, estableció modalidades peculiares de gran importancia, que se derivaron de la experiencia de la protección de los Derechos Humanos en nuestra región, especialmente a través de la valiosa experiencia de la Comisión, la que como se señaló anteriormente, fue creada y funcionó activamente dos décadas anteriores al establecimiento de la Corte y por ello con antelación a la aprobación y entrada en vigor de la Convención Americana de Derechos Humanos.¹³

35. Por razones de espacio no hacemos referencia a la organización y competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y sólo

¹² Cfr. Alberto Borea Odria, *El amparo y el habeas corpus en el Perú de hoy*, Lima, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, 1985, pp. 249-300; Fernando Zubia Reina, *Acción de amparo*, Lima, Cultural Cuzco Editores, 1986, pp. 108-110.

¹³ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos inició sus funciones en el año de 1960. Su primer Estatuto fue aprobado el 25 de mayo de 1960. Cfr. Karel Vasak, *La Commission Interamericaine des Droits de l'Homme*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1968, pp. 32-36; Héctor Gros Espiell, "Le Système Interamericain comme régime régionale de protection internationale des droits de l'homme", *Recueil des Cours*, Academie de Droit Internationale. Leyden, A. W. Sijthoff, 1975, II, pp. 23-24.

nos referimos a la misma en cuanto a su intervención en el procedimiento previo y en su actuación ante la Corte, pero sí consideramos necesario destacar que la dinámica actuación de la citada Comisión ha sido muy fructífera, tanto en cuanto a la tramitación de las reclamaciones individuales como en la investigación de las violaciones colectivas de los Derechos Humanos.¹⁴ Por otra parte, la Comisión fue extendiendo en la práctica sus funciones tutelares, que después fueron reconocidas en las modificaciones sucesivas a su primer estatuto de 1960, y especialmente en el actual de octubre de 1979, y en su Reglamento que elaboró la propia Comisión en 1980, reformado en 1985.

36. Como lo sostiene acertadamente el conocido internacionalista mexicano, y por varios años miembro y presidente de la citada Comisión Interamericana, profesor César Sepúlveda, la propia Comisión ganó sus espuelas poco a poco y merecidamente, obteniendo el respeto de los Estados de la organización regional misma, a pesar de los obstáculos naturales y de los elementos adversos que militaron en su contra. Con lo que se confirmó el fenómeno de lo que se califica "desarrollo funcional", de los organismos internacionales,¹⁵ un ejemplo evidente de lo que el destacado jurista y juez de la Corte Interamericana, Pedro Nikken, califica como desarrollo progresivo de la protección de los Derechos Humanos.¹⁶

37. La Corte Interamericana de Derechos Humanos fue creada en el capítulo VIII (artículos 52-69) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en la ciudad de San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, la que entró en vigor el 18 de julio de 1978, al ser

¹⁴ Cfr. Fernando Volio, "La Comisión Interamericana de Derechos Humanos", en *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Washington, D. C. Secretaría General de la OEA, 1980, pp. 80-81; Thomas Buergenthal y otros, *La protección de los derechos humanos en las Américas*, trad. de Rodolfo Piza Escalante, San José, Costa Rica, Editorial Juricentro, 1984, pp. 165-227; Diego Uribe Vargas, *Los derechos humanos y el sistema interamericano*, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1972, pp. 51-54; Gerardo Trejos, "Órganos y procedimientos de protección de los Derechos Humanos en la Convención Americana" en Rafael Hernández, *La tutela de los derechos humanos*, San José, Costa Rica, Editorial Juricentro, 1977, pp. 61-81; Karel Vasak, *La Comisión Interamericana*, cit., *supra*, nota 13, pp. 229-305; Rafael Nieto Navia, *Introducción al sistema interamericano de los derechos humanos*, Bogotá, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Pontificia Universidad, Javeriana, 1988, pp. 74-94.

¹⁵ Cfr. César Sepúlveda, "México, La Comisión Interamericana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos", en *La protección nacional de los derechos del hombre, Balance y perspectivas*, México, UNAM, 1983, pp. 199-203; *Id.* "the Inter-American Commission of Human Rights (1960-1981)", *Israel Yearbook of Human Rights*, 1982, pp. 147-162.

¹⁶ *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*, Madrid, Civitas-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1987, pp. 157-160.

ratificada por 11 Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, en los términos del artículo 74.2, de la propia Convención. El Estatuto de la Corte Interamericana fue adoptado por la Asamblea General de la OEA en su noveno periodo de sesiones celebrado en La Paz, Bolivia, en octubre de 1979, con vigencia a partir del primero de enero de 1980. La propia Corte se instaló en la ciudad de San José, Costa Rica, el 3 de septiembre de 1979 y aprobó su primer reglamento en su tercer periodo de sesiones, celebrado del 30 de julio al 9 de agosto de 1980.¹⁷ El segundo reglamento fue adoptado en la vigesimatercera sesión regular que tuvo lugar del 9 al 18 de enero de 1991 y entró en vigor el primero de agosto del mismo año. Por lo tanto, a los casos en trámite presentados con anterioridad al mes de agosto, todavía se aplica el reglamento anterior. Este nuevo reglamento simplifica y abrevia el procedimiento como se señalará más adelante.

38. La Corte Interamericana se compone de siete jueces, nacionales de los Estados miembros de la OEA, elegidos a título personal entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de Derechos Humanos y que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las altas funciones judiciales, conforme a la ley del Estado del que sean nacionales o de aquel que los postule como candidatos. No puede haber más de un miembro de la misma nacionalidad (artículo 52 de la Convención y 4 del Estatuto).¹⁸

¹⁷ Cfr. Thomas Buergenthal, "The Inter-American Court of Human Rights", en *The American Journal of International Law*, 72, 2 pp. 232-235. *Id.* "Implementation in the Inter-American Human Rights System", en *International Enforcement of Human Rights*, F. Bernhardt, J. A. Jolowics, Eds., Berlin Heidelberg, Springer Verlag, 1987, p. 69; C. A. Dunshee de Abranches, "The Inter-American Court of Human Rights", *American University Law Review*, 1980, pp. 30-79 y ss., Juliane Kokott, "Der interamerikanische Gerichtshof für Menschenrechte and seine bisherige Praxis", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1984, pp. 806-839; Daniel Zovato, "Antecedentes de la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios y Documentos*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1986, pp. 207-254; Manuel E. Ventura Robles, "Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opiniones y Resoluciones 1983, 1984, 1985", *Revista Judicial*, San José, Suprema Corte de Justicia, junio de 1988, pp. 117-132; Rafael Nieto Navia, *Introducción al sistema interamericano*, cit. *supra*, nota 14, pp. 94-108.

¹⁸ Los primeros jueces de la Corte Interamericana fueron electos en mayo de 1979; Thomas Buergenthal (Estados Unidos); Máximo Cisneros Sánchez (Perú); Huntley Eugene Munroe (Jamaica); César Ordóñez (Colombia); Rodolfo Piza Escalante (Costa Rica); Carlos Roberto Reina (Honduras), y Rafael Urquía (El Salvador). El último renunció poco tiempo después y fue sustituido por Pedro Nikken (Venezuela).

39. Los jueces son designados en votación secreta por mayoría absoluta de votos de los Estados de la Convención en Asamblea General de la OEA, de una lista propuesta por esos mismos Estados, los que pueden presentar hasta tres candidatos, que sean nacionales del Estado que los propone o de cualquier otro miembro de la Organización. El cargo dura seis años y los jueces sólo pueden ser reelegidos una vez (artículos 53 y 54 de la Convención y 5 a 9 del Estatuto).

40. No obstante que esta materia ha sido objeto de discusiones doctrinales, la Convención siguió el ejemplo de la Corte Internacional de Justicia y estableció el sistema de jueces *ad hoc*, de acuerdo con el cual, el juez que sea nacional de alguno de los Estados partes en el caso sometido a la Corte, conserva su derecho a conocer del mismo. En caso de excusa, ese Estado u otro Estado parte en el asunto que no cuente con un juez nacional, puede designar una persona de su elección para que integre la Corte.¹⁹

41. En el supuesto de que entre los jueces que conozcan una controversia, ninguno fuera de la nacionalidad de los Estados partes, cada uno de ellos podrá designar un juez *ad hoc*, pero si varios tuvieran un mismo interés en el caso, se considerarán como uno solo para el efecto de la designación. Estos jueces especiales deben reunir las cualidades señaladas para los titulares (artículos 55 de la Convención, 10 del Estatuto, 17 del Reglamento anterior y 18 del nuevo).²⁰

42. También se pueden designar *jueces interinos* por los Estados partes de la Convención, en una sesión del Consejo Permanente de la OEA, a solicitud del presidente de la Corte, cuando sea necesario preservar el quórum, (artículos 6, inciso 3, y 19 inciso 4, del Estatuto, 16 del Reglamento anterior y 17 del nuevo). El quórum para las deliberaciones de la Corte Interamericana es de cinco jueces (artículos 56 de la Convención y 23, inciso 1, del Estatuto). Las decisiones se toman por mayoría de los jueces

¹⁹ Esta situación se presentó en la práctica, ya que en los primeros tres casos contenciosos tramitados ante la Corte Interamericana contra el gobierno de Honduras, el juez Jorge R. Hernández Alcerro, de ese país, se excusó para conocer de estos asuntos, y con este motivo, el citado gobierno designó como juez *ad hoc* en los propios asuntos, al abogado Rigoberto Espinal Irías, el cual a partir del 21 de agosto de 1986 integró la Corte en relación con estas controversias.

²⁰ *Cfr.* C. A. Dunshee de Abranches, "La Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*, cit., *supra*, nota 14, p. 108. Actualmente son tres los jueces *ad hoc* designados en ausencia de nacionales, en los cuatro casos que se tramitan ante la Corte Interamericana.

presentes, con el voto de calidad para el presidente (artículos 23, inciso 2 del Estatuto y 15, incisos 3 y 4 del Reglamento).²¹

43. Los jueces de la Corte Interamericana eligen entre ellos al presidente y vicepresidente, por el plazo de dos años. El segundo sustituye al primero en sus ausencias temporales y ocupa su lugar en caso de vacancia. En el último caso, la Corte designará un vicepresidente que reemplazará al anterior por el resto de su mandato. El mismo procedimiento se sigue cuando el propio vicepresidente deje de formar parte de la Corte o renuncie antes de la expiración normal de sus funciones. El presidente dirige el trabajo de la Corte, la representa, ordena el trámite de los asuntos que se sometan al tribunal y dirige sus sesiones (artículos 12 del Estatuto y 3 a 5 del Reglamento). Además, se estatuye una Comisión Permanente integrada por el presidente, el vicepresidente y un juez nombrado por el primero. Dicha Comisión ayuda y asesora al presidente en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de que la Corte pueda designar otras comisiones para tratar temas especiales, las que en caso de urgencia podrán ser nombradas por el presidente (artículos 6.1 del Reglamento anterior y 6 del nuevo).

44. También existe una secretaría, cuyo titular es designado por la Corte por un periodo de cinco años y podrá ser reelegido. El secretario deberá poseer los conocimientos jurídicos y la experiencia requeridos para ejercer las funciones del cargo y tener conocimiento de los idiomas de trabajo del Tribunal. Además, el Secretario General de la OEA nombra un secretario adjunto en consulta con el titular, el que auxilia a este último en sus funciones y lo suple en sus ausencias temporales (artículo 14 del Estatuto, 72 a 102 del Reglamento anterior y 7 a 10 del nuevo).

45. La Corte celebra dos periodos ordinarios de sesiones al año, uno al comienzo de cada semestre, en las fechas en que el Tribunal decide en su sesión ordinaria inmediatamente anterior, pero en casos muy importantes, el presidente podrá cambiar esas fechas.

46. Las sesiones extraordinarias serán convocadas por el presidente o a petición de la mayoría de los jueces. En los casos de extrema gravedad o urgencia, cuando se requiere tomar medidas para evitar daños irreparables

²¹ Cfr. C. A. Dunshee de Abranches, *op. ult. cit.*, p. 111.

a la personas, las referidas sesiones extraordinarias pueden convocarse a solicitud de cualquiera de los jueces. Las audiencias serán públicas a menos que la Corte, en casos excepcionales, decida lo contrario; pero las deliberaciones serán privadas y permanecerán en secreto, salvo que la propia Corte considere otra cosa. La sede permanente es la ciudad de San José, Costa Rica,²² pero la Corte podrá celebrar reuniones en cualquier Estado miembro de la Organización cuando se considere conveniente por la mayoría de sus miembros y previa anuencia del gobierno respectivo.²³ Dicha sede puede ser cambiada por el voto de los dos tercios de los Estados partes en la Convención, emitidos en la Asamblea General de la OEA (artículos 58 de la Convención, 3 y 24 del Estatuto General y 14 del Reglamento).

VIII. COMPETENCIA

47. De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 1 y 2 de su Estatuto, la Corte Interamericana posee dos atribuciones esenciales: la primera, de naturaleza consultiva, sobre la interpretación de las disposiciones de la Convención Americana, así como la de otros tratados concernientes a la protección de los Derechos Humanos en los Estados Americanos; la segunda, de carácter jurisdiccional, para resolver las controversias que se le planteen respecto a la interpretación o aplicación de la propia Convención Americana.

48. Al respecto, el primero de los preceptos mencionados establece que la propia Corte es una *institución judicial autónoma* (aun cuando coincidimos con el destacado internacionalista y anterior juez de la Corte Interamericana, Héctor Gros Espiell, el que considera debe calificársele de *órgano* y no de institución²⁴ cuyo objeto es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.²⁵

²² El 10 de septiembre de 1981 fue suscrito el Convenio de Sede entre el Gobierno de Costa Rica y la Corte Interamericana, *Manual de normas vigentes en materia de derechos humanos en el sistema interamericano*, Washington, D. C., Secretaría General de la Organización de Estados Americanos, 1985, pp. 177-185.

²³ Cfr. Manuel Ventura, "Costa Rica and the Inter-American Court of Human Rights", en *Human Rights Journal*, 1983, pp. 273-281.

²⁴ "El procedimiento contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, cit., *supra*, nota 17; *id.* "Contentious Proceedings before the Inter-American Court of Human Rights" en *Emory Journal of International Dispute Resolution*, vol. 1, núm. 2, primavera, 1987, pp. 175-218, reproducido en su libro *Estudios sobre derechos humanos II*, Madrid, Civitas, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1988, pp. 145-188.

²⁵ Cfr. Manuel Ventura, "El proyecto de Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1979", *La Corte Interamericana*, cit., *supra*, nota 17, pp. 177-180; Carlos García Bauer,

a) Consultiva

49. La competencia consultiva de la Corte Interamericana, si bien puede calificarse como judicial en sentido amplio, no tiene carácter jurisdiccional como lo estima un sector de la doctrina²⁶ en virtud de que no implica la resolución de una controversia por un órgano público imparcial,²⁷ sino exclusivamente la emisión de un dictamen u opinión sobre los preceptos cuya interpretación se solicita. Es en este sector en el cual la Convención Americana otorgó una gran amplitud a las funciones de la Corte, tomando en cuenta la situación especial del continente americano, especialmente Latinoamérica, en la cual, por una experiencia histórica dolorosa, existe una desconfianza tradicional hacia el sometimiento de controversias a organismos internacionales.

50. En efecto, además de una gran flexibilidad en cuanto a la legitimación activa (que examinaremos más adelante, párrafos 54-55), la facultad consultiva de la Corte Interamericana se extiende no sólo a la interpretación de la Convención Americana, sino también respecto de “otros tratados” en los cuales se tutelén Derechos Humanos y tengan aplicación en el continente americano, lo que excede notoriamente la competencia consultiva de otros órganos judiciales internacionales, como los de la Corte Internacional de Justicia, de la Corte Europea de Derechos Humanos y aun de la Corte de las Comunidades Europeas, que son muchos más restringidas.²⁸

Los derechos humanos en América, Guatemala, 1987, pp. 161-162, estima que la Corte no tiene carácter autónomo, en virtud de que su Estatuto es aprobado por la Asamblea General de la OEA. Consideramos que la autonomía de la Corte no depende de sus facultades legislativas, aun cuando expide su Reglamento, sino que significa que no está subordinada jerárquicamente a ninguna autoridad de la OEA para dictar sus resoluciones.

²⁶ Cfr. Héctor Gros Espiel, “El procedimiento contencioso”; *id.*, “Contentious Proceedings”, ambos citados *supra*, nota 24, pp. 70 y 180-181, respectivamente.

²⁷ Sobre el concepto de jurisdicción, *cfr.* Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, “Notas relativas al concepto de jurisdicción”, *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, México, UNAM, 1974 I, pp. 29-60; Juan Montero Aroca, “Del derecho procesal al derecho jurisdiccional”, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, Montevideo, 1984, pp. 19-47; Francesco Rigano, *Costituzione e potere giudiziario*, Padova, Cedam, 1982.

²⁸ Cfr. Thomas Francesco Buergenthal, “The advisory Practice of the Inter-American Human Rights Court”, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, *cit. supra*, nota 17, pp. 24-365; B. B. Lockwood, “Advisory Opinions of the Inter-American Court of Human Rights”, en *Denver Journal of International Law and Policy*, otoño de 1984, invierno de 1985, pp. 245-267; Rafael Nieto Navia, *Introducción al Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos*, *cit. supra*, nota 14, pp. 111-122; Manuel E. Ventura Robles, “Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *cit. supra*, nota 17, pp. 118-126.

51. El concepto de "otros tratados", ha sido objeto de una interpretación extensiva por la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la opinión consultiva número uno, solicitada por el gobierno del Perú y resuelta el 24 de septiembre de 1982, en el sentido de que la citada competencia consultiva de la Corte puede ejercerse, en general, sobre toda disposición concerniente a la protección de los Derechos Humanos de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados Americanos, con independencia de que sea bilateral o multigeneral, sobre toda disposición concerniente a la protección de los derechos de los Estados parte del mismo, o bien Estados ajenos al sistema interamericano.²⁹

52. Por otra parte, además de la interpretación de los tratados de Derechos Humanos mencionados (artículo 64.1 de la Convención Americana), los Estados miembros de la OEA pueden solicitar la opinión de la Corte acerca de la compatibilidad entre cualesquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.³⁰

b) Jurisdiccional

53. La función jurisdiccional es más limitada en cuanto que de acuerdo al modelo europeo,³¹ tiene carácter potestativo para los Estados partes; es decir, sólo puede realizarse cuando los propios Estados reconozcan de manera expresa como obligatoria la competencia de la Corte, ya sea en forma incondicional, bajo condición de reciprocidad por un plazo determinado o para casos específicos. Además, como ya se ha señalado (ver *supra*, párrafo 47), las controversias planteadas ante la Corte sólo pueden referirse a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención Americana (artículo 62 de la Convención).

IX. LEGITIMACIÓN PROCESAL

54. Ésta varía si se trata del procedimiento consultivo, o bien de la tramitación de los asuntos contenciosos. En el primer supuesto, es decir,

²⁹ Cfr. Máximo Cisneros Sánchez, "Algunos aspectos de la jurisdicción consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *La Corte Interamericana*, cit. *supra*, nota 17, pp. 59-69.

³⁰ *Ibid.*, pp. 65-66; Thomass Buergenthal, Robert Norris y Dinah Shelton, *Protecting Human Rights in the Americas Selected Problems*, 2a. ed., Kehl Engel Publishers, 1986, pp. 303-308, Carlos García Bauer, *Los derechos humanos en América*, cit. *supra*, nota 25, pp. 248-294.

³¹ Cfr. Marc-André Eissen, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, trad. de Javier García de Enterría L. Velásquez, Madrid, Civitas, 1985, pp. 25-40.

en relación con la *competencia consultiva*, la legitimación activa es muy amplia, en cuanto pueden solicitar una opinión a la Corte, cualquier Estado miembro de la OEA, la Comisión Interamericana, así como otros órganos de la propia OEA, en *lo que les compete*.³² A este último respecto, la Corte Interamericana, en la Opinión Consultiva número dos, emitida el 24 de septiembre de 1982, expresó que los citados órganos de la OEA, para solicitar dictámenes, deben poseer un "*legítimo interés institucional*" que se deduce de los instrumentos y normas legales aplicables a la entidad respectiva.³³

55. Por lo que respecta a la legitimación procesal en la función estrictamente jurisdiccional, sólo pueden acudir a la Corte Interamericana para plantear una controversia relativa a la interpretación y aplicación de la Convención, en primer término la Comisión Interamericana, tratándose de reclamaciones individuales tramitadas ante ella, o bien un Estado parte de la Convención. Desde el punto de vista de la legitimación pasiva, puede ser parte demandada el Estado parte de la Convención al que se le atribuya la violación de los Derechos Humanos en la misma, siempre que hubiese reconocido expresamente la competencia de la Corte (ver *supra*, párrafo 53) (artículo 62 de la Convención). También puede ser demandada la Comisión Interamericana cuando un Estado objete la decisión de la propia Comisión (artículo 25.1 del Reglamento de la Corte).³⁴

56. Hasta la fecha, 14 Estados partes han reconocido expresamente y de manera general la competencia de la Corte Interamericana, sometiéndose a su jurisdicción: Argentina (1984); Colombia (1985); Chile (1990); Costa Rica (1980); Ecuador (1984); Guatemala (1987); Honduras (1981); Nicaragua (1991); Panamá (1990); Perú (1981); Suriname (1987); Trinidad y Tobago (1991); Uruguay (1985), y Venezuela (1981).

³² De acuerdo con el artículo 51 de la Carta de la OEA dichos órganos son: Asamblea General; las reuniones consultivas de los ministros de relaciones exteriores; los consejos permanentes de la OEA; el Consejo para la Educación, la Ciencia y la Cultura, el Comité Jurídico Interamericano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Secretaría General, así como las conferencias y las organizaciones especiales. *Cfr.* Thomas Buergenthal, "The Advisory Practice of the Interamerican Human Rights Court", cit., *supra*, nota 28.

³³ *Cfr.* Máximo Cisneros Sánchez, "Algunos aspectos de la jurisdicción consultiva", cit., *supra*, nota 29, pp. 60-61; Thomas Buergenthal, Robert Norris y Dinah Shelton, *Protecting Human Rights in the Americas*, cit., *supra*, nota 30, pp. 296-302.

³⁴ *Cfr.* Héctor Gros Espiell, "El procedimiento contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", cit., *supra*, nota 24, pp. 70-71; Thomas Buergenthal, "The Interamerican Court of Human Rights", cit., *supra*, nota 17, pp. 235-239.

X. PROCEDIMIENTO. LA TRAMITACIÓN DE OPINIONES CONSULTIVAS

57. Como lo hemos señalado anteriormente, la tramitación puede dividirse en dos categorías: consultivas y contenciosas. Examinaremos brevemente la primera.

58. Como se ha mencionado (ver *supra*, párrafo 54), tanto los Estados miembros de la OEA, como los órganos de la misma Organización, en particular la Comisión Interamericana, están legitimados para solicitar de la Corte Interamericana la interpretación de las disposiciones de la Convención de San José, de otros tratados concernientes a la protección de los Derechos Humanos en los Estados Americanos, así como de las leyes internas en cuanto a su compatibilidad con los preceptos internacionales. El procedimiento se inicia con la presentación de la solicitud respectiva, cuyas copias se envían al secretario general de la OEA, para su remisión a sus diversos órganos interesados. Al enviar dicho documento, el secretario de la Corte informará a dichos interesados y a la Comisión Interamericana, que la Corte recibirá sus observaciones escritas dentro del plazo fijado por el presidente del Tribunal (artículos 64 de la Convención, 49 a 52 del Reglamento anterior y 51 a 54 del nuevo).³⁵

59. Una institución significativa que se ha utilizado en las diversas consultas, inspirándose en el procedimiento judicial angloamericano, se refiere a los documentos presentados generalmente por organizaciones no gubernamentales que defienden los Derechos Humanos, en calidad de *Amicus Curiae*. Como lo ha señalado la doctrina, no existe disposición que se refiera expresamente a las opiniones presentadas como *Amicus Curiae*, pero su procedencia puede apoyarse en el artículo 34.1 de ambos Reglamentos, el cual dispone que la Corte podrá, ya sea a petición de una parte, o de los delegados de la Comisión, o bien de oficio, oír en calidad de testigo o de perito, o de cualquier otro título a cualquier persona, cuyo testimonio o declaraciones se estimen útiles para el cumplimiento de su tarea.³⁶

³⁵ Algunos Estados parte, y casi siempre la Comisión Interamericana, formulan observaciones sobre las consultas solicitadas. Cfr. Thomas Buergenthal, "The Advisory Practice of the Inter-American Human Rights Court", cit., *supra*, nota 28, pp. 36-39.

³⁶ Cfr. Charles Moyer, "The Role of Amicus Curiae in the Inter-American Court of Human Rights", *La Corte Interamericana*, cit., *supra*, nota 17, pp. 103-114.

60. Una vez terminada la tramitación escrita, la Corte puede fijar una o varias audiencias de carácter oral para escuchar las opiniones de los delegados del Estado u organismos que han solicitado la opinión, así como los de aquellos otros gobiernos u organismos que tengan interés en expresar sus puntos de vista en dichas audiencias. Ha sido una práctica constante que la Comisión Interamericana envíe delegados a las audiencias, aun en los casos en los cuales no ha pedido el dictamen de la Corte.

61. Con las audiencias se termina el procedimiento y se inician las deliberaciones de los jueces para adoptar la opinión, a la cual se le da lectura en una audiencia pública. Los jueces pueden redactar opiniones individuales, ya sean concurrentes o de disidencia, las que también han sido frecuentes. Finalmente, debe destacarse, que en relación con el citado procedimiento, pueden aplicarse, cuando se estime conveniente, las disposiciones del Reglamento relativas al procedimiento contencioso (artículos 53 y 54 del Reglamento anterior y 44 a 48 del nuevo).

62. Como resulta explicable debido a la reticencia en aceptar la competencia contenciosa de la Corte por los Estados parte, que lo han hecho de manera muy paulatina (ver *supra*, párrafo 56), el procedimiento consultivo ha sido utilizado con mucha mayor frecuencia. En efecto, hasta la fecha se han emitido por la Corte Interamericana 12 opiniones consultivas. Todas ellas han sido de gran utilidad para fijar una verdadera jurisprudencia sobre la interpretación de varios preceptos esenciales de la Convención Americana, que de otra manera no hubiera sido posible efectuar, en virtud de que los primeros casos contenciosos en sentido estricto, fueron sometidos por la Comisión Interamericana a la Corte hasta abril de 1986.³⁷

63. Las dos primeras consultas fueron resueltas el 24 de septiembre de 1982. La primera, solicitada por el gobierno del Perú sobre "Otros Tratados", objeto de la función consultiva de la Corte (artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) (ver *supra*, párrafo 21), y la segunda pedida por la Comisión Interamericana se refirió al efecto de las reservas en la entrada en vigencia de la propia Convención (artículos

³⁷ Cf. Rafael Nieto Navia, "La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Corte Interamericana*, cit. *supra*, nota 17, pp. 115-153; *Id. Introducción al Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos*, cit. *supra*, nota 14, pp. 109-171; Ángel G. Chueca Sancho, "La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos, 3, 1985, pp. 573-599.

74 y 75). La tercera fue emitida el 8 de septiembre de 1983, a petición de la Comisión Interamericana, respecto a las restricciones a la pena de muerte (artículos 4.2 y 4.4 de la Convención). La número cuatro fue emitida el 10 de enero de 1984, a solicitud del gobierno de Costa Rica, en relación con la propuesta de modificación a la Constitución Política de ese país, sobre la naturalización, y es la única que ha versado sobre la compatibilidad de preceptos del ordenamiento interno, inclusive en proyecto, con la Convención Americana (artículo 64.2).

64. La opinión número cinco fue dictada el 13 de noviembre de 1985, a petición del gobierno de Costa Rica, sobre la colegiación obligatoria de los periodistas en relación con la libertad de pensamiento y de expresión consagrada por el artículo 13 de la Convención. Esa opinión fue objeto de numerosos comentarios en la prensa de varios países por la trascendencia del dictamen. La siguiente, es decir, la número seis, fue pronunciada el 9 de mayo de 1986, a solicitud del gobierno de Uruguay, y versó sobre la expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana, precepto que se refiere a las restricciones de los Derechos Humanos permitidas por la misma Convención. La opinión número siete fue dictada el 29 de agosto de 1986, a petición del gobierno de Costa Rica, respecto a la exigibilidad del derecho de respuesta que tiene toda persona afectada con informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de los medios de difusión (artículo 14 de la Convención).

65. Las opiniones ocho y nueve, se encuentran muy relacionadas entre sí. La primera fue emitida el 30 de enero de 1987, a solicitud de la Comisión Interamericana y se refiere al *habeas corpus* bajo la suspensión de garantías (artículos 27.2, 25.1 y 7.6 de la Convención Americana), en tanto que la segunda fue pronunciada el 6 de octubre del mismo año, a instancia del gobierno de Uruguay, sobre las garantías judiciales en situaciones de emergencia (artículos 27.2, 25 y 8 de la Convención Americana) (ver *infra*, párrafo 36).

66. La resolución número diez se promovió el 14 de julio de 1989 y fue solicitada por el gobierno de Colombia respecto al valor imperativo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de mayo de 1948. Aun cuando esta Declaración no es un tratado, tiene efectos vinculatorios para los Estados parte de la OEA en virtud de las incorporaciones que se han hecho de la misma en tratados multilaterales, como la Carta de la OEA y la Convención Americana de Derechos Humanos.

67. La resolución número once, emitida el 10 de agosto de 1990, fue solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sobre la obligación de agotar los recursos internos cuando se carece de los medios económicos suficientes para contar con la asesoría de un abogado, o cuando existe un temor generalizado entre éstos para tomar la defensa de los afectados. La Corte estableció, al interpretar el artículo 46.1 a) de la Convención, que los Estados tienen la carga de la prueba para demostrar que existen recursos internos idóneos que no hayan sido agotados, y los reclamantes deben probar que debido a su situación de indigencia, no pudieron asesorarse de un abogado, cuando el caso lo requiere, o que existe un temor generalizado que impide a los abogados encargarse de su defensa.

68. La última resolución, es decir, la número doce, se pronunció el 6 de diciembre de 1991 a solicitud del gobierno de Costa Rica, sobre la conformidad de un proyecto de ley que se discute en la Asamblea Legislativa, con el artículo 8.2 h) de la Convención Americana de Derechos Humanos, sobre el derecho de apelación contra todas las decisiones dictadas por los tribunales penales. La Corte se abstuvo de responder la consulta con el argumento esencial de que se encontraba claramente ante uno de esos eventos en los cuales, por cuanto podría desvirtuarse la jurisdicción contenciosa y verse *menoscabados los Derechos Humanos* de quienes han formulado peticiones ante la Comisión Interamericana, no resultaba conveniente conocer y decidir la citada consulta.

69. Todas estas opiniones consultivas han sido de gran importancia para establecer el alcance y contenido de varios preceptos de la Convención Americana, pero como sería imposible analizar, así sea brevemente todas ellas, consideramos que asumen particular trascendencia las siguientes: la número seis puesto que se refiere a la expresión “leyes” a los efectos de la restricción permitida de los Derechos Humanos consagrados por la Convención (artículo 30), ya que al respecto, la Corte Interamericana consideró que las leyes a que se refiere dicho precepto, significan normas jurídicas de carácter general, ceñidas al bien común, emanadas de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaboradas según el procedimiento establecido por las Constituciones de los Estados partes para su formación.

70. También es conveniente señalar las opiniones de la Corte en las consultas octava y novena. En la primera se señaló que los procedimientos

jurídicos señalados en los artículos 25.1 (amparo) y 7.6 (*habeas corpus*) de la Convención Americana, no pueden ser suspendidos con apoyo en el artículo 27.2 de la misma, porque constituyen garantías judiciales indispensables para proteger derechos y libertades que tampoco pueden suspenderse según la misma disposición. En la opinión número nueve formulada por la Corte, ésta estableció que deben considerarse como garantías judiciales indispensables no susceptibles de suspensión, en los términos de los preceptos mencionados, el *habeas corpus*, el amparo, o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, destinados a garantizar el respeto a los derechos y libertades cuya suspensión no está autorizada por la misma Convención, y que también deben considerarse como no suspendibles, los procedimientos judiciales inherentes a la forma democrática representativa de gobierno, previstos en el derecho interno de los Estados parte como idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los propios derechos no suspendibles y cuya supresión o limitación comporte la indefensión de tales derechos.³⁸

XI. EL PROCEDIMIENTO DE LAS CONTROVERSIAS JURISDICCIONALES

71. Este procedimiento se inspira esencialmente en el establecido para los asuntos contenciosos sometidos a la Corte Internacional de Justicia y a la Corte Europea de Derechos Humanos, en cuyos lineamientos procesales existe un paralelismo, que con algunos matices han sido recogidos por la Convención Americana y por los Reglamentos de la Corte Interamericana.³⁹

72. La tramitación de acuerdo con el Reglamento anterior se iniciaba con la presentación de una instancia (que se calificaba de demanda), ya sea por la Comisión Interamericana o por el Estado parte, en este segundo supuesto, cuando se consideraba que otro Estado parte que hubiese conocido la competencia de la Corte, hubiese infringido los derechos humanos consagrados en la Convención Americana, o en virtud de que existiera inconformidad con la decisión de la propia Comisión (artículo 25 del citado Reglamento).⁴⁰ En el actual Reglamento de 1991, la demanda

³⁸ Cfr. Daniel G. Zovatto, "La interpretación del artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José, núm. 7, enero-junio de 1988, pp. 41-65.

³⁹ Cfr. Héctor Gros Spiel, "El procedimiento contencioso ante la Corte Interamericana", *Id.*, "Contentious Proceedings", ambos, cit., *supra*, nota 24, 73-74, 182-184.

debe ser fundamentada, ya que debe contener una exposición de hechos, las pruebas aducidas, los fundamentos de derecho y las conclusiones pertinentes (artículo 26).

a) Excepciones preliminares

73. De acuerdo con el Reglamento anterior (artículo 27) una vez notificada la demanda y contestada por el Estado o la Comisión demandados, podían presentarse las que el Reglamento de la Corte calificaba como "excepciones preliminares", que comprende las que en el proceso común se califican como dilatorias, y aquellas relacionadas con los presupuestos procesales (que deben ser resueltas de inmediato), y las que se refieren al objeto del proceso, que deben decidirse conjuntamente con la cuestión de fondo. Esas objeciones preliminares no suspenden el procedimiento y se analizan tomando en cuenta las exposiciones escritas y las pruebas de las partes. Según el nuevo Reglamento (artículo 31), dichas excepciones preliminares deben ser opuestas dentro de los treinta días siguientes a la interposición de la demanda.

74. Los problemas relativos a las excepciones preliminares son complejos, pues dentro de ellas pueden quedar comprendidas cuestiones procesales de diversa naturaleza, como son las relativas a la competencia de la Corte, las condiciones de admisibilidad (como por ejemplo la conclusión del procedimiento contradictorio ante la Comisión Interamericana), los presupuestos procesales propiamente dichos, y algunas otras cuestiones que pueden estar relacionadas con el fondo. Entre estas últimas se encuentra el problema del agotamiento de los recursos internos, que es uno de los requisitos esenciales para la procedencia de las reclamaciones individuales ante la propia Comisión (artículos 46 de la Convención y 37 del Reglamento de la propia Comisión), y que con independencia de la apreciación de esta última, la Corte se encuentra en libertad de examinar.⁴¹

⁴⁰ De acuerdo con lo establecido por el artículo 25.1 del Reglamento anterior, la citada demanda, interpuesta por un Estado parte o por la Comisión Interamericana, debería contener la indicación del objeto de la misma, los Derechos Humanos involucrados y, en su caso, las objeciones elevadas contra la opinión de la citada Comisión, así como el nombre y dirección de los agentes o delegados.

⁴¹ *Cfr.* sobre este complicado problema, la obra clásica de A. A. Cancado Trindade, *The application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in the International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, pp. 1-42; *Id.*, "O esgotamento dos recursos internos e a evolução da noção de Vittima no direito internacional dos direitos humanos", en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, núm. 3, enero-junio de 1986, pp. 5-78.

75. La Corte Interamericana ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta etapa preliminar en los primeros casos contenciosos que le fueron sometidos por la Comisión en contra del gobierno de Honduras, ya que este último interpuso varias excepciones preliminares relativas a defectos de tramitación ante la Comisión y a la falta de agotamiento de los recursos internos. Se consideró tan importante este planteamiento que la Corte celebró audiencias públicas en cada uno de estos casos, para escuchar los puntos de vista de los delegados de la Comisión y del Gobierno demandado. El 26 de junio de 1987 la Corte dictó resolución en cada uno de los tres asuntos, desestimando las excepciones preliminares interpuestas, con excepción de las relativas al agotamiento de los recursos internos, que ordenó unir a la cuestión de fondo.

76. Además, en dos de los tres asuntos que la Corte Interamericana está tramitando actualmente, también se presentaron excepciones preliminares, es decir, en los casos de Asek Gagaran Panday contra el gobierno de Suriname y en el de Neira Alegría y otros contra el gobierno de Perú. La Corte también desestimó dichas excepciones preliminares planteadas por los citados Gobiernos, mediante resoluciones de 4 a 11 de diciembre de 1991, y decidió continuar el procedimiento.

b) Fases escrita y oral del procedimiento contencioso

77. En el supuesto de que no se planteen cuestiones preliminares, o bien que las mismas sean desechadas, como en los procesos mencionados, se inician las dos etapas del procedimiento contradictorio, una escrita y otra de carácter oral, en la inteligencia de que el presidente de la Corte, después de escuchar las opiniones de los representantes de las partes, señala los plazos en los cuales deben presentarse las instancias y otros documentos (artículos 28 y 29 del Reglamento anterior y 29 del nuevo).

78. De acuerdo con el Reglamento anterior, la parte escrita del procedimiento comprendía la presentación de una memoria y de una contramemoria; pero en circunstancias especiales, la Corte podía autorizar también la formulación de réplica y dúplica (artículo 30). De acuerdo con el artículo 29 del Reglamento aprobado en 1991, se simplifica el citado procedimiento escrito, pues se suprime la memoria y la contramemoria del anterior, y esta etapa se reduce a la presentación de la demanda fundamentada (que sustituye la memoria anterior), y la contestación de la misma

(que abarca la anterior contramemoria) en un plazo de tres meses siguientes a la presentación de la propia demanda.

79. La apertura del procedimiento oral se efectúa previa consulta con los representantes de las partes y delegados de la Comisión, procedimiento que se concentra en una o varias audiencias, en las cuales se desahogan las declaraciones de los peritos, de los testigos y de otras personas que la Corte decida oír. Todos pueden ser interrogados por los jueces y también por los representantes de las partes, bajo la moderación del presidente del Tribunal (artículos 32 y 41 del Reglamento anterior y 33 a 42 del nuevo).

c) Terminación anticipada del proceso

80. Esto puede ocurrir en tres hipótesis: la primera cuando la parte actora notifica al secretario de la Corte su intención de desistir. Si las otras partes aceptan dicho desistimiento, la Corte puede ordenar el archivo del expediente, después de conocer los puntos de vista de la Comisión Interamericana. También puede ordenarse el archivo del asunto cuando en una causa presentada por la citada Comisión, ésta recibe comunicación de una solución amistosa, de una avenencia o de otro hecho apto para proporcionar una solución amistosa del litigio. No obstante lo anterior, la propia Corte está facultada para resolver que se prosiga en el examen del caso (artículo 42 del Reglamento anterior y 43 del nuevo).

81. Una tercera forma de terminación anticipada del proceso consiste en el reconocimiento de la responsabilidad del Estado demandado respecto a los hechos que se le imputan y que equivale al *allanamiento*. Esta situación se presentó en el tercer caso que la Corte tramita actualmente y es el de Alobeote y otros contra el Gobierno de Suriname, ya que este último aceptó su responsabilidad de manera expresa y, por lo tanto, la Corte Interamericana en su resolución de 4 de diciembre de 1991 y con apoyo de dicho reconocimiento, consideró terminado el procedimiento en cuanto al fondo y sólo se dejó abierto para el efecto de las reparaciones y costas.

d) Medidas precautorias o cautelares

82. En cualquier etapa del procedimiento, siempre que se trate de casos de extrema gravedad y urgencia y cuando se haga necesario evitar daños

irreparables a las personas, la Corte podrá tomar las medidas provisionales que considere convenientes. Cuando se trate de asuntos que aún no están sometidos a su conocimiento, el Tribunal podrá actuar a solicitud de la Comisión Interamericana. Dichas medidas se pueden decretar en cualquier momento, de oficio, a petición de una de las partes o de la Comisión (artículos 62.2 de la Convención, 23 del Reglamento anterior y 24 del nuevo).⁴²

83. La Corte Interamericana, en la tramitación de los tres casos contenciosos, ya resueltos, ejercitó sus atribuciones sobre medidas precautorias. En efecto, de oficio y al tener conocimiento del asesinato de una de las personas convocadas a declarar y posteriormente de otra que ya había rendido su testimonio, hechos ocurridos en la ciudad de Tegucigalpa, la Corte solicitó al gobierno de Honduras, por auto de 15 de enero de 1988, que tomara las medidas necesarias para prevenir nuevos atentados contra los derechos fundamentales de quienes hubiesen comparecido o estuviesen llamados a serlo, y que realizara las investigaciones de los crímenes citados. A petición de la Comisión Interamericana, la propia Corte después de celebrar una audiencia pública para escuchar a las partes, dictó un nuevo proveído del 19 del propio mes de enero, para pedir al propio gobierno medidas precautorias adicionales para proteger la integridad física de los testigos y demás comparecientes, así como informes sobre las investigaciones analizadas en relación con los asesinatos mencionados. En todos los procedimientos citados, el gobierno manifestó su conformidad con las medidas acordadas. La Corte, con fundamento en el artículo 63.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y a solicitud de la Comisión Interamericana, pronunció dos resoluciones sobre *medidas provisionales* en asuntos que todavía no son de su conocimiento, por tratarse de casos urgentes en los cuales se pretende evitar daños irreparables a las personas. En el caso *Hugo Bustíos contra el Gobierno de Perú*, por Acuerdo del presidente de 5 de junio de 1990 y la resolución de la Corte de 8 de agosto del mismo año, se emitió una medida provisional para la protección de testigos en zonas conflictivas. La segunda resolución fue motivada por el caso *Chunimá*, población situada en el Departamento del Quiché, Guatemala, en un asunto que se tramita en dicha Comisión Interamericana en contra del gobierno de dicho país, según Acuerdo del presidente de 15 de julio de 1991 y la resolución de la Corte de 1o. de agosto siguiente, se

⁴² Cfr. Thomas Buergenthal, "The Inter-American Court of Human Rights", cit. *supra* nota 17, pp. 240-241. Héctor Gros Espiell, "El procedimiento contencioso", cit. *supra* nota 24, pp. 83-84.

dictó la medida precautoria para la protección de la vida en peligro de catorce personas.

e) La Comisión Interamericana como parte

84. No existe consenso doctrinal sobre la situación de la Comisión Interamericana en sus intervenciones ante la Corte, puesto que las mismas pueden configurar diversas posiciones, tomando en consideración que de acuerdo con el artículo 57 de la Convención de San José: “La Comisión comparecerá en todos los casos ante la Corte”, lo que significa que en los supuestos de competencia del citado Tribunal, ya sea jurisdiccional o consultiva, debe tomarse en cuenta a la propia Comisión.

85. A nuestro modo de ver, la Comisión Interamericana puede asumir tres posiciones en relación con el procedimiento contencioso ante la Corte. La primera de ellas, y la más importante en nuestra opinión, es la de parte demandante en los supuestos de no obtener en las reclamaciones individuales una solución amistosa, ni tampoco el cumplimiento de las recomendaciones que formula a determinado Estado, miembro de la OEA o parte de la Convención Americana, cuando éste no efectúa las actividades necesarias para reparar la violación denunciada, y entonces la propia Comisión opta por formular una instancia ante la Corte (la otra alternativa es publicar la decisión) (artículos 50 y 51 de la Convención, 47 a 50 del Reglamento de la Comisión).⁴³

86. En este supuesto, es decir, como parte demandante, la Comisión actúa en una posición similar, pero no idéntica, al Ministerio Público, como acusadora en contra del Estado o Estados demandados que hubiesen aceptado la competencia de la Corte y que se estiman, por la Comisión, como infractores de los derechos de los promoventes o denunciantes. Decimos que como parte acusadora, la actividad de la Comisión no es totalmente equiparable a la del Ministerio Público, si se toma en cuenta que el procedimiento contencioso ante la Corte no asume carácter de proceso penal, en virtud de que no tiene por objeto determinar la imputación criminal, si existe, de las personas que realizaron los hechos que se consideraron violatorios, sino establecer la responsabilidad internacional

⁴³ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, “El sistema americano de protección de los derechos humanos”, en *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, núm. 1, México, UNAM, enero-abril de 1986, pp. 71-72.

del Estado en el cual se cometieron los actos que infringieron la Convención Americana.⁴⁴

87. También puede figurar la Comisión Interamericana como parte demandada por un Estado que se encuentre en desacuerdo con las conclusiones de la propia Comisión, que le afecten (artículo 25.1 del Reglamento anterior de la Corte y 26.2 del nuevo). Pero aun cuando la propia Comisión no actúe como demandante o como demandada, debe ser considerada como parte en todo caso contencioso, de acuerdo con lo establecido por el artículo 28 del Reglamento de la Corte y 28.1, inciso C, del nuevo. En este supuesto, la doctrina considera que existe una tercera posición de parte.⁴⁵ Pensamos que no se trata propiamente de una parte que asuma una actitud contradictoria,⁴⁶ sino que al intervenir como un órgano de protección de los Derechos Humanos, adopta una posición también similar a la del Ministerio Público en los diversos tipos de proceso que no tengan carácter penal, en los que no tiene una función acusadora, sino de representantes de intereses sociales, en relación con los cuales actúa más bien como asesor del tribunal y no como parte en sentido estricto.⁴⁷

f) Sentencias

88. Una vez que ha terminado la instrucción y celebradas las audiencias de fondo, la Corte debiera en privado para establecer una votación preliminar, de acuerdo con la cual designa a uno o más ponentes entre los jueces de la mayoría o minoría respectivas, fijándose entonces la fecha de la discusión y votación definitivas, en la que se aprueba la redacción del fallo, que se comunica a las partes en una audiencia pública. El fallo será firmado por todos los jueces que participaron en la votación, los que pueden formular votos de disidencia o concurrentes, pero es válida la resolución

⁴⁴ Sobre las diferencias entre el proceso penal y el de la Corte Interamericana en los casos contenciosos, *cfr.* Rodolfo Piza Escalante, "La jurisdicción contenciosa del Tribunal Interamericano de Derechos Humanos", en *Corte Interamericana*, cit. *supra*, nota 24, pp. 161-162.

⁴⁵ *Cfr.* Héctor Gros Espiell, "El procedimiento contencioso", cit. *supra* nota 24, p. 79.

⁴⁶ *Cfr.* Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, "El antagonismo juzgador-partes: situaciones intermedias y dudosas", en *Estudios de teoría general e historia del proceso*, cit. *supra* nota 27, I, pp. 303-309.

⁴⁷ *Cfr.* Mauro Cappelletti, "The Role of Ministère Public, The Prokuratura, and the Attorney General in Civil Litigation, with a Glance at other forms or Representation of Public and Group Interest in Civil Proceedings", *Public Interest Parties and the Active Role of the Judge in Civil Litigation*, Milano-Dobbs Ferry, Giuffrè-Oceana, New York, 1975, pp. 13-99.

suscrita por la mayoría de los jueces (artículos 66 de la Convención, 45 del Reglamento anterior y 46 del nuevo).

89. La Corte ha decidido ya cuatro casos contenciosos, los cuales fueron sometidos, todos ellos, por la Comisión Interamericana contra los Gobiernos de Honduras y Suriname. De estos procesos, los dos primeros (Ángel Manfredo Velázquez Rodríguez y Saúl Godínez Cruz) se resolvieron en cuanto al fondo el 29 de julio de 1988 y se determinó la responsabilidad del Gobierno de Honduras. El tercero (Francisco Fairén y Yolanda Solís) fue resuelto el 15 de marzo de 1989 con la absolución del propio Gobierno y en el cuarto (Aloboetor y otros) la Corte en su resolución de 4 de diciembre de 1991, tomó nota del reconocimiento de responsabilidad efectuado por la República de Suriname. En los primeros dos casos condenatorios, la Corte dictó *resoluciones compensatorias* el 15 de marzo de 1989, señalando el monto de las indemnizaciones en favor de los familiares de las víctimas. En dichas resoluciones se fijó una suma que debería cubrir el Gobierno a las viudas y la creación de un fideicomiso para los hijos menores hasta los veinticinco años.

90. El fallo es definitivo e inapelable. En el supuesto de desacuerdo sobre el sentido y alcance de la resolución, a solicitud de cualquiera de las partes, presentada dentro de los noventa días a partir de la fecha de su notificación, la Corte Interamericana interpretará su decisión, pero sin que esa solicitud suspenda los efectos de la sentencia (artículos 66 y 67 de la Convención, 48 del Reglamento anterior y 50 del nuevo). En los casos contra el Gobierno de Honduras (véase *supra*, párrafo 89), el Gobierno autorizó dicho pago un año después, mediante Decreto de 21 de julio de 1990. Por este motivo, la Comisión solicitó a la Corte Interamericana la interpretación de las sentencias compensatorias antes señaladas, y esta última resolvió el 17 de agosto de 1990, que el citado Gobierno debía cubrir los intereses moratorios por el retraso y compensar el valor del Lempira que se había devaluado sustancialmente.

g) Cumplimiento del fallo

91. Cuando la sentencia determina la responsabilidad del Estado demandado, no puede ejecutarse de manera forzada como ocurre en el proceso interno, por lo que un sector de la doctrina considera que dicha sentencia de la Corte Interamericana es *obligatoria pero no ejecutiva*, en

virtud de que, en los términos del artículo 68 de la Convención, los Estados partes de la misma que hubiesen reconocido la competencia de la propia Corte, se comprometen a cumplir con la decisión del Tribunal, en todo caso en que sean partes.⁴⁸

92. Existe, sin embargo, un medio de presión moral para lograr el cumplimiento del fallo, a través del informe anual que debe presentar la Corte Interamericana a la consideración de la Asamblea General de la OEA, en el que, de manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalarán los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a su decisión (artículos 65 de la Convención y 30 del Estatuto de la Corte). Este medio ha sido aplicado en los dos casos condenatorios contra el Gobierno de Honduras (véase *supra*, párrafo 89), ya que el citado Gobierno ha entregado las sumas originales, pero no ha cumplido con las compensaciones. Por este motivo la Corte Interamericana señaló este incumplimiento en su informe anual de 1990 ante la Asamblea General efectuada en Santiago de Chile, los días 3 a 8 de junio de 1991. Al respecto, el destacado internacionalista profesor A. H. Robertson, por desgracia recientemente desaparecido, consideró que si bien la presentación de un informe anual es un procedimiento poco usual para un órgano judicial, puede ser un medio eficaz para lograr la ejecución del fallo, puesto que la publicidad del incumplimiento es algo que la mayoría de los gobiernos prefiere evitar.⁴⁹

93. Como se ha señalado, si la Corte decide en su fallo que hubo violación de un derecho o libertad protegidos por la Convención de San José, dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados, y si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación violatorias. En el último supuesto, la indemnización compensatoria se podrá exigir al país respectivo, por conducto del procedimiento interno vigente para la ejecución de las sentencias contra el Estado (artículos 63.1 y 68.2 de la Convención).⁵⁰

⁴⁸ Cfr. C. A. Dunshee de Abranches, "La Corte Interamericana", cit. *supra* nota 20, p. 125.

⁴⁹ "Pacto y protocolo opcional de las Naciones Unidas, Convención Americana y Convención Europea sobre Derechos Humanos. Estudio Comparativo", *La protección internacional de los derechos humanos*, cit. *supra* nota 15, p. 187.

⁵⁰ Cfr. Thomas Buergenthal, "The Inter-American Court of Human Rights", cit. *supra* nota 17, p. 241; Héctor Gros Espiell, "El procedimiento contencioso", cit. *supra* nota 24, pp. 89-93.

XII. CONCLUSIONES

94. *Primera.* En los ordenamientos constitucionales latinoamericanos se observa una evolución dirigida a otorgar jerarquía superior, así sea con ciertas limitaciones, a las normas de Derecho internacional, particularmente las de carácter convencional, sobre los preceptos de nivel interno, inspirándose de alguna manera en la evolución que se observa en los países de Europa continental con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial.

95. *Segunda.* Dicha evolución se puede analizar desde tres sectores. En primer término, por lo que respecta al Derecho internacional general; en segundo lugar, por lo que se refiere a un incipiente derecho comunitario, y finalmente en cuanto al Derecho internacional de los Derechos Humanos, que es el que ha tenido mayor desarrollo en los últimos años.

96. *Tercera.* Por lo que se refiere a la primera categoría, algunas Constituciones consagran el reconocimiento expreso de las normas y principios de Derecho internacional, como se dispone en las Cartas de Ecuador y Panamá, y en otras, se establece que en caso de conflicto entre un tratado internacional y una ley ordinaria interna, prevalecerá el tratado (pero no respecto de las disposiciones constitucionales). En esta dirección podemos mencionar a las Constituciones de Honduras y El Salvador.

97. *Cuarta.* El derecho comunitario, integrado por norma que deben considerarse intermedias entre el Derecho internacional general y el derecho interno, ha sido desarrollado de manera considerable en los países de Europa Continental, pero también algunos pertenecientes a la familia o tradición del *common law*, como Inglaterra e Irlanda. Implica el establecimiento de una jurisdicción internacional para la resolución de controversias que derivan de la aplicación de las disposiciones comunitarias, con jerarquía superior a los derechos nacionales, en cuanto a las materias de la integración. Por este motivo se creó el Tribunal de la Comunidad Europea en Luxemburgo, que ya cuenta con una sólida y abundante jurisprudencia. En América Latina, el derecho comunitario debe considerarse incipiente, pues únicamente se ha establecido, con bastantes limitaciones, respecto de la llamada Comunidad Andina, que se apoya en el llamado "Acuerdo de Cartagena" de 26 de mayo de 1966, y que está formada actualmente por Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela. Esta integración ha desembocado en el establecimiento de un tribunal

especializado, que se conoce como Tribunal del Acuerdo de Cartagena, que reside en la ciudad de Quito, a partir de enero de 1984, pero con una competencia y una actividad sumamente restringidas.

98. *Quinta.* El sector más dinámico es el relativo al derecho internacional de los Derechos Humanos que posee un carácter preponderantemente convencional. Varias Constituciones latinoamericanas han otorgado a los tratados de Derechos Humanos una primacía expresa en el derecho interno. En este sentido podemos mencionar las Cartas Fundamentales de Guatemala, Perú, Chile y Colombia, pero con algunas modalidades, ya que por una parte la Constitución chilena señala la limitación de la soberanía de los Derechos Humanos, Perú otorga a las disposiciones de dichos pactos cuando han sido incorporadas al derecho interno, carácter constitucional, y por su parte la más reciente Constitución latinoamericana, es decir, la de Colombia de 7 de julio de 1991, dispone, además de la supremacía de los mismos tratados de Derechos Humanos en el ámbito interno, que los derechos y deberes consagrados en la propia Carta Fundamental, deben interpretarse de conformidad con los propios tratados.

99. *Sexta.* Además, debe destacarse, que con excepción de la Constitución de Perú que establece el expreso reconocimiento de las instancias internacionales, son varios los países de nuestra Región que han reconocido de manera expresa la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, hasta el momento 14, pero con la tendencia de incrementar su número.

100. *Séptima.* La evolución hacia la preeminencia de los tratados sobre Derechos Humanos en el ámbito de los ordenamientos constitucionales latinoamericanos, ha culminado con el reconocimiento de los organismos de justicia internacional, tales como la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en particular, por conducto de la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José, Costa Rica, y que han tomado como modelo, aun cuando con aspectos peculiares, a la Comisión y a la Corte Europea de Derechos Humanos. En cuanto a la integración económica, que en Europa a través del Tribunal de Luxemburgo, ha conducido a una tutela judicial indirecta, pero significativa, de los Derechos Humanos, no ha tenido sino un éxito muy restringido en la esfera latinoamericana, pero al menos se ha iniciado en los países andinos, a través del Acuerdo de Cartagena, los que han establecido, siguiendo el ejemplo del citado Tribunal de las Comunidades

Europeas, el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, con competencia restringida respecto de su paradigma europeo, pero que significa un incipiente sistema de resolución de conflictos sobre la aplicación de las disposiciones comunitarias, en relación con las de carácter interno.

101. *Octava.* La Corte Interamericana de Derechos Humanos constituye la culminación del sistema americano de protección de los propios derechos, el cual se inspiró en los lineamientos fundamentales del modelo europeo, como se señaló anteriormente, en cuanto a los órganos encargados de la tutela judicial de los propios derechos fundamentales, ya que se encomienda dicha tutela a la Comisión y a la propia Corte Interamericana, la primera como órgano de instrucción de las reclamaciones individuales, que no pueden plantearse directamente ante la Corte. Sin embargo, el sistema americano, en virtud de la diversa situación económica, política, social y cultural del continente, y particularmente de Latinoamérica, estableció modalidades peculiares de gran importancia, que se derivaron de la experiencia de la protección de los Derechos Humanos en nuestra región, en especial a través de la valiosa labor de la Comisión Interamericana que fue creada y funcionó activamente dos décadas anteriores al establecimiento de la Convención Americana de Derechos Humanos.

102. *Novena.* La Corte Interamericana de Derechos Humanos fue establecida en el capítulo VIII (artículos 52-69) de la Convención Americana, suscrita en la ciudad de San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, que entró en vigor el 18 de julio de 1978. El Estatuto de la Corte Interamericana fue adoptado por la Asamblea General de la OEA en octubre de 1979, con vigencia a partir del primero de enero de 1980. La propia Corte se instaló en la mencionada ciudad de San José, el 3 de septiembre del mismo año de 1979, aprobó su primer reglamento en agosto de 1980 y su segundo reglamento en enero de 1991, el cual está en vigor a partir de agosto del mismo año. Se integra con siete jueces, nacionales miembros de los Estados miembros de la OEA, elegidos a título personal, y no puede haber más de uno de la misma nacionalidad. Se adoptó en la Convención Americana el sistema de la Corte Internacional de Justicia, sobre la designación de jueces *ad hoc*, por parte de los Estados partes, cuando no exista un miembro nacional o bien éste se hubiere excusado.

103. *Décima.* De acuerdo con lo establecido por los artículos 1o. y 2o. de su Estatuto, la Corte Interamericana (como institución, en realidad,

órgano judicial autónomo) posee dos atribuciones esenciales: la primera de *naturaleza consultiva*, sobre la interpretación de las disposiciones de la Convención Americana, así como la de otros tratados concernientes a la protección de los Derechos Humanos en los Estados americanos; la segunda de *carácter jurisdiccional*, tiene por objeto resolver las controversias que se le planteen respecto a la interpretación de la propia Convención Americana.

104. *Decimoprimera*. La competencia consultiva asume una gran flexibilidad tanto por lo que se refiere a la legitimación activa, ya que puede ser solicitada no sólo por los Estados miembros de la OEA, la Comisión Interamericana y cualquier otro organismo de la propia Organización de los Estados Americanos, dentro del ámbito de sus funciones, sino también respecto del contenido de las consultas, ya que éste se extiende no sólo a la interpretación de la Convención Americana o a la compatibilidad del derecho interno de los países respectivos con la propia Convención, sino también a otros tratados en los cuales se tutelan Derechos Humanos y tengan aplicación en el continente americano, lo que supera notoriamente la competencia consultiva de otros órganos judiciales internacionales, como la de la Corte Internacional de Justicia, de la Corte Europea de Derechos Humanos y la de la Corte de las Comunidades Europeas, que en las tres es mucho más restringida.

105. *Decimosegunda*. La función jurisdiccional de la Corte es más limitada que la consultiva, pues de acuerdo con el modelo europeo, tiene carácter potestativo para los Estados partes, es decir, sólo puede ejercitarse cuando los propios Estados reconozcan de manera expresa como obligatoria la competencia de la Corte, ya sea en forma incondicional, bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Además, las controversias planteadas ante la propia Corte únicamente pueden referirse a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención Americana. Hasta la fecha catorce Estados partes han reconocido de manera expresa y general, la competencia de la Corte Interamericana, sometiéndose a su jurisdicción: Argentina (1984); Colombia (1985); Chile (1990); Costa Rica (1980); Ecuador (1984); Guatemala (1987); Honduras (1981); Nicaragua (1991); Panamá (1991); Perú (1981); Suriname (1987); Trinidad y Tobago (1991); Uruguay (1985) y Venezuela (1981).

106. *Decimotercera*. El procedimiento contencioso se inspira esencialmente en el establecido para las controversias sometidas a la Corte Internacional de Justicia y a la Corte Europea de Derechos Humanos, en cuyos

lineamientos procesales existe un paralelismo, que con algunos matices han sido recogidos por la Convención Americana y por los dos Reglamentos de la Corte Interamericana, el último de los cuales ha simplificado y abreviado el procedimiento el cual se iniciaba con la presentación de la demanda por la Comisión Interamericana o por uno o varios Estados partes, que se notifica al Estado o Comisión (en el supuesto de inconformidad por su decisión) demandados, los que pueden plantear en su contestación la existencia de excepciones preliminares. La segunda etapa era escrita y en ella se presenta la memoria, la contramemoria y en casos excepcionales, réplica y réplica. La última es oral, por medio de una o varias audiencias en las cuales se realiza el interrogatorio que efectúan los representantes y delegados de las partes, así como los propios jueces de la Corte, de los testigos, peritos y otras personas que la Corte considera conveniente oír, la que, además, puede solicitar elementos de convicción complementarios. De acuerdo con el Reglamento de 1991, en vigor en agosto de ese año, sólo existen dos etapas, una escrita que se limitaba a la presentación de la demanda, que debe estar fundamentada, por lo que sustituye también a la antigua memoria; la formulación, en su caso de excepciones preliminares, y la contestación a la demanda que sustituye a la contramemoria. La segunda fase es oral, por conducto de audiencias públicas de desahogo de pruebas y de alegatos.

107. *Decimocuarta.* El fallo de la Corte Interamericana es definitivo e inapelable. Los jueces están facultados para formular opiniones disidentes o particulares. En el supuesto de desacuerdo sobre el sentido y alcance de la resolución, a solicitud de cualquiera de las partes, presentada dentro de los noventa días contados a partir de la fecha de su notificación, la Corte interpretará su decisión, pero sin que esa solicitud suspenda los efectos de la sentencia. Si dicho fallo determina la responsabilidad del Estado demandado, la resolución no puede ejecutarse de manera forzada, como ocurre en el proceso interno, por lo que un sector de la doctrina considera que dicha sentencia es obligatoria pero no ejecutiva.

108. *Decimoquinta.* Si la sentencia de la Corte decide que hubo violación de un derecho o libertad protegidos por la Convención de San José, dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados, y si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación violatorias.

EL AMPARO MEXICANO COMO INSTRUMENTO PROTECTOR DE LOS DERECHOS HUMANOS

SUMARIO: I. Introducción. II. Surgimiento del juicio de amparo como instrumento procesal de tutela de los Derechos Humanos. III. Su modificación posterior para incorporarle otras instituciones procesales. IV. La complejidad actual del derecho de amparo en México. V. Su trascendencia en Latinoamérica, así como en las declaraciones y convenios internacionales. VI. Las funciones actuales del juicio de amparo dirigidas a la protección constitucional de los Derechos Humanos. VII. El amparo *habeas corpus*. VIII. El amparo contra leyes. IX. Las reformas constitucionales y legales de 1988. X. Perspectivas para el futuro. XI. Conclusiones. Bibliografía esencial.

I. INTRODUCCIÓN

1. El nombre de amparo se asocia con la tutela de los Derechos Humanos, y éste es el origen hispánico de este vocablo y además éste fue el propósito con el cual se consolidó esta institución, con posterioridad a su establecimiento en la Constitución yucateca de 1841, el Acta de Reformas (a la Constitución de 1824) de 1847, en la Carta Federal de 1857.

2. En efecto, si nos remontamos a los inicios de esta denominación, indudablemente de raigambre hispánico, podemos señalar que en el derecho de Castilla, que fue el aplicable a las colonias españolas en América, ya sea directamente o por medio de las llamadas Leyes de Indias, el interdicto de amparo significó un procedimiento que se planteaba ante los Virreyes o Capitanes Generales, los primeros como Presidentes de las Audiencias Judiciales, para proteger la posesión no sólo de inmuebles sino también de derechos personales, como lo han demostrado las investigaciones históricas, en el antiguo Virreinato de Nueva Granada (ahora Colombia y Venezuela), por el profesor español José María Ots Capdequí, y en México por el profesor Andrés Lira González.

3. El otro modelo de esta denominación, los fueros aragoneses, que tuvieron influencia emotiva e intelectual entre los juristas latinoamericanos recién independizados de España, también significó, como lo ha comprobado el profesor español Víctor Fairén Guillén, especialmente el llamado de “manifestación” (similar al *habeas corpus*), protección de los derechos de las personas.

4. Esta concepción del derecho de amparo como instrumento sencillo y breve para la tutela de los Derechos Humanos ha tenido una gran repercusión en numerosos países latinoamericanos, que por influencia de la institución mexicana, también la han introducido de manera paulatina con esa denominación, que es la que predomina, o bien con algunas semejantes, y algo similar ocurrió con varias declaraciones y pactos internacionales sobre Derechos Humanos, debido a la participación de las delegaciones mexicanas.

5. En nuestro país, no obstante que en el lenguaje tradicional de la legislación, la jurisprudencia y un sector de la doctrina, se mantiene esa imagen histórica del juicio de amparo como instrumento para la tutela de los Derechos Humanos, estos últimos con la denominación anacrónica de “garantías individuales y sociales” la realidad es diversa, ya que después de una evolución que ya debe considerarse irreversible, con independencia de su calificación positiva o negativa, se ha transformado en una institución sumamente compleja, que además de la protección de los propios derechos fundamentales, también tutela prácticamente todo el ordenamiento jurídico nacional, desde las elevadas disposiciones de la Carta Federal hasta los modestos preceptos de un reglamento municipal.

6. El juicio de amparo mexicano es en la actualidad el medio de impugnación de última instancia de una gran parte de los procesos y procedimientos administrativos y judiciales de todo el país, con algunas excepciones, por ello está formado, como lo señalaremos más adelante (ver *infra*, párrafos 34-36), por varios instrumentos procesales, que están vinculados por algunas reglas comunes, pero no obstante su denominación unitaria, no pueden confundirse ya que conservan características peculiares.

7. El propósito de este sencillo trabajo consiste en destacar cuáles son los aspectos que conserva el juicio de amparo mexicano como institución

protectora de los Derechos Humanos, los que han resultado afectados y en ocasiones menoscabados por su combinación con otros instrumentos cuyo propósito es *dirimir y resolver conflictos sobre problemas de legalidad secundaria*, por lo que puede afirmarse sin exageración que lo que se ha ganado en extensión, se ha perdido en profundidad.

II. SURGIMIENTO DEL JUICIO DE AMPARO COMO INSTRUMENTO PROCESAL DE TUTELA DE LOS DERECHOS HUMANOS

8. Es bien conocido y se ha demostrado de manera clara, que los creadores del juicio de amparo mexicano, en sus tres etapas recordadas anteriormente, la Constitución yucateca de 1841 debida a la inspiración de Manuel Crescencio Rejón; el documento calificado como “acta de reforma” (a la Constitución Federal de 1824), cuyas bases fueron elaboradas por Mariano Otero en 1847, y los artículos 101 y 102 de la Carta Federal de 1857, que consagraron definitivamente la institución, pretendieron establecer en nuestro ordenamiento el sistema de revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes que aplicaban los jueces de los Estados Unidos, en especial, de acuerdo con la descripción realizada en la obra clásica de Alexis de Tocqueville, *La democracia en América*.

9. Este modelo estadounidense se mezcló y combinó con otras influencias externas, como la tradición española y las declaraciones de derechos de origen francés, para establecer una institución que si bien conservó aspectos del paradigma angloamericano, es decir, facultad de los jueces de conocer y decidir en casos concretos sobre los problemas de la constitucionalidad de las leyes aplicables en dichos procesos, se reguló por medio de un procedimiento específico (ya que en el sistema norteamericano estas cuestiones se plantean en diversos procedimientos ordinarios), en el cual, el objetivo esencial fue la protección de las entonces “garantías individuales”, es decir los Derechos Humanos clásicos, contra actos y leyes de cualquier autoridad. Es decir, se produjo el trasplante de una institución angloamericana en una tradición jurídica romanista, que dio por resultado un producto híbrido y peculiar.

10. Los citados creadores del amparo nunca pensaron y tampoco lo hubiesen aceptado, que la nueva institución se utilizara para proteger otros derechos que no fuesen los consagrados constitucionalmente como fun-

damentales, ya que para ellos el propósito esencial del propio amparo era la tutela de los Derechos Humanos individuales frente a actos concretos o a disposiciones legislativas, y a partir de la Constitución Federal de 1857, también se le dio la función de proteger el ámbito de competencias de la Federación y de los Estados, pero siempre por conducto de la afectación de las citadas “garantías individuales”.

11. Fueron factores de carácter social, jurídico e inclusive cultural los que propiciaron se desdibujara la idea original del juicio de amparo, de manera que se le incorporaron de manera paulatina otros instrumentos procesales, esencialmente el recurso de casación, bajo el disfraz de la afectación de un derecho constitucional, de manera que a partir de esa finalidad primaria se transformó en una institución muy compleja, con objetivos muy diversos y apartados de su origen, no obstante lo cual, como mencionamos anteriormente, se mantiene en la legislación, en la jurisprudencia e inclusive en un sector muy importante de la doctrina, la ficción de que todavía subsiste la idea original.

12. Si pasamos revista a las diversas leyes de amparo, la jurisprudencia de los tribunales federales y a varios tratadistas, observamos que persiste una imagen histórica de nuestro derecho de amparo alejado de la realidad actual, y todavía se escuchan y se leen expresiones que califican al propio amparo como “juicio constitucional” o “juicio de garantías”. Lo cierto es que quedan algunos sectores que todavía protegen directamente los derechos fundamentales, pero se han oscurecido con el enorme desarrollo del llamado “control de legalidad”.

III. SU MODIFICACIÓN POSTERIOR PARA INCORPORARLE OTRAS INSTITUCIONES PROCESALES

13. La doctrina ha puesto de relieve que no fue casual el reconocimiento por parte de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la segunda mitad del siglo anterior, la incorrecta interpretación que se hizo del artículo 14 de la Constitución Federal de 1857, en el sentido de que cuando un juez de cualquier jerarquía, en la esfera federal o de carácter local aplicara “inexactamente” (es decir, indebidamente), un precepto legal secundario en un proceso concreto, por ese hecho infringía dicho precepto constitucional y por lo tanto violaba una “garantía individual”, lo que determinó que la propia Suprema Corte llegara a concentrar por

conducto del juicio de amparo contra resoluciones judiciales, todas las sentencias de todos los jueces y tribunales del país, lo que indudablemente era contrario al modelo de revisión judicial estadounidense.

14. De acuerdo con el sistema norteamericano que han seguido varios ordenamientos latinoamericanos de carácter federal como los de Argentina y Brasil, sólo es posible llevar un asunto iniciado ante un juez local ante los tribunales federales, y en última instancia ante la Corte Suprema respectiva, cuando se plantea una contradicción entre la Carta Federal y la ley local aplicable, lo que se ha calificado como la “cuestión federal”, ya que los propios jueces locales están obligados a preferir la Constitución Federal a cualquier disposición en contrario en los ordenamientos de las Entidades Federativas.

15. Este es el sentido del artículo VI de la Constitución Federal de los Estados Unidos, que se tradujo casi literalmente en el artículo 126 de la Carta de 1857 (equivalente al artículo 133 de la Ley Fundamental vigente), pero los jueces locales mexicanos no sólo no han desaplicado las disposiciones de sus Entidades Federativas contrarias a la Carta Federal, sino que, a la inversa, los tribunales federales y, en virtud de la llamada “revisión de oficio”, la Suprema Corte de Justicia, admitieron la impugnación de las resoluciones de los propios jueces de carácter local por medio del juicio de amparo, aun cuando no se presentara un problema de constitucionalidad, sino de simple legalidad.

16. No obstante que el juicio de amparo se estableció de manera definitiva, según se ha dicho, en los artículos 101 y 102 de la Constitución Federal de 1857, y la primera Ley de Amparo se expidió en el año de 1861, fue escasa la aplicación de la institución en virtud de la guerra civil de tres años que se inició a fines del propio año de 1857, y después debido a la intervención francesa y el Segundo Imperio, de manera que realmente se normalizó el orden constitucional con el triunfo definitivo y restablecimiento de la República en el año de 1867.

17. No obstante esta restringida aplicación del juicio de amparo, se advirtió desde el comienzo esa tendencia de los abogados mexicanos de pretender llevar todos los asuntos judiciales del país ante los tribunales federales y en último grado ante la Suprema Corte de Justicia, por lo que después de un apasionado debate en el Congreso Federal (entonces

unicameral), la segunda Ley de Amparo, promulgada el 20 de enero de 1869, prohibió en su artículo 8o. de manera expresa y tajante el juicio de amparo en asuntos judiciales.

18. No obstante esta prohibición, la Suprema Corte de Justicia declaró de manera implícita la inconstitucionalidad de dicho precepto muy poco tiempo después de entrada en vigor la citada Ley de 1869, en virtud de la escueta resolución dictada por un sector mayoritario de los magistrados de la Suprema Corte de Justicia el 29 de abril de ese mismo año, por la cual revocó el auto dictado por el juez de distrito en el Estado de Sinaloa el 27 de marzo anterior, en el que dicho juez desechó la demanda de amparo interpuesta por el licenciado Miguel Vega contra una providencia del Tribunal Superior de la referida Entidad Federativa que lo había suspendido en el ejercicio de la profesión de abogado. El desechamiento lo apoyó dicho juez federal en la prohibición del artículo 8o. de la mencionada Ley de Amparo de 1869.

19. Dicha resolución del más Alto Tribunal de la República, que no estaba fundamentada, provocó un fuerte rozamiento con el Congreso Federal, ya que inclusive se pretendió iniciar un juicio político contra los magistrados de la Suprema Corte que habían aprobado dicho fallo. En el informe que la propia Corte envió al Congreso, se expresó claramente que la decisión controvertida se había apoyado aun cuando no se expresara en la misma, en el criterio de que el mencionado artículo 8o. de la Ley de Amparo era notoriamente inconstitucional, en virtud de que desconocía lo dispuesto por los artículos 101 y 102 en la Carta Federal, que establecía la procedencia del juicio de amparo contra todo acto o ley de cualquier autoridad que infringiese las “garantías individuales”, por lo que no podían quedar excluidas las decisiones judiciales.

20. La doctrina está de acuerdo en considerar que dicho asunto de Miguel Vega inició una etapa del juicio de amparo, al que se incorporó, en virtud de la interpretación del artículo 14 de la Carta Federal de 1857, el control de la legalidad de las decisiones judiciales de todos los jueces y tribunales del país, y por ello esta institución, además de su función primera y esencial de tutelar los derechos individuales consagrados constitucionalmente (“garantías individuales”), se acrecentó con una especie de *casación nacional*, de tipo francés, en virtud de que la concesión del amparo en cuanto al fondo implicaba el reenvío al juez o tribunal de la causa para que

dictase un nuevo fallo en sustitución del anulado por la Suprema Corte de Justicia, a la cual llegaban todos los asuntos judiciales, puesto que los fallos de primer grado de los jueces de distrito eran revisados de oficio por el más alto tribunal del país.

21. Durante todo el siglo pasado y la primera década del presente se planteó una controversia en la doctrina mexicana sobre la procedencia del amparo contra resoluciones judiciales cuando en las mismas no existía una cuestión de inconstitucionalidad en sentido estricto, pero la jurisprudencia primero y posteriormente también la legislación (Ley de Amparo de 1882 y los Códigos de Procedimientos Civiles Federales de 1897 y 1908, que regularon la materia), reconocieron la admisibilidad del propio juicio de amparo contra resoluciones judiciales por indebida o “inexacta” aplicación de las disposiciones legales ordinarias.

22. Debemos recordar la confusa redacción del citado artículo 74 de la Carta Federal de 1857, que apoyó la interpretación forzada que disfrazó de constitucional una cuestión de legalidad: “No se podrá expedir ninguna ley retroactiva. *Nadie puede ser juzgado ni sentenciado sino por leyes dadas con anterioridad al hecho y exactamente aplicadas a él, por el tribunal que previamente haya establecido la ley*”. El gran jurista mexicano Emilio Rabasa, en sus libros clásicos *El artículo 14* y *El juicio constitucional*, ambos aparecidos en los primeros años de este siglo, demostró con toda claridad que el espíritu de dicho precepto, no obstante su deficiente texto, sólo pretendió establecer el principio del debido proceso legal.

23. Se presentó entonces una curiosa situación, ya que los códigos locales de procedimientos civiles y penales expedidos por las Entidades Federativas, (y no así los de carácter federal, ya que esta institución se creó en el Código Federal de Procedimientos Civiles de 1897 y se suprimió en el de 1908), establecieron el recurso de casación inspirado en el modelo de las Leyes de Enjuiciamiento Civil Españolas de 1855 y 1881, con la modalidad de que no existía reenvío en cuanto a la sentencia de fondo. A su vez, el juicio de amparo contra resoluciones judiciales, como hemos dicho, se había transformado en una casación, pero de tipo francés, es decir con reenvío en cuanto al fondo, lo que alargaba innecesariamente los procesos, por la acumulación de los recursos de casación, uno local y el federal, por medio del juicio de amparo.

24. Por otra parte, no existía en estricto sentido un proceso de lo contencioso-administrativo (no obstante los intentos infructuosos de crear un Consejo de Estado tipo francés en 1853 y 1865), puesto que sólo algunos actos y resoluciones de naturaleza administrativa se impugnaban ante los tribunales ordinarios. Por este motivo en ese periodo se le agregó a nuestro juicio de amparo una función de contencioso-administrativo, respecto de los actos y resoluciones administrativos muy numerosos, que no podrían combatirse ante los tribunales ordinarios, de manera que se planteaban ante los jueces federales por conducto del propio juicio de amparo, aun cuando los mismos no implicaran una violación directa de un precepto constitucional, es decir, de una “garantía individual”.

25. Para lograr la procedencia del amparo contra actos y resoluciones administrativas que sólo implicaban una cuestión de legalidad y no de constitucionalidad, se acudió al artículo 16 situado en el capítulo de las “garantías individuales” de la propia Constitución anterior de 1857, que en su parte conducente disponía (en forma similar al actual del mismo número), “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa *legal* del procedimiento...”. Se consideró que cada vez que una autoridad administrativa no fundaba y motivaba legalmente su proveído, violaba el citado precepto, por lo que a partir de entonces, cada vez que se impugnan actos y resoluciones judiciales y administrativas por vicios de legalidad, se invocan, de manera artificial, los citados artículos 14 y 16 constitucionales, y se continúa haciéndolo, debido a la similitud de dichos preceptos actuales con los anteriores.

26. En conclusión, a partir del citado fallo Miguel Vega pronunciado en abril de 1869, se añadieron al juicio de amparo, primero en la jurisprudencia y posteriormente en la legislación con el apoyo de un sector importante de la doctrina, además de su función histórica de protector de los derechos individuales consagrados constitucionalmente contra las leyes y actos de cualquier autoridad, también el control de la legalidad de las resoluciones judiciales y de los actos y decisiones de carácter administrativo, por lo que se incrementó la competencia de los tribunales federales y en último grado de la Suprema Corte de Justicia, con los recursos de casación y del contencioso administrativo.

27. El propio Emilio Rabasa hizo notar con gran agudeza que el juicio de amparo contra resoluciones judiciales por violaciones de simple legalidad, implicaba la acumulación en la Suprema Corte de Justicia, además de su función esencial de intérprete de las normas constitucionales, la de un tribunal de casación federal (y agregaríamos, también las atribuciones de un órgano de lo contencioso administrativo), lo que implicaba la concentración de todos los asuntos judiciales del país y un sector importante de los administrativos, en el más alto tribunal, y señaló que esto implicaba una “tarea imposible”, como en efecto ha demostrado serlo.

28. En el Constituyente de Querétaro que elaboró la Carta Fundamental actualmente en vigor promulgada el 5 de febrero de 1917, se volvió a plantear nuevamente la discusión ente los partidarios de la pureza constitucional del amparo, con supresión del control de legalidad, y los que consideraban que era necesario conservar este último. En la exposición de motivos del proyecto de Constitución presentado ante el citado Congreso por el General Venustiano Carranza, encargado del Poder Ejecutivo Federal, se hizo una severa crítica a la centralización provocada por la interposición del juicio de amparo contra las resoluciones judiciales, que afectaba la autonomía judicial de las Entidades Federativas. Sin embargo, no se pretendió corregir esta situación acerbamente censurada por Emilio Rabasa (ver *supra*, párrafo 27), sino que por el contrario, se consideró indispensable, como un remedio contra la falta de independencia de los tribunales locales, conservar el propio amparo contra las citadas resoluciones judiciales, de acuerdo con un párrafo muy conocido de la citada exposición de motivos: “...El pueblo mexicano está ya tan acostumbrado al amparo en los juicios civiles, para librarse de las arbitrariedades de los jueces, que el gobierno a mi cargo ha creído que sería no sólo injusto, sino impolítico, privarlo de tal recurso, estimando que bastará limitarlo únicamente a los casos de verdadera y positiva necesidad dándole un procedimiento fácil y expedito para que sea efectivo, como se servirá ver la Cámara en las bases que se proponen para su reglamentación.”

29. Se aprobaron los artículos 103 y 107 de la Constitución Federal para regular el juicio de amparo, el primero casi idéntico al 101 de la Carta anterior, pero el segundo tiene un carácter prácticamente reglamentario, ya que estableció minuciosamente las bases de la institución procesal, con el objeto de precisar su alcance y efectos, pero con las mismas características de la competencia ampliada, de manera que además de la protección

de los Derechos Humanos, que incluye a partir de entonces los de carácter social (elevados por vez primera al texto fundamental), conservó las funciones de recurso de casación y de proceso de lo contencioso administrativo, que se le habían agregado anteriormente, según hemos visto.

30. Los nuevos artículos 14 y 16 de la Carta de 1917 reconocieron de manera expresa el llamado control de legalidad por medio del juicio de amparo, y las dos leyes expedidas durante la vigencia de esta Carta Federal, es decir los ordenamientos de amparo de 1919 y 1936, esta última actualmente en vigor con numerosas reformas, regularon de manera muy extensa todos estos instrumentos procesales bajo la denominación unitaria del propio juicio de amparo.

31. No obstante que el citado artículo 107 de la citada Carta Fundamental de 1917 trató de simplificar la tramitación del juicio de amparo contra resoluciones judiciales, por medio de un procedimiento de una sola instancia, en un principio de manera inmediata ante la Suprema Corte de Justicia (y se dejó el procedimiento de dos grados para la impugnación de las leyes inconstitucionales, así como los actos y resoluciones administrativos), de cualquier manera no se pudo evitar un enorme rezago, especialmente en cuanto los amparos judiciales ante la propia Suprema Corte. Por otra parte, se suprimió el recurso de casación ante los tribunales de carácter local.

32. La imposible tarea de la Corte que había señalado Emilio Rabasa, volvió a presentarse, y por ello fueron necesarias reformas sucesivas, casi todas ellas dirigidas para aliviar el enorme peso que recaía sobre el más alto Tribunal del país. En reformas constitucionales de 1928 y 1934, se dividió la Corte en cuatro salas por materias para conocer del amparo, y en 1951 se introdujeron los tribunales colegiados de circuito, integrados por tres jueces federales, para colaborar con la propia Suprema Corte en el conocimiento del juicio de amparo. En 1968 una nueva reforma constitucional y legal descargó aún más a la Corte y trasladó un gran número de juicios de amparo a los tribunales colegiados, los que aumentaron paulatinamente su número, de cinco que se introdujeron en 1951 hasta setenta que existen en la actualidad, con la tendencia de incrementarlos.

33. Finalmente, en el año de 1962 se introdujo un nuevo sector en el juicio de amparo, separándolo del contencioso administrativo, que se ha calificado como “amparo social agrario”, ya que tiene por objeto establecer

ventajas procesales en beneficio de los campesinos sujetos al régimen de reforma agraria, es decir, de ejidatarios y comuneros y sus respectivas comunidades, debido a que dichos campesinos carecen por regla general de asesoramiento jurídico y por ello requieren de una protección especial para no quedar en situación de inferioridad respecto de las autoridades agrarias y de los propietarios agrícolas. Estas prerrogativas, que incluyen la obligación del juez del amparo para suplir y corregir deficiencias y errores de los propios campesinos, inclusive en materia probatoria, primero se incorporaron a diversos preceptos de la Ley de Amparo, pero en junio de 1976 se concentraron en un segundo libro, que antes no existía, denominado del "amparo en materia agraria".

IV. LA COMPLEJIDAD ACTUAL DEL DERECHO DE AMPARO EN MÉXICO

34. De acuerdo con la evolución que hemos señalado anteriormente, que transformó, en algunos sectores de manera radical, la concepción histórica y original del juicio de amparo mexicano, el cual se transformó en un instrumento muy complejo, que como hemos dicho, con algunas excepciones, tutela todo el ordenamiento jurídico nacional. Por lo tanto, debe considerarse en la actualidad, que no obstante su denominación tradicional, configura una especie de federación de varios tipos de proceso, con algunas reglas comunes, pero con aspectos peculiares.

35. En una breve descripción panorámica, podemos afirmar que el propio juicio de amparo comprende *cinco tipos de proceso* (con sólo dos formas de procedimiento, el de una sola y el de dos instancias), que pueden resumirse como sigue;

36. En primer término y a diferencia de lo que ocurre con una gran parte de los ordenamientos latinoamericanos que han consagrado el derecho de amparo, la institución mexicana se extiende, y ello desde sus comienzos, a la tutela de la libertad personal, que normalmente corresponde al *habeas corpus*, que con ese nombre o el de exhibición personal, se consagra de manera independiente al amparo en las legislaciones de nuestra región, con algunas excepciones.

37. En efecto como lo veremos con mayor detalle más adelante (ver *infra* párrafo 67-71), la Ley de Amparo establece los lineamientos de un

procedimiento concentrado con todas las características del tradicional *habeas corpus*, para proteger la libertad y la integridad personales, cuando las mismas son afectadas por autoridades no judiciales, es decir, administrativas, como la policía y el ministerio público. Por este motivo se le ha calificado como “amparo de la libertad” o *amparo-habeas corpus*.

38. En segundo lugar, dentro de sus funciones históricas, el amparo también se utiliza para la impugnación de las disposiciones materialmente legislativas (es decir, incluyendo las reglamentarias), que se consideren contrarias a la Constitución Federal, y por este motivo se conoce como *amparo contra leyes*.

39. Un tercer sector, que en la práctica es de los más significativos, es el relativo a la impugnación de resoluciones judiciales, particularmente las sentencias definitivas de todos los jueces y tribunales del país, y que como hemos visto (ver *supra* párrafos 16-22), se le añadió primero por la jurisprudencia y posteriormente por la legislación, de acuerdo con una interpretación indebida y artificial del artículo 14 de la Constitución Federal de 1857. Este sector ha sido calificado como “amparo judicial”, pero con mejor técnica como *amparo casación*, ya que resulta equivalente a un recurso de casación de carácter nacional.

40. Otro instrumento procesal que se comprende en el juicio de amparo mexicano es el *proceso de lo contencioso administrativo*, que también se le agregó durante el siglo anterior (ver *supra* párrafos 25-26) esencialmente para combatir los actos y decisiones de las autoridades administrativas federales y locales, que no pueden impugnarse ante organismos judiciales. Sin embargo, este sector ha disminuido de manera paulatina, en cuanto a partir de la creación del Tribunal Fiscal de la Federación, en la Ley de Justicia Fiscal de 1936, entonces como un órgano de jurisdicción delegada del Ejecutivo Federal, se han establecido de manera paulatina tribunales administrativos, que a partir de la reforma constitucional de 1968 al artículo 104, fracción I (actualmente artículo 73, fracción XXIX-H, de la propia Constitución Federal) poseen plena autonomía para dictar sus fallos, incluyendo el mencionado Tribunal Fiscal de la Federación.

41. De acuerdo con los preceptos mencionados en el párrafo anterior, se estableció en el año de 1971 el tribunal de lo Contencioso Administra-

tivo del Distrito Federal, con una competencia genérica, y de acuerdo con este modelo se han creado varios tribunales de lo contencioso administrativo en varias Entidades Federativas (además de algunos tribunales fiscales, según el ejemplo del Tribunal Fiscal Federal, que todavía subsisten, pero con la tendencia a transformarse en órganos judiciales de competencia amplia), en Sonora (1977); Hidalgo (1979, con modificaciones en 1982); Jalisco (1983); Guanajuato y Querétaro (1985); Guerrero y Yucatán (1987); Baja California (1988), y Veracruz (1989). Este desarrollo ha recibido consagración constitucional en la reforma promulgada en 1987, que adicionó la fracción IV del artículo 116 de la Carta Federal, para disponer que las Constituciones y leyes de los Estados podrán constituir tribunales de lo contencioso administrativo, dotados de plena autonomía para dictar sus fallos.

42. Lo anterior ha significado la notoria reducción del sector del amparo que funciona como proceso de lo contencioso administrativo de doble instancia que sólo opera en esta dirección respecto de actos y resoluciones que no pueden ser impugnados ante dichos tribunales administrativos o los de carácter ordinario (esto último en el Estado de Chiapas que estableció una sala especializada en el Tribunal Superior de Justicia, en virtud de la Ley de justicia administrativa de 27 de diciembre de 1988). Cuando dichos actos y decisiones se combaten ante dichos órganos judiciales, se puede acudir al juicio de amparo contra las sentencias definitivas que pronuncien los mismos por medio del procedimiento de una sola instancia, ahora ante los Tribunales Colegiados de Circuito, con las mismas reglas del amparo judicial o amparo-casación, a cuyo sector se ha incorporado, es decir, en este supuesto se trata de *una casación nacional en materia administrativa*.

43. Finalmente, como se señaló anteriormente (ver *supra* párrafo 33), se introdujo en el año de 1962 un nuevo tipo de proceso en el juicio de amparo, al modificarse el artículo 107, fracción II, de la Constitución Federal, para consagrar prerrogativas procesales en beneficio de los campesinos sujetos al régimen de reforma agraria de propiedad social, como son los ejidatarios y comuneros y sus respectivos derechos colectivos. Por el contrario, los propietarios siguen sujetos a los lineamientos del amparo como contencioso administrativo, ya que las autoridades agrarias tienen carácter administrativo federal.

44. Esta reforma constitucional se reglamentó en diversos preceptos de la Ley de Amparo que entraron en vigor en febrero de 1963, que se

distribuyeron en los diversos títulos y capítulos de dicho ordenamiento. Sin embargo, debido a la importancia jurídica y social de dichas modificaciones, las mismas se concentraron en junio de 1976 en un segundo libro intitulado “Del amparo en materia agraria” (ya que anteriormente la Ley de amparo sólo estaba dividida en títulos y capítulos), con un primer libro sobre los restantes sectores del amparo.

45. En realidad, como lo señalamos en su oportunidad, esta nueva institución puede calificarse como “*amparo social agrario*”, ya que las prerrogativas procesales sólo se aplican a los campesinos sujetos al régimen de la reforma agraria, ya que se considera que son los más desprotegidos por falta de asesoramiento jurídico, pues se supone que los propietarios privados, inclusive los modestos, están en mejor situación y se les aplican las reglas estrictas de amparo administrativo, suposición esta última que no siempre corresponde a la realidad.

46. Muy brevemente podemos señalar que dichas ventajas procesales a los derechos individuales y colectivos de los ejidatarios y comuneros, pueden comprenderse dentro del concepto amplio de la institución conocida como “suplencia de la queja” (que corresponde al género del principio *iura novit curia*), que obliga al juez del amparo a corregir de oficio todos los errores y deficiencias de las diversas instancias presentadas por los citados campesinos en el juicio de amparo, y además se extiende a la materia probatoria, ya que el propio juzgador debe aportar, también de oficio, los elementos de convicción que no hubiesen sido presentados por las partes y que son necesarios para el debido conocimiento del asunto.

V. SU TRASCENDENCIA EN LATINOAMÉRICA ASÍ COMO EN LAS DECLARACIONES Y CONVENIOS INTERNACIONALES

47. También en forma muy esquemática podemos señalar que la concepción histórica del juicio de amparo, es decir, en su función original de instrumento procesal protector de los Derechos Humanos frente a las autoridades públicas, por medio de un procedimiento sencillo y breve dotado de eficaces medidas precautorias o cautelares (que en el ordenamiento mexicano se conocen con el nombre genérico de “suspensión del acto del reclamado”), ha tenido una considerable influencia en la creación de instrumentos similares, en su mayoría con la misma denominación, en varios ordenamientos latinoam-

americanos, cuyo número se acrecienta de manera paulatina, y también se ha difundido en ese aspecto tradicional en varias declaraciones y pactos internacionales, debido en gran parte a las iniciativas de las delegaciones mexicanas ante los organismos que expedieron dichas declaraciones y convenios.

48. Si realizamos una rápida revisión histórica podemos observar que el amparo mexicano, en su versión histórica y primitiva, se incorporó primeramente en varios países centroamericanos y posteriormente en otros de nuestra región. En efecto, el primer ordenamiento que lo adoptó fue el de la República de El Salvador en el año de 1886; después Honduras y Nicaragua, en 1894; Guatemala, en 1921; Argentina (en la Constitución de la Provincia de Santa Fe), en el mismo año; Panamá, en 1941; Costa Rica, en 1949; Venezuela, en 1961; Bolivia y Paraguay, en 1967; Perú, en 1979 y Uruguay, en 1984.

49. En la actualidad son trece los ordenamientos latinoamericanos, la mayoría a nivel constitucional, que regulan la acción, recurso o juicio de amparo: Argentina (ley federal de 1967 y numerosas constituciones provinciales); Bolivia (1967); Costa Rica (1949 con reformas importantes en 1989); El Salvador (1983); Guatemala (1985); Honduras (1982); México (1917); Nicaragua (1987); Panamá (1972-1983); Paraguay (1987); Perú (1979); Uruguay (1984) y Venezuela (1961).

50. A lo anterior debemos agregar que el derecho de amparo, también en esa concepción tradicional de instrumento protector de los derechos fundamentales, se incorporó a la Constitución española republicana de 1931, y actualmente en la Carta democrática de diciembre de 1978, que ahora se interpone ante el Tribunal Constitucional español y posee un gran desarrollo jurisprudencial.

51. También podemos mencionar otros instrumentos similares que se han establecido con otros nombres, pero con características semejantes, tales como el *mandado de segurança*, que algunos autores han traducido a castellano como *mandamiento de amparo*, creado en la Constitución Federal brasileña de 1934, y que actualmente se consagra en forma muy evolucionada, después de un gran desarrollo jurisprudencial sólo atemperado por los regímenes militares, en la actual Carta Federal de 1988.

52. En este sentido también es posible situar al llamado *recurso de protección*, incorporado a la Constitución chilena aprobada en 1980, con

adiciones en el plebiscito de 30 de julio de 1989, y la nueva *acción de tutela* consagrada por el artículo 86 de la reciente Constitución colombiana, de julio de 1991.

53. En la mayoría de estos ordenamientos la acción, recurso o juicio de amparo se regula como un procedimiento sencillo y breve para la tutela de los derechos fundamentales, tanto de carácter individual como social, con exclusión de la libertad personal que se encomienda al *habeas corpus* o exhibición personal. Existen algunas excepciones, en las cuales también el amparo comprende el *habeas corpus*, como en el derecho chileno en el cual el amparo se ha reducido hasta la implantación del recurso de protección antes mencionado, a la función de *habeas corpus* en relación con la libertad personal, y en la Ley venezolana Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales de 18 de diciembre de 1987, que regula en forma conjunta el amparo (artículo 49 constitucional) y el *habeas corpus* (artículo 5o. transitorio de la Carta Fundamental) este último denominado "Amparo de la libertad y seguridad personales".

54. En algunos de estos ordenamientos se prohíbe expresamente la interposición del amparo contra resoluciones judiciales, pues se toma en cuenta la experiencia mexicana en esta materia (ver *supra* párrafos 16-22), en otros, si bien se admite la impugnación de decisiones judiciales, se limita al planteamiento de cuestiones directa y estrictamente constitucionales.

55. Por lo que se refiere al ámbito interamericano e internacional en general, los representantes mexicanos han propiciado la consagración de una figura, inclusive con el nombre de amparo, en varios documentos internacionales, entre los cuales pueden señalarse:

56. El artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, expedida en Bogotá en mayo de 1948, y en el cual se establece: "Toda persona puede ocurrir ante los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un *procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo a alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.*"

57. El artículo 8o. de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, expedida en París el 10 de diciembre de 1948, que dispone: “Toda persona tiene derecho a un *recurso efectivo ante los tribunales competentes que lo ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley.*”

58. El artículo 2o., fracción tercera, del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, aprobado por las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, preceptúa en su parte conducente: “Cada uno de los Estados en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados, podrá interponer un *recurso efectivo*, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales...”

59. El artículo 25 de la Constitución Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, establece: “1. Toda persona tiene derecho a un *recurso sencillo y rápido o cualquier otro recurso efectivo* ante los jueces o tribunales competentes que lo *ampare* contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades del recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”

60. Finalmente, aun cuando no por influencia del concepto histórico mexicano del derecho de amparo, sino más bien de acuerdo con el modelo de otros instrumentos internacionales, el artículo 13 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, suscrito en Roma el 4 de noviembre de 1950, dispone que: “Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos por la presente Convención hubiesen sido violados, tiene derecho a que se le conceda un *recurso efectivo* ante una autoridad nacional, incluso cuando la violación hubiese sido cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.”

VI. LAS FUNCIONES ACTUALES DEL JUICIO DE AMPARO DIRIGIDAS A LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

61. Hemos sostenido con anterioridad que el juicio de amparo mexicano constituye actualmente un conjunto de instrumentos procesales, algunos de los cuales conservan la función original de tutelar los Derechos Humanos consagrados por la Constitución Federal, pero que existen otros incorporados posteriormente que tienen por objeto la protección del principio de legalidad en relación con sentencias y resoluciones judiciales, así como respecto a actos y decisiones administrativos.

62. Esta combinación ha sido inconveniente para la protección de los propios Derechos Humanos y la interpretación de las disposiciones de la Constitución Federal, pero conviene señalar, para comprender el alcance de la reforma constitucional y legal que entró en vigor el 15 de enero de 1988, cuáles son los sectores del derecho de amparo de nuestro país que pueden resolver conflictos planteados por la aplicación directa de las normas constitucionales.

63. Estos instrumentos son, como lo señalaremos con mayor detalle en el apartado siguiente de este trabajo, por una parte el llamado *amparo de la libertad o amparo habeas corpus*, que protege la libertad y la dignidad personales frente a actos predominantemente administrativos, es decir, de la policía y del ministerio público, que es el ámbito tradicional de esta institución de origen angloamericano.

64. En segundo término, el otro sector de carácter directamente constitucional es el llamado “amparo contra leyes”, por medio del cual se puede impugnar, ya sea en forma directa o de manera indirecta la inconstitucionalidad de las normas legislativas entendidas en su sentido material, es decir, incluyendo los tratados internacionales y los preceptos de carácter reglamentario, cuando los afectados consideren que dichas disposiciones lesionan sus derechos fundamentales.

65. Si bien es posible interponer el amparo contra leyes, contra normas generales que infringen diversos preceptos de la Carta Fundamental, en virtud del concepto de autoridad competente que establece el artículo 16 de la propia Constitución, siempre se requiere una afectación de la esfera

jurídica de los particulares, de manera que en una gran parte de los casos, la cuestión que se plantea posee relación inmediata con los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

VII. EL AMPARO *HABEAS CORPUS*

66. Ya habíamos señalado que el amparo mexicano realiza en uno de sus sectores funciones similares al *habeas corpus* de origen inglés, y por ello también se le ha calificado como “amparo de la libertad”.

67. De acuerdo con la Ley de Amparo vigente, respecto de los actos que importen el peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal *fuera de procedimiento judicial*, deportación o destierro o algunos de los actos prohibidos por el artículo 22 de la Constitución Federal, que proscribe las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales, y restringe a hipótesis limitadas la procedencia de la pena de muerte (aun cuando la misma ha sido suprimida de los Códigos Penales, tanto en materia federal como en las Entidades Federativas), puede interponer juicio de amparo cualquier persona en nombre del afectado que se encuentre imposibilitado para hacerlo, aun cuando el promovente sea menor de edad.

68. El juez federal está provisto de amplias facultades de investigación y dirección del proceso, con la atribución de dictar las medidas necesarias para lograr la comparecencia del presunto agraviado, después de resolver sobre la medida cautelar denominada “suspensión del acto reclamado”, la que debe otorgarse de oficio con excepción de la privación de la libertad, que debe solicitarse expresamente (artículos 17, 18 y 13, fracción I de la Ley de Amparo).

69. El ejercicio de la acción procesal no está sujeto a plazo preclusivo, sino que puede hacerse valer en cualquier tiempo (artículo 22, fracción II), inclusive a cualquier hora del día o de la noche (artículo 23, segundo párrafo, de la citada Ley de Amparo).

70. La demanda puede formularse por comparecencia, es decir, oralmente, en los casos urgentes (artículo 117) o inclusive por telégrafo, pero debe ser ratificada por escrito dentro de los tres días siguientes (artículos

113 y 119), y para hacer más fácil su interposición, es posible presentar la demanda no sólo ante el juez federal de distrito, que generalmente reside en la capital de la Entidad Federativa, sino también ante el juez local de primera instancia o, en su defecto, ante cualquier funcionario judicial del lugar en el cual se pretende ejecutar el acto que se reclama.

71. Los citados jueces locales están facultados para detener provisionalmente la ejecución del acto lesivo de la libertad o de la integridad física del afectado y deben remitir el expediente a juez federal respectivo, quien debe continuar el procedimiento (artículos 38, 39 y 40).

VIII. EL AMPARO CONTRA LEYES

72. El sector preponderante es el relativo a la impugnación de las leyes constitucionales por medio del juicio de amparo, con el nombre “amparo contra leyes”, el cual se inspiró, como ya se ha dicho, en la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, consagradas en la legislación de los Estados Unidos (ver *supra* párrafos 8-9), pero que ha asumido perfiles peculiares, que describiremos brevemente:

73. En primer lugar es preciso advertir que en los primeros años de aplicación de los artículos 101 y 102 de la Constitución Federal de 1857, y de acuerdo con el punto de vista de los distinguidos juristas mexicanos (ambos magistrados de la Suprema Corte en diversas épocas), José María Lozano e Ignacio Luis Vallarta, se consideró que sólo se podía combatir una ley inconstitucional por medio de los actos de aplicación, y que únicamente era posible señalar como autoridades demandadas a las que realizaran dicha aplicación en perjuicio de los afectados, pues una ley, mientras no se aplicara concretamente, “era letra muerta y no causaba perjuicio”.

74. Pero ya en la ley vigente de 1936 pueden combatirse en forma directa los ordenamientos legales cuando se estimen inconstitucionales, es decir, al señalar como actos reclamados la expedición y promulgación de los mismos ordenamientos y como autoridades demandadas, a los de carácter legislativo, es decir, se admite lo que el ilustre procesalista italiano Francesco Carnelutti califica como “proceso al legislador”.

75. El principio fundamental de amparo contra leyes en el derecho mexicano es el de la relatividad o efectos particulares de la sentencia, que

otorga la protección de acuerdo con la llamada “fórmula Otero”, pues los artículos 107, fracción II, de la Constitución Federal, y 76 de la Ley de Amparo, disponen con algunas modificaciones secundarias en el segundo: “Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los individuos particulares o de las personas morales, privadas u oficiales que lo hubiesen solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda, sin hacer una declaración general respecto de la ley o del acto que la motivare”

76. El amparo contra leyes asume actualmente en el sistema mexicano una doble configuración.

77. Por conducto de lo que hemos calificado como *acción de inconstitucionalidad*, en virtud de que implica un ataque frontal, directo, contra el ordenamiento legislativo, entendido, como hemos dicho, en su sentido material; es decir, que comprende también las disposiciones reglamentarias y los tratados internacionales aprobados por el Senado Federal.

78. De acuerdo con esta vía, se impugnan las normas legislativas por medio de un verdadero proceso en el cual figuran como contrapartes del promovente los órganos del Estado que intervinieron en el proceso legislativo, es decir, en la esfera federal, el Congreso de la Unión y el Presidente de la República, y en las Entidades Federativas, la legislatura local y el Gobernador respectivo, que son los órganos encargados de la expedición y la promulgación de las normas legislativas. En el supuesto de los reglamentos, debe señalarse como autoridad demandada el titular del Ejecutivo Federal o local correspondiente, así como el Senado de la República y el mismo Presidente de la República en cuanto a la aprobación y ratificación de los tratados internacionales.

79. La reclamación debe hacerse en primera instancia ante el juzgado de distrito, de acuerdo con lo establecido por los artículos 107, fracción VII, de la Constitución Federal, y 114, fracción I, de la Ley de Amparo, así como 51, fracción V, 52, fracción III, 53, fracción II y 54, fracción VIII, según la materia, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

80. Contra las sentencias dictadas por los jueces de distrito en los citados juicios de amparo, procede el llamado *recurso de revisión* (en realidad, de apelación), ante la Suprema Corte de Justicia, de acuerdo con

lo establecido por los artículos 107, fracción VIII, inciso a), de la Constitución Federal, y 84, fracción I inciso a), de la Ley de Amparo, *siempre que en el citado recurso subsista la cuestión de inconstitucionalidad*. La Ley Orgánica del Poder Judicial Federal atribuye al Tribunal en Pleno el conocimiento del segundo grado de los citados juicios de amparo, cuando en ellos se impugne la inconstitucionalidad de las leyes federales o locales, así como tratados internacionales (artículo 11, fracción V, inciso a), y a las Salas, de acuerdo con su materia, en los supuestos de que se reclame la inconstitucionalidad de reglamentos expedidos por el Presidente de la República o por los Gobernadores de los Estados (artículo 24, 25, 26 y 27, en todos ellos, fracción I, inciso a).

81. La Ley de Amparo en vigor estableció en su texto original dos oportunidades para combatir, en vía de acción, las disposiciones legales contrarias a la Carta Federal. En un primer momento cuando se trate de preceptos que al entrar en vigor afecten los intereses jurídicos del promovente. Estos ordenamientos son calificados por la doctrina y la jurisprudencia como “autoaplicativos” y el plazo para interponer la demanda es de treinta días contados a partir de la entrada en vigor de los preceptos reclamados (artículo 22, fracción I, de la Ley de Amparo).

82. Una segunda oportunidad fue implantada por el artículo 73, fracción XII, de la Ley Reglamentaria del Juicio de Amparo, para toda clase de disposiciones legales, o sea, tanto para las que se consideren autoaplicativas y no se hubiesen impugnado con motivo de su entrada en vigor, como aquellas que requieren de actos de aplicación por parte de alguna autoridad, y todas ellas deben reclamarse dentro del plazo de quince días establecido por el artículo 21 de la Ley de Amparo, contados a partir del conocimiento, por el interesado, del primer acto de aplicación en su perjuicio del ordenamiento que se estima inconstitucional.

83. También debe advertirse que con anterioridad a las reformas a la legislación de amparo que entraron en vigor en el mes de octubre de 1968, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia fijó criterio en el sentido de que, cuando se impugnaba la inconstitucionalidad de una ley, no era necesario que se agotaran los medios jurídicos de defensa de carácter ordinario, imperativos como regla general para hacer valer el juicio de amparo, de acuerdo en el llamado “principio de definitividad del acto reclamado” (artículo 73, fracción XV, de la Ley de Amparo).

84. Pero al mismo tiempo, la propia Suprema Corte introdujo la tesis de que el agotamiento de los medios jurídicos ordinarios de defensa no interrumpía el plazo para impugnar una ley reclamada por su inconstitucionalidad, por considerar que, por conducto de dichos medios, no se podría resolver sobre dicha inconstitucionalidad sino sólo respecto de la legalidad de sus actos de aplicación.

85. Estos dos criterios provocaron una serie de problemas prácticos de difícil resolución, y por ello, en las citadas reformas de 1968, se adicionó un nuevo párrafo a la fracción XII del artículo 73 de la Ley de Amparo, en el sentido de que: “Cuando contra el primer acto de aplicación proceda algún recurso o medio de defensa legal por virtud del cual pueda ser modificado, revocado o nulificado, será optativo para el interesado hacerlo valer o impugnar desde luego la ley en el juicio de amparo. En el primer caso, sólo se entenderá consentida la ley, si no se promueve contra ella el amparo dentro del plazo legal contado a partir de la fecha en que se haya notificado la resolución recaída al recurso o medio de defensa, aun cuando para fundarlo se hayan aducido exclusivamente motivos de legalidad.”

86. La segunda vía para la impugnación de las disposiciones legislativas inconstitucionales por conducto del amparo calificado como *recurso de inconstitucionalidad* y tiene su apoyo en el artículo 133 constitucional (que proviene como se expresó anteriormente del artículo VI de la Constitución Federal de los Estados Unidos). Lo llamamos recurso porque no combate directamente el ordenamiento legislativo sino la legalidad de una resolución ordinaria y por medio de ella se decide previamente si son constitucionales las disposiciones aplicadas por el tribunal que dictó dicha sentencia.

87. En consecuencia, cuando el reclamante estima que un juez o tribunal ha dictado un fallo en el cual, contrariando lo dispuesto por el citado artículo 133 constitucional, aplicó en su perjuicio un ordenamiento legal que estima contrario a la Carta Fundamental, puede impugnar dicha sentencia en el juicio de amparo de una sola instancia (que hemos calificado como amparo judicial o amparo-casación).

88. La Suprema Corte de Justicia sostuvo durante mucho tiempo el criterio del llamado “monopolio de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes por parte de los tribunales federales, por medio del juicio de

amparo”, pero terminó por reconocer la necesidad de coordinar lo dispuesto por los artículos 103 y 133 de la Constitución Federal, que en una época en que se consideraron contradictorios.

89. En las reformas a la legislación de amparo que entraron en vigor en enero de 1984 se reconoció plenamente la impugnación de las disposiciones legislativas por medio de una sentencia judicial, en cuanto al párrafo segundo de la fracción IV del artículo 166 de la Ley de Amparo (que se refiere a los requisitos de la demanda de una sola instancia), dispone en lo conducente, que: “Cuando se impugne la sentencia definitiva, laudo o resolución que hubiese puesto fin al juicio por estimarse inconstitucional la ley, el tratado o reglamento aplicado, ello será materia únicamente del capítulo de concepto de violación de la demanda, sin señalar como acto reclamado la ley, el tratado o el reglamento, y la calificación de éste por el tribunal de amparo se hará en la parte considerativa de la sentencia.”

90. Este procedimiento ha sido denominado de manera errónea como “vía de excepción”, en cuanto se supone que es el demandado en el proceso ordinario el que plantea la cuestión de inconstitucionalidad, lo que no siempre ocurre, por lo que debe estimarse como una cuestión “prejudicial o incidental”, ya que el juez que conoce del asunto debe resolver previamente sobre la constitucionalidad de la ley aplicable al caso, antes de decidir el problema de fondo.

91. Sin embargo, esta vía inspirada en la revisión judicial estadounidense, como lo hemos reiterado, posee una diferencia importante respecto del sistema americano original, que han seguido otros países latinoamericanos de estructura federal, como Argentina de Brasil, de acuerdo con el cual el procedimiento calificado como “difuso”, es decir, que corresponde a todos los jueces, con independencia de su jerarquía y ámbito de competencia, decidir sobre las cuestiones que les son planteadas en los procesos ordinarios de los cuales conocen.

92. En efecto, no obstante que el artículo 133 de la Constitución mexicana, que se inspira casi literalmente en el VI de la Carta Federal de los Estados Unidos (como lo hemos señalado en varias ocasiones), dispone su parte final que los jueces de cada Estado deben arreglarse a la Constitución, leyes y tratados que según el párrafo primero deben considerarse

como la Ley Suprema de la Unión, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones y leyes de los Estados, dichos jueces no han cumplido ni cumplen con dicha obligación, de manera que la cuestión de inconstitucionalidad se plantea por medio de juicio ante los tribunales federales, específicamente los colegiados de circuito, en la inteligencia de que cuando estos últimos se pronuncian sobre la inconstitucionalidad de las disposiciones combatidas por esta vía de amparo de una sola instancia, sus resoluciones pueden impugnarse por medio del llamado recurso de revisión, ante el Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia (artículo 107, fracción IX, de la Constitución Federal; 83, fracción V y 84, fracción II, de la Ley de Amparo, y 11, fracción VI, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación).

93. Finalmente, por lo que se refiere a este sector, consideramos conveniente destacar que existe una corriente doctrinal que tiene cada vez más adeptos y que propugna por la superación de la llamada “fórmula Otero”, que ya cumplió su misión histórica, y por consiguiente, debe modificarse el principio tradicional de los efectos particulares de la sentencia que otorgue el amparo contra disposiciones legislativas inconstitucionales, para sustituirla por la declaración general de inconstitucionalidad (de una manera paulatina, pues se requiere de un periodo de adaptación).

94. Esta tendencia no se apoya de manera exclusiva en la experiencia de los tribunales europeos, que pueden parecer lejanos a nuestra tradición jurídica, sino especialmente en la práctica que han seguido desde hace tiempo varios ordenamientos latinoamericanos, que han implantado la citada declaración general de inconstitucionalidad sin suprimir la desaplicación en cada caso concreto en relación con la cuestión planteada en los procesos ordinarios. En este sentido podemos señalar la acción popular de inconstitucionalidad que se ha establecido en los ordenamientos constitucionales de Colombia y Venezuela desde los primeros años de este siglo, y recientemente en El Salvador y Panamá, pero también se ha consagrado la declaración general, si es promovida por la persona afectada, en Costa Rica y en varias provincias argentinas, así como en la Constitución brasileña de octubre de 1988.

95. Además de lo anterior, podemos observar la influencia del modelo de los tribunales especializados europeos en varias constituciones latino-

americanas, y al respecto podemos citar la Corte de Constitucionalidad de Guatemala (1965-1985); el Tribunal Constitucional Chileno (1970-1973-1980) y los Tribunales de Garantías Constitucionales de Ecuador (1978) y Perú (1979), en los cuales, como es lógico, se adoptó la declaración general de inconstitucionalidad. También se consagró una Corte Constitucional en los artículos 239-245 de la Carta colombiana de 6 de julio de 1991, ante la cual debe plantearse ahora la acción popular de inconstitucionalidad, que anteriormente debía presentarse ante la Suprema Corte de Justicia.

96. Las razones que se han expresado para introducir dicha declaración general se apoyan en el principio de igualdad de los gobernados ante la ley, y además, por motivos prácticos, ya que resulta lento e ineficaz el sistema actual de los efectos particulares de la sentencia de inconstitucionalidad.

IX. LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES DE 1988

97. Es importante analizar brevemente las reformas constitucionales y legales que entraron en vigor el 15 de enero de 1988, las que no implican la alteración de la estructura procesal del juicio de amparo, el cual conserva los sectores relativos al llamado control de legalidad, especialmente el amparo judicial o amparo-casación, que como hemos dicho anteriormente (ver *supra*, párrafos 41-42), se ha visto incrementada en los últimos años con un número importante de controversias que anteriormente correspondía al amparo como contencioso administrativo, pero que, con la creación de varios tribunales administrativos de competencia genérica, o inclusive los que se conservan para solucionar conflictos de carácter tributario, un porcentaje importante de la materia administrativa, tanto federal como local, se concentra en la impugnación en el procedimiento de una sola instancia de las sentencias dictadas por dichos tribunales.

98. La trascendencia de dicha reforma de 1988 radica en una radical distribución de competencia entre la Suprema Corte de Justicia y los tribunales colegiados de circuito en cuanto a su conocimiento de los juicios de amparo, ya que se atribuyen al más Alto Tribunal del país el conocimiento de los conflictos estrictamente constitucionales en segunda instancia, ya se trasladan todos los asuntos que implican control de legalidad y, especialmente, el amparo judicial, a los citados tribunales colegiados, que se transforman así en tribunales de casación. La consecuencia de las citadas

reformas es la recuperación, por parte de la propia Suprema Corte, de calidad de máximo intérprete de las normas fundamentales, que se había disminuido por el enorme peso del control de legalidad, ya que por el número excesivo de juicios de amparo en materia judicial, se había transformado en un tribunal de casación federal y accesoriamente conocía de problemas constitucionales. A partir del mes de enero de 1988, puede afirmarse que se ha convertido, de manera plena, aun cuando no de nombre, en un tribunal constitucional.

99. Estas modificaciones de 1988 no fueron el producto de una decisión política del Ejecutivo Federal y de la misma Suprema Corte, a la cual se le encomendó por el primero la presentación del anteproyecto respectivo, que no puede estimarse súbita e impremeditada, sino que es el resultado de una evolución paulatina que en la esfera legislativa se advierte a partir de las reformas de 1951, al crearse los tribunales colegiados de circuito precisamente para auxiliar a la Suprema Corte en el enorme peso de la segunda o única instancia de todos los conflictos judiciales y administrativos del país. Este desarrollo se advierte con mayor claridad en las diversas modificaciones que entraron en vigor en 1968, por las cuales se aumentó de manera considerable el número de los citados tribunales colegiados y se les encomendó el conocimiento de un número significativo de los mismos juicios de amparo y esta tendencia se incrementó en los años siguientes.

100. Además, ya se habían hecho dos intentos significativos de despojar a la misma Suprema Corte del control de legalidad y conferirle una competencia estrictamente constitucional. Entre estos ensayos podemos señalar, en primer término, el proyecto de reformas al artículo 107 constitucional presentado al Congreso de la Unión por el Presidente de la República, general Manuel Ávila Camacho, el 21 de diciembre de 1944, el cual fue aprobado rápidamente por ambas Cámaras, pero no se sometió a la aprobación de las legislaturas de los Estados, de acuerdo con el artículo 135 constitucional, debido a la oposición de la Suprema Corte de Justicia, que se manifestó categóricamente en contra de las citadas reformas.

101. La principal innovación del citado proyecto fue la de depositar en el propio Congreso de la Unión la facultad de establecer la competencia de los tribunales federales, pero señaló de manera específica la de la Suprema Corte de Justicia, de manera similar al criterio seguido en la Constitución Federal de los Estados Unidos, cuyo artículo III determina

la competencia de la Corte Suprema Federal, pero confiere al órgano legislativo de la Unión la facultad de fijar, a través del ordenamiento secundario, la de los restantes tribunales de la Federación.

102. En dicho proyecto se proponía como competencia de la Suprema Corte de Justicia, el conocimiento de los juicios de amparo en los que se impugnara la inconstitucionalidad de una ley federal o local; cuando se reclamara la violación directa de un precepto constitucional, tratándose de actos contrarios a la jurisprudencia de los tribunales federales, o aquellos que *afectaran gravemente al interés público*.

103. Un segundo proyecto que tenía el objetivo similar al señalar en los párrafos anteriores, fue el presentado como iniciativa al Congreso de la Unión por el senador Rodolfo Brena Torres, en septiembre de 1959, que resucitó, con algunos matices, la iniciativa presidencial de 1944 en cuanto a la división de la competencia entre la Suprema Corte y los restantes tribunales federales, de acuerdo con la naturaleza constitucional o legal de las violaciones alegadas en el juicio de amparo, de manera que el más Alto Tribunal del país integrado únicamente por once ministros (en contraste con los veintiún numerarios y cinco supernumerarios que entonces y ahora componen el propio tribunal supremo), debía conocer fundamentalmente de los juicios de amparo interpuestos contra la inconstitucionalidad de las leyes, remitiendo los restantes en los cuales se discutiese la legalidad de los actos de autoridad, a los tribunales colegiados de circuito. Este proyecto no prosperó y fue archivado, pero en él se advierte la preocupación por rescatar para la Suprema Corte su función esencial de guardián de la Carta Federal.

104. No pretendemos realizar un análisis así fuera muy breve, de los distintos aspectos de esta importante y novedosa reforma constitucional y legal, sino únicamente los relacionados con la constitucionalización del más alto tribunal de la República, en el sentido que hemos señalado, ya que dichas reformas contienen modificaciones importantes a varias disposiciones de la Constitución de Querétaro, que no sería posible examinar en esta oportunidad.

105. En la exposición de motivos de la iniciativa presidencial de 6 de abril de 1987, que fue la base de la reforma constitucional mencionada, se hace referencia a la intervención de la Suprema Corte en la elaboración del anteproyecto de esta modificación a la Carta Federal, por lo que en

esta ocasión el más Alto Tribunal adoptó una posición opuesta a la que había asumido en 1944 (ver *supra*, párrafo 100), lo que resulta explicable por la evolución posterior a esa época, que ha cambiado en forma sustancial la situación de la propia Corte en el lapso de casi cinco décadas.

106. En la propia exposición de motivos de la iniciativa de reforma constitucional se señala que: “La presente iniciativa que la Suprema Corte de Justicia se dedique fundamentalmente a la *interpretación definitiva de la Constitución*, como debe corresponder al más Alto Tribunal del país...”

107. En las citadas modificaciones a la Carta Federal se siguen los precedentes de los proyectos del general Manuel Ávila Camacho en el año de 1944 (ver *supra*, párrafos 100 a 102) y el similar del senador Brena Torres, de septiembre de 1959 (ver *supra*, párrafo 103).

108. Además, se contó con la experiencia del funcionamiento de los tribunales colegiados de circuito durante estos años, y que los mismos: “han probado su capacidad de impartir justicia pronta, imparcial, gratuita y completa”, y además en virtud de que: “La sociedad mexicana se ha beneficiado con la descentralización que su ubicación determina”, como se expresa en la extensa y documentada exposición de motivos de la citada iniciativa presidencial de abril de 1987, con la ventaja de que las cuestiones de legalidad se atribuyen en su totalidad a los citados tribunales colegiados, con lo que se evitan los problemas de la distribución de competencias apoyadas, como antes ocurría, en clasificaciones derivadas de la importancia jurídica, social o económica de las controversias, especialmente dentro del juicio de amparo.

109. Las mencionadas reformas constitucionales publicadas en agosto de 1987, relacionadas con la materia que comentamos, son muy esquemáticas, lo que en nuestro concepto constituye una ventaja sobre las modificaciones a la Carta Federal, que han asumido en no pocas ocasiones carácter reglamentario, lo que determina la necesidad de cambiar dichos preceptos con frecuencia para lograr su actualización, en una época que se caracteriza por sus constantes y dinámicos cambios sociales, económicos, políticos y culturales. Es preferible adoptar sólo los lineamientos esenciales, como se hace con mejor técnica en la reforma que analiza, a fin de que el legislador secundario pueda establecer los aspectos peculiares que puedan requerirse, con mayor flexibilidad a dichos cambios, sin nece-

sidad de afectar las disposiciones constitucionales que han sido modificadas en exceso en los últimos decenios, y así se hizo en los ordenamientos publicados el 5 de enero de 1988, mencionados con anterioridad.

110. En el texto del artículo 94 constitucional se conserva la composición actual de la Suprema Corte de Justicia con veintiún ministros numerarios, y se establece el nombramiento de magistrados supernumerarios hasta el número de cinco, pero como una posibilidad que dependerá de las necesidades requeridas por las nuevas funciones del más Alto Tribunal de la República, ya que su designación será potestativa. Los aspectos reglamentarios sobre el funcionamiento de la propia Corte en Pleno y en Salas; la competencia de los tribunales colegiados de circuito y de los juzgados de distrito, así como las responsabilidades en que incurran los servidores públicos del Poder Judicial de la Federación, se rigen por lo que dispongan las Leyes de Amparo y Orgánicas del Poder Judicial de la Federación, publicadas, como se ha dicho, el 5 de enero de 1988.

111. En el nuevo texto del artículo 107 constitucional se consagran las reglas básicas de la competencia de la Suprema Corte de Justicia, específicamente en el segundo grado del juicio de amparo, en cuanto se dispone que el llamado recurso de revisión (en realidad, de apelación), contra las sentencias de fondo de los jueces de distrito, será conocido por la Suprema Corte de Justicia en dos hipótesis: *a*) Cuando habiéndose impugnado en la demanda por estimarlos *directamente* violatorias de la Constitución, leyes federales o tratados internacionales, reglamentos expedidos por el Presidente de la República de acuerdo con la fracción I del artículo 89 de la Carta Federal y reglamentos de leyes locales emitidos por los Gobernadores de los Estados, cuando *subsista en el recurso el problema de constitucionalidad*, y *b*) en los supuestos de las fracciones II y III del artículo 103 constitucional (que impropiamente se ha calificado como “amparo soberanía”), es decir, por invasión recíproca de competencias federales y locales, cuando exista afectación a los intereses jurídicos de los particulares. Además de estas dos hipótesis del texto constitucional, el artículo 84, fracción I, inciso *a*), de la Ley de Amparo, agrega un tercer supuesto, *cuando la sentencia* (del juez de distrito) *establezca la interpretación directa de un precepto de la Constitución*, lo que en nuestro concepto significa que también pueden combatirse por esta vía no sólo las disposiciones legislativas en sentido material, sino también actos concretos de autoridad que infrinjan de manera directa los preceptos de la Carta Federal, y, entre

otros, podemos señalar los que violen los derechos fundamentales, individuales y sociales, establecidos en el texto constitucional.

112. La Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación hace la distribución de la competencia de la Suprema Corte de Justicia, mencionada en el párrafo anterior, entre el Tribunal en Pleno y las Salas. Al Pleno corresponde el conocimiento del recurso de revisión de los fallos de fondo de los jueces de distrito tratándose de la impugnación de leyes federales o locales, o de tratados internacionales, o bien cuando se trata de juicios de amparo en los cuales se controvierta la invasión de la esfera federal o de la local, respectivamente, cuando se afecten derechos de particulares.

113. Por lo que se refiere a la impugnación por medio del juicio de amparo, cuando en el llamado recurso de revisión contra las sentencias de los jueces de distrito se discuta la constitucionalidad de reglamentos de las leyes federales o locales, expedidas por el Presidente de la República o por los Gobernadores de los Estados, o bien cuando en las propias sentencias se establezca la *interpretación directa* de un precepto de la Carta Fundamental, estos recursos se atribuyen al conocimiento de las Salas, de acuerdo con su materia (artículos 24, 25, 26 y 27, todos ellos en su fracción I, inciso *a*), de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación). Todo ello sin perjuicio de que el Tribunal en Pleno de la Corte determine que las Salas conozcan de asuntos que por su materia corresponden a otras, en ejercicio de la facultad establecida en el párrafo sexto del artículo 94 de la Constitución Federal y los 24, fracción XII; 25, también fracción XIII; 26, fracción XII, y 27 fracción X, de la citada Ley Orgánica.

114. Por otra parte, también se conserva el texto de la actual fracción XII del artículo 107 constitucional, que admite el denominado recurso de revisión de las resoluciones pronunciadas por los tribunales colegiados de circuito en amparo de una sola instancia, cuando decidan sobre la inconstitucionalidad de una ley o interpreten directamente un precepto de la Constitución Federal (artículo 84, fracción II, de la Ley de Amparo).

115. Dichos asuntos se atribuyen al Tribunal en Pleno cuando la decisión se refiere a la constitucionalidad de una ley federal o local o respecto de un tratado internacional (artículo 12, fracción VI, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación), y a las Salas según su materia, en el supuesto de que el recurso se interponga contra los mencio-

nados fallos de los tribunales colegiados de circuito, cuando decidan sobre la constitucionalidad de reglamentos federales o locales o sobre la interpretación directa de un precepto de la Carta Federal (artículo 24, 25, 26 y 27, todos ellos, fracción II, de la Ley Orgánica mencionada).

116. De acuerdo con las reformas que comentamos, se confieren a los *tribunales colegiados de circuito algunos aspectos de control constitucional*, como lo explica la parte relativa de la exposición de motivos de la iniciativa de reforma constitucional publicada en agosto de 1987, pero se trata sólo de problemas de constitucionalidad de *reglamentos autónomos y municipales* (ya que las reformas promulgadas en diciembre de 1982 atribuyeron a los municipios ciertas atribuciones legislativas directas), por tratarse de un nivel normativo inferior que requiere de la acción inmediata de la justicia federal, que se puede efectuar debido a la descentralización de los citados tribunales, sin la dilación que implica asignar el conocimiento del segundo grado en esta materia a la Suprema Corte de Justicia.

117. Con el propósito de que la Suprema Corte de Justicia conozca de los asuntos de mayor importancia, aun cuando los mismos en principio correspondan a los tribunales colegiados de circuito, se establecieron en las reformas constitucionales que analizamos, *facultades discrecionales de atracción*, que se confieren al máximo tribunal del país, en las fracciones V (amparo de una sola instancia) y VIII (amparo de doble grado), del artículo 107 constitucional, a fin de que la Corte de oficio, o bien a petición fundada del correspondiente tribunal colegiado de circuito o del Procurador General de la República, pueda conocer de los amparos de un solo grado o en revisión, que por sus *características especiales* así lo ameriten. Al respecto de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación concede dicha facultad de atracción a las Salas de la Suprema Corte de Justicia, de acuerdo con su materia (artículos 24, 25, 26 y 27, en todos fracción I, inciso b), tratándose de los amparos en revisión, y fracción III, de los mismos preceptos, respecto de los amparos de una sola instancia).

118. Esta expresión de *características especiales* es muy ambigua, pero su misma indeterminación confiere una discrecionalidad muy amplia de las Salas de la Suprema Corte para solicitar el envío de los asuntos que consideren conveniente conocer, no obstante que según las reglas de competencia correspondan a los tribunales colegiados de circuito. Sin embargo, el mismo legislador ha utilizado otras expresiones tales como

importancia trascendente para los intereses de la Nación (en relación con las controversias en que la Federación sea parte, según el artículo 11, fracción IV, de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal), o bien respecto de las facultades de atracción y remisión, ahora suprimidas pero conferidas a las Salas en las reformas de 1968 y 1983, en las cuales se utilizaron frases como *importancia trascendente para el interés nacional*, en relación con la Segunda Sala (administrativa) e *importancia y trascendencia sociales y especial entidad*, respecto de las restantes, puede concluirse en el sentido de que todas estas frases tienen un significado equivalente, pues dejan a la discreción de la Suprema Corte decidir si ejercita su facultad de atracción en los supuestos asuntos de gran trascendencia para el interés nacional por su significado jurídico, social o económico, entre ellos los juicios de amparo en los cuales se controvierta la constitucionalidad de reglamentos autónomos o municipales, lo que le permite concentrar todos los problemas de constitucionalidad.

119. Todos los demás juicios de amparo promovidos en una o dos instancias se confieren a los tribunales colegiados de circuito, los cuales tendrán a su cargo (salvo casos excepcionales de inconstitucionalidad de disposiciones reglamentarias de carácter inferior) por lo que les corresponde la totalidad del *control de legalidad*, cuyo mayor número en la práctica corresponde a la impugnación de resoluciones judiciales, por lo que dichos tribunales son en la actualidad de *casación*, función que anteriormente compartían con la Suprema Corte de Justicia (artículo 44, fracción I, de la Ley Orgánica respectiva).

X. PERSPECTIVAS PARA EL FUTURO

120. Nos encontramos en el inicio de una nueva situación para el juicio de amparo en cuanto instrumento tutelar de los derechos fundamentales contra leyes y actos de autoridad, que como se ha señalado de manera reiterada, que constituye el origen histórico de nuestra más importante institución procesal.

121. En efecto, si bien nuestro juicio de amparo conserva su amplia estructura que abarca varias instituciones procesales, algunas de las cuales, como lo señalamos con anterioridad, se contraen al control de legalidad, existen otros sectores, particularmente los relativos en la tutela de la libertad y dignidad personales (amparo *habeas corpus*), y la impugnación

de las disposiciones legislativas inconstitucionales (amparo contra leyes), que se refieren esencialmente al control constitucional.

122. Las reformas de 1988 que examinamos con anterioridad, permitirán, en nuestro concepto, revitalizar esos sectores de carácter constitucional, y además, por medio de la impugnación de actos concretos de autoridad, que ahora también pueden llegar en último grado a la Suprema Corte de Justicia, es posible reforzar la tutela de los derechos fundamentales consagrados en nuestra Carta Fundamental.

123. En efecto, al suprimirse del conocimiento de la Suprema Corte de Justicia el control de legalidad y muy especialmente del amparo judicial o amparo-casación, el más Alto Tribunal del país, ahora con la competencia para resolver las cuestiones de constitucionalidad en la segunda instancia respecto de las sentencias dictadas por los jueces de distrito, y por los tribunales colegiados de circuito, puede concentrarse en la decisión de esas cuestiones de constitucionalidad, tanto de carácter general como en concreto, y en especial las relativas a la tutela de los Derechos Humanos de carácter fundamental.

124. Ya hemos afirmado (ver *supra*, párrafos 16-24), que en cuanto la Suprema Corte aceptó la interpretación artificial del artículo 14 constitucional de la Carta Federal de 1857, y admitió la impugnación, por medio del amparo, de todas las resoluciones judiciales de todos los jueces y tribunales del país y, posteriormente también los actos y resoluciones administrativas, cuando en los mismos sólo se invocara la infracción de disposiciones legales secundarias, se oscureció de manera paulatina su función de intérprete final de las normas de la Constitución, pues se vio obligada a dedicarse esencialmente al control de legalidad, el que constituyó un peso excesivo debido al rezago permanente, puesto que recibía muchos más juicios de amparo que los que podía resolver.

125. Esta situación se prolongó hasta las mencionadas reformas de 1988, ya que no obstante todos los esfuerzos para aliviar dicho rezago, por medio de la división de la propia Suprema Corte en Salas (1928-1934); la creación de los tribunales colegiados de circuito (1951), a los cuales se les encomendaron cada vez más juicios de amparo en auxilio del más Alto Tribunal del país (1968 en adelante), y también se incrementó de manera constante el número de dichos tribunales colegiados, de cinco en 1951 a

más de setenta en la actualidad, no se logró aliviar a la propia Corte del enorme esfuerzo que significaba decidir los asuntos relativos al control de legalidad, que se tradujo en la imposibilidad de concentrarse en las cuestiones de constitucionalidad, entre ellas las relativas a la protección de los Derechos Humanos. Nuestra Suprema Corte fue hasta muy recientemente y de manera predominante, un *tribunal de casación*.

126. Esta transformación de la Suprema Corte de Justicia como tribunal constitucional producirá, sin duda, varios cambios significativos en cuanto a la solución de conflictos estrictamente constitucionales por medio del juicio de amparo, en los tres sectores de su competencia en segundo grado, es decir, la impugnación de las disposiciones legislativas y tratados internacionales que se consideren contrarios a la Carta Federal; las controversias sobre la invasión de las esferas federal y local por cualquier autoridad, recíprocamente, siempre que exista una afectación personal; y el conocimiento de actos u omisiones concretos cuando el fallo del juez de distrito decida sobre la interpretación directa de un precepto constitucional.

127. Tenemos la convicción de que son varios los supuestos en los cuales la función de control constitucional de nuestro más Alto Tribunal podrá vigorizar la tutela de las normas fundamentales, entre ellas las relativas a los Derechos Humanos de carácter individual y social, entre los cuales podemos destacar: a) *un incremento de la labor de interpretación constitucional*, para adaptar las normas de la Carta Federal a los rápidos cambios de carácter social, político, económico y cultural; b) la introducción, así sea paulatina, de la *declaración general de inconstitucionalidad* en la resolución de los juicios de amparo en los cuales se impugne la contradicción de disposiciones legislativas con la Ley Suprema por medio de juicio de amparo; c) una *mayor protección de los Derechos Humanos*, incluyendo la de aquellos que provienen de pactos y convenio internacional ratificados por el Ejecutivo de la Unión y aprobados por el Senado Federal, en los términos del artículo 133 constitucional.

128. Por lo que respecta a la *interpretación constitucional* que ha realizado nuestra Suprema Corte de Justicia, si bien es importante, ha sido limitada, por una parte, por el enorme esfuerzo dedicado a sus funciones de tribunal de casación, y por la otra, en virtud de las constantes reformas constitucionales de carácter formal, que si bien, en un número importante

han sido necesarias o convenientes para modernizar nuestro ordenamiento fundamental en vista de los numerosos cambios de la sociedad mexicana en los últimos años, en su conjunto deben considerarse excesivas, ya que han sobrepasado el número de trescientas. Resulta preferible, salvo en los casos de verdadera e imprescindible necesidad, que la adaptación de las disposiciones constitucionales a las constantes modificaciones de carácter social, pueda realizarse por medio de la jurisprudencia y no necesariamente por reformas de carácter formal, como ha ocurrido hasta el momento.

129. Aun cuando el ejemplo de la aplicación y modernización de la Constitución Federal de los Estados Unidos de 1787 (con sólo veintiséis reformas formales en los dos siglos de su existencia), por medio de la jurisprudencia de los tribunales en especial de la Suprema Corte, debe considerarse como un caso de excepción; sin embargo, son numerosos los ordenamientos en los cuales los tribunales o cortes de carácter supremo o los especializados en la resolución de conflictos constitucionales, han realizado una labor permanente de interpretación, como instrumento eficaz para amoldar el texto de la respectiva Carta Fundamental a los constantes cambios, en ocasiones vertiginosos, como los que hemos contemplado en los últimos años, de naturaleza social, económica, política y cultural.

130. La doctrina y la jurisprudencia contemporánea han llegado a la conclusión, sobre la cual existe consenso, en el sentido de que la *interpretación constitucional*, en especial la que corresponde a los tribunales, no puede equipararse a la de las restantes normas jurídicas, aun cuando pertenezca al mismo género, ya que asume caracteres peculiares muy acentuados, pues como lo ha puesto de relieve el notable tratadista italiano Mauro Cappelletti, dicha interpretación, además de atribuir *facultades muy amplias de valoración* a los jueces constitucionales, les confiere una *función política muy vigorosa*, entendida en sentido técnico y no partidista, puesto que influye de manera significativa en la toma de decisiones por parte de los otros dos órganos del poder del Estado.

131. Según el pensamiento de otro distinguido constitucionalista italiano, Franco Pierandrei, la interpretación de las normas fundamentales debe adecuarse a la naturaleza de los motivos políticos y los principios esenciales que se encuentran en la base de estos preceptos.

132. Por su parte, el conocido constitucionalista argentino Segundo V. Linares Quintana ha señalado una serie de reglas particulares que en su concepto deben servir de orientación para interpretar las disposiciones constitucionales, entre las cuales deben destacarse, entre otras, las que se refieren a que en dicha interpretación debe prevalecer el contenido tecnológico o finalista; que debe utilizarse un criterio amplio, liberal y práctico; que debe considerarse a la ley suprema como un conjunto armónico de disposiciones y de principios; que deben tomarse en cuenta no sólo las condiciones y necesidades existentes en el momento de la sanción, sino también las imperantes en la época de la aplicación, etcétera.

133. La interpretación de los textos constitucionales no corresponden en exclusiva a los tribunales, sino que se efectúa también por los otros dos órganos del poder, es decir, por el legislativo cuando expide las normas secundarias y por el ejecutivo cuando formula reglamentos o bien crea actos o resoluciones de carácter administrativo, pero como lo señala el notable tratadista alemán Klaus Stern, en los países en los cuales existe una jurisdicción constitucional, corresponde a los tribunales supremos o especializados señalar la *interpretación definitiva* de las normas constitucionales, la que es obligatoria para todas las autoridades públicas y para los particulares, y en este sentido se acrecienta de manera considerable la participación de nuestra Suprema Corte de Justicia, con motivo de las mencionadas reformas de 1988, en la toma de decisiones fundamentales, por lo tanto, su relación con los otros dos órganos del poder, y particularmente con el Ejecutivo.

134. Por lo que respecta a la *declaración general de inconstitucionalidad*, hicimos referencia de esta institución cuando abordamos el *amparo contra leyes* (ver *supra*, párrafos 93-96), pero podemos agregar en esta oportunidad que en la misma no se ha establecido en nuestro ordenamiento por el peso de la tradición de la llamada "fórmula Otero", así como por el temor de que se presente una invasión por parte de la Suprema Corte, en las funciones de los órganos legislativos, tanto federal como los de las Entidades Federativas. Este último argumento descansa en un criterio muy tradicional de la división o separación de las funciones de los órganos del poder, en su concepción clásica, pero no toma en cuenta que las sentencias colectivas y de carácter general, las que se han extendido de manera considerable en los tribunales de nuestra época, no pueden considerarse como una atribución legislativa de carácter material, sino estrictamente

resoluciones de carácter judicial, ya que cuando un tribunal formula un fallo con efectos generales o *erga omnes* no se convierte en legislador, sino que simplemente priva de efectos a las disposiciones legislativas que se han considerado contrarias a la Carta Fundamental, pero subsisten dichas normas que sólo pueden ser derogadas por el legislador.

135. En efecto, cuando un tribunal supremo o especializado efectúa una declaración general de inconstitucionalidad, no decide una controversia concreta que requiera de un fallo con efectos particulares, ya que la materia del conflicto se refiere a las disposiciones legislativas que se consideran contrarias a preceptos o principios de carácter más amplio, como son las que se consagran en el texto de la Carta Fundamental y, por lo tanto, si tomamos en cuenta el silogismo judicial, cuando las dos premisas son generales, forzosamente la conclusión debe tener también un carácter general y no particular.

136. Por otra parte, no se ha tomado en consideración que la práctica de la declaración general en varios ordenamientos latinoamericanos próximos al nuestro, como ocurre con la acción popular de inconstitucionalidad en Colombia y Venezuela, y los efectos generales de los fallos de inconstitucionalidad de Costa Rica y varias provincias argentinas, no han producido los conflictos que se vaticinan en nuestro régimen constitucional, por dos motivos que son tomados en consideración por las cortes o tribunales que tiene encomendada esta declaración: por una parte, debido al principio básico de la interpretación constitucional, que se apoya en la presunción de constitucionalidad de las disposiciones legislativas, lo que significa que sólo se hace la declaración general cuando existe una contradicción insalvable entre dichas normas y las disposiciones y principios de la Constitución.

137. En otro gran principio que se ha puesto de relieve por los tribunales o cortes constitucionales de Europa Continental, consiste en la preeminencia que han adquirido las llamadas "sentencias interpretativas", es decir, aquellas que realizan una función de armonización entre las disposiciones legislativas impugnadas y los preceptos y principios de la Carta Fundamental, de tal manera que se señala cuál debe ser la interpretación que debe prevalecer para considerar compatibles dichas disposiciones con la Constitución, lo que hace innecesario llegar a la declaración general que, como hemos dicho, sólo se pronuncia si la incompatibilidad es ostensible.

138. Finalmente, también debe imponerse la declaración general por razones prácticas de economía procesal. En una época en la cual pueden presentarse al mismo tiempo o de manera sucesiva cientos y en ocasiones miles de demandas de inconstitucionalidad contra las mismas disposiciones legislativas, es muy lento y costoso decidir caso por caso, puesto que la declaración general, o las sentencias interpretativas, resolverían el problema en una o muy pocas sentencias. En la experiencia mexicana se puede observar que cada año se presentan numerosas demandas contra disposiciones tributarias, las que son modificadas anualmente por medio de las llamadas misceláneas fiscales, pero también de otros ordenamientos. Cuando algunas de dichas demandas se acumulan en primer grado, se forman expedientes inmanejables, que si bien tienen la ventaja de requerir un solo fallo cada uno de ellos, es preciso analizar en la sentencia los aspectos peculiares de cada caso, a no ser que sean absolutamente iguales, lo que requiere la redacción de decisiones de gran extensión.

139. Por todos estos motivos, en el Primer Congreso Latinoamericano de Derecho Constitucional, efectuado en la ciudad de México durante los días 25 a 30 de agosto de 1975, se adoptó la siguiente recomendación: "En la realización del control de la constitucionalidad de las leyes, los tribunales latinoamericanos deben superar el principio, adoptado por razones históricas, de la desaplicación concreta de la ley, para consignar el de la declaración general de inconstitucionalidad, tomando en cuenta las particularidades y experiencias de cada régimen jurídico, con el objeto de darle verdadera eficacia práctica."

140. Estamos convencidos de que en un futuro no muy lejano terminará por imponerse la declaración general de inconstitucionalidad en nuestro ordenamiento jurídico, tal vez con un periodo de adaptación, como por ejemplo, que dicha declaración tenga eficacia una vez que se ha establecido jurisprudencia obligatoria de la Suprema Corte de Justicia, que en la actualidad requiere de cinco resoluciones iguales no interrumpidas, aprobadas con un determinado número de votos favorables, a no ser que se trate de decisiones que resuelvan contradicciones de criterios entre las Salas o los Tribunales Colegiados de Circuito (artículo 192 de la Ley de Amparo), número que podría reducirse de manera paulatina, en cuanto la institución arraigue en la práctica judicial mexicana.

141. Por lo que respecta a la *tutela específica de los Derechos Humanos* por medio del juicio de amparo además de la protección por conducto del amparo contra leyes, descansa, por una parte, en el sector que calificamos de amparo de la libertad o *habeas corpus*, y también en ciertos supuestos en la impugnación de actos u omisiones de la administración que infrinjan de manera directa los preceptos constitucionales que consagran los derechos fundamentales. En estos últimos supuestos, cuando implican la interpretación de un precepto constitucional, ya sea que el fallo se dicte por los jueces de distrito o por los tribunales colegiados en amparo de una sola instancia, se puede combatir en segundo grado ante la Suprema Corte de Justicia, de acuerdo con lo establecido por el artículo 81, fracciones I y II de la Ley de Amparo, y específicamente ante las Salas, según su materia, según los artículos 24, 25, 26 y 27, en todos, fracciones I, inciso a) y II.

142. En cuanto al amparo de la libertad o *habeas corpus*, que no siempre implica la impugnación de preceptos constitucionales, sino en ocasiones de disposiciones ordinarias, tiene poca aplicación práctica, en dos supuestos que es preciso perfeccionar, para darle una mayor eficacia: a) En primer término, si bien la Ley de Amparo, según hemos visto con anterioridad (ver *supra* párrafo 68-71), consagra en este sector un procedimiento más rápido en teoría con una decisión en un plazo muy breve y con medidas precautorias vigorosas por medio de la llamada suspensión del acto reclamado; en la realidad, al seguirse los mismos turnos judiciales que se señalan para otros sectores del mismo amparo y debido al recargo de los juzgados de distrito, que son los que deben decidir dichos amparos en primera instancia (aun cuando pueden interponerse ante los jueces locales), la decisión, inclusive de la propia suspensión, resulta lenta para las necesidades de una protección que debe ser extremadamente rápida, de pocos días, para que realmente se obtengan resultados positivos, como el derecho comparado lo demuestra. En efecto, en muchas ocasiones, cuando se pronuncia dicho juez federal sobre el fondo, la persona afectada ya ha sido puesta en libertad o bien consignada ante un juez penal ordinario.

143. Este defecto puede corregirse si se sigue el ejemplo del derecho brasileño el cual establece una prioridad absoluta, materia de *habeas corpus*, que deben seguir los jueces que conozcan de este instrumento, respecto de todos los demás asuntos de su conocimiento, y, en segundo lugar, tiene preferencia el *mandado de segurança* (o mandamiento de

amparo), similar a nuestro juicio de amparo (en nuestro derecho la primacía de segundo orden debiera darse a los amparos interpuestos en contra de violaciones directas de carácter constitucional), como lo dispone el artículo 17 de la Ley brasileña de 31 de diciembre de 1951, sobre el citado mandamiento de amparo, que se encuentra todavía en vigor, con varias reformas posteriores.

144. El segundo inconveniente que obstaculiza la eficacia del sector del juicio de amparo mexicano que protege la libertad e integridad personales se debe, en nuestro concepto, a la falta de una disposición constitucional que regule en forma precisa la *detención de carácter administrativo*, en el periodo de la investigación realizada bajo la dirección del ministerio público, es decir, previa al proceso penal, ya que el artículo 16 de nuestra Carta Federal establece que ninguna persona puede ser detenida sino mediante una orden judicial, salvo en dos hipótesis: tratándose de flagrante delito o en caso de urgencia, cuando no exista en el lugar una autoridad judicial, que son casos de excepción. Varios ordenamientos constitucionales latinoamericanos, que por falta de espacio no mencionamos de manera específica, establecen un periodo que va de 48 a 72 horas, para los supuestos generales de una detención administrativa necesaria para culminar la investigación.

145. En la realidad jurídica de nuestro país, o bien se interpreta en forma demasiado flexible la flagrancia del delito o se infringe abiertamente el citado artículo 16 constitucional, pues en muchos casos, la detención administrativa para investigación se prolonga por varios días hasta complementar dicha investigación y entonces se decide sobre el ejercicio de la acción penal. Consideramos que sería preferible introducir en el citado artículo 16 constitucional un plazo perentorio para dicha detención, ya que si no se cumple con el mismo se transformaría automáticamente en una detención ilegal. Este plazo debería que combinarse con un procedimiento preferencial, que daría efectos positivos al juicio de amparo en esta materia. Además, si se mantiene detenida una persona más allá del plazo de detención administrativa, que en la actualidad es impreciso, también de manera automática se generaría una responsabilidad objetiva del Estado, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 9, fracción 5, del Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos, ratificado por el Gobierno de México y aprobado por el Senado Federal, el cual dispone: "*Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.*"

146. Para terminar este breve estudio panorámico, haremos una sucinta referencia a la protección de los Derechos Humanos consagrados por los tratados, pactos o convenios internacionales y que han sido incorporados a nuestro derecho interno, una vez aprobados por el Senado Federal, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 133 constitucional. Es claro que en nuestro ordenamiento jurídico los tratados no tienen jerarquía constitucional, aun cuando forman parte de la Ley Suprema en los términos del propio artículo 133 de la Carta Federal.

147. Pero con independencia de la jerarquía que pueda otorgarse a los citados pactos internacionales de Derechos Humanos que forman parte a nuestro ordenamiento, resulta evidente que como el amparo no sólo procede por violaciones de carácter estrictamente constitucional, sino también respecto de la infracción de derechos establecidos en leyes ordinarias, según hemos sostenido reiteradamente, los afectados pueden interponer el propio juicio de amparo cuando la autoridad pública menoscabe por acción u omisión, los propios derechos establecidos en dichos convenios internacionales, que complementan y enriquecen a los otorgados por la Carta Federal. No sería aventurado suponer que en los supuestos en que se discuta la aplicación de uno de estos Derechos Humanos de carácter internacional, pero incorporados al derecho interno, se cumplen los supuestos que las fracciones V y VII del artículo 107 constitucional y los artículos 24, 25, 26 y 27, en todos ellos en su fracción I, inciso b, y fracción III, de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal, exigen para que las Salas de la Suprema Corte ejerciten sus *facultades de atracción* si los amparos respectivos son conocidos por los tribunales colegiados de circuito en una sola o en la segunda instancia (ver *supra*, párrafos 117 y 118).

XI. CONCLUSIONES

148. De las reflexiones anteriores podemos llegar a las siguientes conclusiones, expresadas de manera esquemática.

149. *Primera.* El juicio de amparo mexicano, de acuerdo con el modelo de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes del ordenamiento estadounidense, surgió con el propósito esencial de tutelar los derechos individuales de los gobernados contra las leyes o actos de cualquier autoridad que lesionasen dichos derechos. Así fue establecido en los artículos

101 y 102 de la Constitución Federal de 1857, pues inclusive en la función de este instrumento procesal para conocer de las invasiones recíprocas de las esferas federal y de carácter local de las propias autoridades, se exigía y todavía se requiere la afectación de los citados derechos fundamentales.

150. *Segunda.* Este concepto histórico del juicio de amparo, considerado como un procedimiento sencillo y breve para tutelar los derechos individuales y actualmente también de carácter social, contra actos o leyes de cualquier autoridad, ha servido de paradigma para el establecimiento de otros instrumentos similares, inclusive con el mismo nombre de acción, recurso o juicio de amparo, en varios ordenamientos latinoamericanos y en el derecho español, así como para algunos instrumentos con denominaciones similares. Y también ese modelo tradicional sirvió de ejemplo para la consagración de la institución mexicana, por obra de las delegaciones de nuestro país a los organismos y reuniones internacionales, en declaraciones y pactos de Derechos Humanos, tanto generales como de naturaleza regional.

151. *Tercera.* Sin embargo, aun cuando con algunos antecedentes, la clásica resolución de la Suprema Corte de Justicia de abril de 1869 en el caso Miguel Vega, que consideró tácitamente inconstitucional el texto del artículo 80. de la Ley de Amparo de enero de ese mismo año, que prohibía el amparo en negocios judiciales, dio inicio a la jurisprudencia del más Alto Tribunal, que aceptó la interpretación artificial que varios abogados había hecho del artículo 14 de la Constitución Federal de 1857, en el sentido de que cada vez que un juez o tribunal *local* o federal, aplicaba “inexactamente” (es decir, incorrecta o indebidamente), una ley ordinaria en sus fallos, infringía dicho precepto situado en el capítulo de las “garantías individuales”.

152. *Cuarta.* Si bien a partir de esa época y hasta la primera década de este siglo se discutió acaloradamente sobre la procedencia del juicio de amparo contra resoluciones judiciales por violaciones de carácter legal y no estrictamente de constitucional, terminó por imponerse la citada interpretación indebida del artículo 14 de la Carta de 1857, y fue necesario regular este sector en la Ley de Amparo de 1882 y en los Códigos de Procedimientos Civiles de 1897 y 1908, que incorporaron el amparo en su texto, con lo cual, como con acierto lo señaló el destacado jurista mexicano Emilio Rabasa en los primeros años de este siglo, la Corte se convirtió en un tribunal de casación que en último grado concentraba todos los asuntos

judiciales del país, con lo cual su tarea se convirtió en imposible, por el enorme peso que significaba.

153. *Quinta*. Además del amparo contra resoluciones judiciales durante la vigencia de la Constitución de 1857, se inició también el control de la materia administrativa, con apoyo en el artículo 16 de la misma Carta Federal, que regulaba el control de legalidad, ya sea por medio de la impugnación de los actos de las autoridades administrativas ante los tribunales judiciales, o bien en forma directa por medio del citado juicio de amparo. A partir de entonces y hasta la actualidad se invocan los citados artículos 14 y 16 constitucionales, cuyo número coincide con los vigentes de la Ley Fundamental de 1917, para justificar la procedencia del juicio de amparo en estos dos sectores.

154. *Sexta*. En el Constituyente de Querétaro se discutió nuevamente la procedencia del amparo en asuntos judiciales por violación de leyes ordinarias, pero se impuso el criterio expresado en el proyecto de Constitución presentado ante dicho Congreso por el General Venustiano Carranza, Encargado del Poder Ejecutivo Federal, pues si bien la exposición de motivos se reconoció que el amparo judicial había menoscabado la autonomía de las Entidades Federativas, se señaló que, como subsistía la arbitrariedad de los jueces locales, era preferible conservar esa concentración en los tribunales federales, y se consagró expresamente la procedencia del control de legalidad en el juicio de amparo en los actuales artículos 14 y 16 constitucionales.

155. *Séptima*. El citado control de legalidad en las materias judicial y administrativa constituyó un peso desproporcionado en la Suprema Corte de Justicia, que conocía en segundo o único grado de todos estos asuntos, lo que se tradujo en un rezago creciente que no se pudo atenuar no obstante las medidas que se adoptaron para combatirlo: la división de la Suprema Corte en Salas, de acuerdo con la materia, para conocer del amparo, que tradicionalmente era competencia del Pleno desde 1869 (reformas constitucionales de 1928 y 1934); la creación de los tribunales colegiados de circuito en las reformas de 1951; incremento del número de dichos tribunales y aumento paulatino de su competencia para descargar a la Suprema Corte, a partir de las reformas de 1968 y siguientes; hasta que se dio la solución radical de las reformas que entraron en vigor el 15 de enero de 1988, que dejó en el conocimiento exclusivo del más Alto Tribunal del país, a los juicios de amparo en los cuales se plantearan

cuestiones directas y estrictas de constitucionalidad, y los relativos al control de legalidad se trasladaron íntegramente a los propios tribunales colegiados de circuito.

156. *Octava*. En la actualidad el juicio de amparo mexicano, bajo su aparente unidad, debe considerarse como una Federación de instrumentos procesales, que tienen por objeto la tutela de la libertad individual fuera de procedimiento judicial (*habeas corpus*); la impugnación de las leyes inconstitucionales (amparo contra leyes); el conocimiento de último grado de las controversias contra actos y resoluciones administrativas (contencioso-administrativo) y las prerrogativas procesales en beneficio de los campesinos sujetos a la reforma agraria (amparo social agrario).

157. *Novena*. De estos cinco sectores del juicio de amparo mexicano, que en su conjunto implican la tutela, salvo algunas excepciones, de todo el ordenamiento jurídico del país (desde los preceptos de la Carta Federal hasta los reglamentos de carácter municipal), dos de ellos tienen un carácter que puede considerarse como directamente constitucional. Tales son el que podemos calificar como amparo de la libertad o amparo *habeas corpus* (por su similitud con este último instrumento que se ha consagrado con este nombre o el de exhibición personal en los restantes ordenamientos latinoamericanos), y el amparo contra leyes como medio para impugnar las disposiciones legislativas y los tratados internacionales que se consideraran contrarios a la Carta Federal.

158. *Décima*. La protección de la libertad e integridad personales, especialmente fuera del procedimiento judicial, es decir por actos u omisiones de las autoridades administrativas, atribuidos a la policía llamada judicial y al ministerio público, está dotado de un procedimiento muy rápido y flexible en la Ley de Amparo, con todas las características del *habeas corpus*. A su vez el amparo contra leyes posee dos vías para su planteamiento. La primera puede calificarse de *acción de inconstitucionalidad*, ya que significa un ataque directo contra las disposiciones legislativas, en el que se señalan como autoridades demandadas a aquellas que han intervenido en la expedición y promulgación de las mismas, como son el Congreso de la Unión y el Presidente de la República respecto de leyes federales, el Senado Federal y el mismo titular del Ejecutivo Federal por lo que atañe a los tratados internacionales, así como las legislaturas y los Gobernadores de los Estados en relación con los ordenamientos de carác-

ter local. Además es posible impugnar las propias disposiciones legislativas por medio de una sentencia o resolución de carácter judicial, procedimiento que hemos denominado *recurso de inconstitucionalidad*.

159. *Decimoprimera*. Las reformas constitucionales y legales que entraron en vigor el 15 de enero de 1988, implicaron la atribución a la Suprema Corte de Justicia para conocer únicamente los juicios de amparo en los que se plantearan cuestiones de carácter constitucional, y por tanto nuestro más Alto Tribunal se transformó de un organismo esencialmente de casación, en un verdadero tribunal constitucional, aun cuando no se le hubiese otorgado ese nombre, ya que conoce en segunda instancia por medio del recurso de revisión (apelación), de las sentencias de fondo dictadas por los jueces de distrito y los tribunales colegiados de circuito en amparo de un solo grado, cuando subsista en dicho recurso la impugnación de la inconstitucionalidad de normas legislativas, reglamentarias o tratados internacionales, o bien la *interpretación directa de preceptos fundamentales*. Los juicios de amparo en los que se discuten cuestiones de legalidad se trasladaron en su totalidad a los tribunales colegiados de circuito, que de esta manera, por la preeminencia del amparo judicial, pueden considerarse como tribunales de casación. Sin embargo, las Salas de la Suprema Corte poseen, según su materia, una *facultad de atracción*, para solicitar a los propios tribunales colegiados aquellos juicios de amparo de su competencia, que dichas Salas consideren de "especial entidad", es decir, de trascendencia para los intereses nacionales, facultad que pueden ejercer de oficio o bien a petición fundada de los propios tribunales colegiados o del Procurador General de la República.

160. *Decimosegunda*. En cuanto a las perspectivas para el futuro de los sectores del amparo que tiene un significado de control constitucional, podemos considerar que las citadas reforma de enero de 1988, permiten a la Suprema Corte de Justicia concentrarse en los juicios de amparo en los cuales se discuten cuestiones estrictas de constitucionalidad, que habían sido oscurecidas por la función preeminente de la casación que había conservado el más Alto Tribunal desde el siglo anterior hasta las propias reformas. En tal virtud, la Suprema Corte puede realizar una *intensa interpretación constitucional* que hasta ahora era limitada tanto por las reformas constitucionales formales como por el peso del control de legalidad; en segundo término será inevitable la implantación de la *declaración general de inconstitucionalidad*, para superar los efectos particulares de la llamada "fórmula Otero", que ya cumplió su función histórica, tal vez con

un periodo de transición, como por ejemplo, darle esos efectos generales a la jurisprudencia obligatoria en materia de leyes inconstitucionales, establecida por nuestro Máximo Tribunal.

161. *Decimotercera*. Estos dos instrumentos, es decir, la interpretación constitucional y la declaración general se traducirán en una protección más eficaz de los derechos fundamentales por medio del juicio de amparo. Además, debe destacarse que la Suprema Corte conose en segunda instancia de los juicios de amparo que se hubiesen resuelto por los jueces de distrito y los tribunales colegiados en un solo grado, por medio de una interpretación directa de un precepto constitucional. Por otra parte, por medio de la facultad de atracción, las Salas pueden conocer, entre otros, de los amparos en los cuales se hubiesen planteado la aplicación de derechos consagrados en tratados o convenciones internacionales ratificadas por el Ejecutivo Federal y aprobadas por el Senado de la República, pues si bien formalmente implican un control de legalidad (ya que los citados tratados poseen en nuestro ordenamiento de leyes federales al ser incorporadas a nuestro derecho interno), forman parte de la Ley Suprema en los términos del artículo 133 constitucional.

162. *Decimocuarta*. Finalmente, para otorgar mayor eficacia al sector de amparo *habeas corpus*, que la ha tenido restringida debido a que se le otorga el mismo turno que a los demás juicios de amparo (lo que retrasa de hecho un procedimiento que en teoría debe ser muy rápido, es preciso seguir el ejemplo de la legislación brasileña, la que establece una prioridad absoluta para la tramitación del *habeas corpus*, y en segundo lugar, la relativa a la decisión de los mandamientos de amparo (*mandado de segurança*), que como hemos dicho tiene semejanza con el juicio de amparo mexicano en su función de protección de los Derechos Humanos. En el ordenamiento mexicano, este segundo lugar debe otorgarse a los juicios de amparo en los cuales se discuten cuestiones estrictamente de carácter constitucional, y en tercer término se conocerían los restantes juicios de amparo, es decir los relativos al control de legalidad.

BIBLIOGRAFÍA ESENCIAL

Se consignan en este breve catálogo sólo los libros y artículos que son accesibles a aquellos que tienen interés en profundizar en los temas tratados en este estudio panorámico.

- AGUILAR ÁLVAREZ Y DE ALVA, Horacio, *El amparo contra leyes*, México, Trillas, 1989.
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *El juicio de amparo*, 28a. ed., México, Editorial Porrúa, 1991.
- CAPPELLETTI, Mauro, *La justicia constitucional. (Estudios comparativos)*, México, UNAM, 1986.
- CARPISO, Jorge, "La interpretación del artículo 133 constitucional", en su libro *Estudios constitucionales*, 3a. ed., México, UNAM-Porrúa, 1991, pp. 1-31.
- _____, "La interpretación constitucional en México", en su libro *Estudios constitucionales*, cit., pp. 57-80.
- CARRILLO FLORES, Antonio, *La Constitución, la Suprema Corte y los Derechos Humanos*, México, Editorial Porrúa, 1981.
- CASTRO, Juventino V., *El sistema del derecho de amparo*, México, Editorial Porrúa, 1979.
- _____, *Hacia el amparo evolucionado*, 3a. ed., México, 1986.
- _____, *Garantías y amparo*, 6a. ed., México, Editorial Porrúa, 1989.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *El Juicio de amparo*, México, Editorial Porrúa, 1964.
- _____, "Algunos aspectos de la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano", en *Comunicaciones mexicanas al VII Congreso internacional de Derecho Comparado*, México, UNAM, 1971, pp. 5-63.
- _____, "La declaración general de inconstitucionalidad y el juicio de amparo", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Núms. 10-11, enero-agosto de 1971, pp. 53-98.
- _____, *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Madrid, UNAM-Civitas, 1982.
- _____, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, 2a. ed., México, Editorial Porrúa, 1985.
- _____, "La Suprema Corte de Justicia como tribunal constitucional", en las obras *Reformas constitucionales de la renovación nacional y Las nuevas bases constitucionales y legales del sistema judicial mexicano*, ambos, México, Editorial Porrúa, 1987, pp. 495-591 y 345-390, respectivamente.

- _____, "Setenta y cinco años de evolución del poder judicial en México", en la obra *México. 75 años de Revolución, Política, II*, México, CFE-INEHRM, 1988, pp. 289-382.
- _____, "Función del poder judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos", en la obra *Latinoamérica: Constitución, proceso y Derechos Humanos*, México, UDUAL-Miguel Ángel Porrúa, 1988, pp. 221-272.
- _____, "El juicio de amparo en Latinoamérica", en el libro *Latinoamérica*, cit., pp. 273-310.
- _____, "La justicia constitucional en Iberoamérica y la declaración general de inconstitucionalidad", en su libro *Latinoamérica*, cit., pp. 337-392.
- _____, "Protección procesal de los Derechos Humanos", en su libro *Protección jurídica de los Derechos Humanos. Estudios comparativos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991, pp. 23-54.
- _____, "La protección judicial de los derechos humanos en Latinoamérica y en el sistema interamericano", en su libro *Protección jurídica de los derechos humanos*, pp. 99-133.
- GÓNGORA PIMENTEL, Genaro, *Introducción al estudio del juicio de amparo*, 3a. ed., México, Editorial Porrúa, 1990.
- HERNÁNDEZ A, Octavio, *Curso de amparo, Instituciones fundamentales*, 2a. ed., México, Editorial Porrúa, 1983.
- INSTITUTO DE ESPECIALIZACIÓN JUDICIAL, SUPREMA CORTE DE JUSTICIA, *Manual del juicio de amparo*, 3a. reimpresión, México, Themis, 1989.
- MORENO CORA, Silvestre. *Tratado del juicio de amparo conforme a las sentencias de los tribunales federales*, México, Tip y Lit. La Europea, 1902.
- NORIEGA CANTÚ, Alfonso, *Lecciones de amparo*, actualizada por José Luis Soberanes Fernández, 3a. ed., México, Editorial Porrúa, 1991, 2 vols.
- RABASA, Emilio, *El artículo 14 y el juicio constitucional*, 2a. ed., México, Editorial Porrúa, 1955.
- _____, *La Constitución y la dictadura. Estudio sobre la organización política de México*, 3a. ed., México, Editorial Porrúa, 1956.
- TENA RAMÍREZ, Felipe, "El amparo mexicano. Medio de protección de los derechos humanos" en la obra *El amparo mexicano y los derechos humanos*, México, Suprema Corte de Justicia, 1975, pp. 13-75.
- VALLARTA, Ignacio Luis, *El Juicio de amparo y el writ of habeas corpus. Estudio crítico comparativo sobre esos recursos constitucionales*, 2a. ed., México, Imprenta del J. J. Terrazas, 1896.
- VEGA, Fernando, *La nueva Ley de Amparo de garantías individuales*, México, Imprenta de J. Guzmán, 1883.

LAS RELACIONES ENTRE LOS TRIBUNALES NACIONALES Y LOS INTERNACIONALES*

SUMARIO: I. Introducción. II. Resumen de los informes nacionales. III. El derecho procesal supranacional. IV. Las relaciones entre el derecho supranacional y el orden jurídico interno. V. La situación particular del derecho internacional de los Derechos Humanos. VI. Tribunales internacionales y transnacionales. VII. Organismos no jurisdiccionales. VIII. La ejecución de las sentencias internacionales y transnacionales en el ámbito interno. IX. La jurisprudencia supranacional y los tribunales nacionales. X. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

1. Uno de los aspectos más dinámicos del desarrollo jurídico en los últimos años, de especial relevancia desde la creación de las Comunidades Europeas, ha sido el de la relación entre los *tribunales nacionales* y los *supranacionales* (utilizado este vocablo de manera aproximada para comprender tanto los organismos jurisdiccionales de carácter internacional como los de naturaleza transnacional), pues estos últimos se han multiplicado de manera considerable con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial.

2. En efecto, con motivo de la creación de la Organización de las Naciones Unidas, cuya Carta fue suscrita por 50 Estados el 26 de junio de 1945, en la ciudad de San Francisco, la antigua Corte Permanente de Jus-

* Aparecido primeramente en la obra *Transnational Aspects of Procedural Law*. International Association of Procedural Law, X World Congress on Procedural Law, Taormina, Italia, 17-23 September 1995, *General Reports*, Università di Catania, Milano, Giuffrè Editore, 1998, tomo I, pp. 181-311. Se reproduce en este volumen con la autorización expresa de los editores.

ticia Internacional se transformó en la Corte Internacional de Justicia. Las bases normativas de este tribunal se encuentran en el capítulo XIV, artículos 92 a 96, de dicha Carta, y su Estatuto fue expedido también en San Francisco y forma parte integral de la Carta. Éste es un tribunal de naturaleza internacional que sigue los lineamientos tradicionales, pero con motivo de la suscripción en Roma, el 25 de marzo de 1957, de los tratados económicos que crearon las Comunidades Europeas, con los protocolos firmados en Bruselas el 18 de abril de ese año y que entraron en vigor en enero de 1958, se inició el establecimiento de tribunales transnacionales, con la introducción del Tribunal de las Comunidades con sede en la ciudad de Luxemburgo.

3. A partir de entonces se han establecido otros tribunales, tanto internacionales como las Cortes Europea (1959) e Interamericana de Derechos Humanos (1979), como transnacionales, entre los que se encuentran el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena (1984) y otros organismos que, si bien no realizan funciones estrictamente jurisdiccionales, colaboran con los dos primeros tribunales, es decir, las Comisiones Europea (1954) e Interamericana (1959) de Derechos Humanos, y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1986), esta última como un antecedente para la futura creación de un organismo jurisdiccional similar a los anteriores. También podemos señalar en esta dirección al Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, creado por el Protocolo Facultativo del Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos, protocolo que entró en vigor en 1976.

4. Es importante el examen de las resoluciones pronunciadas por los citados organismos no jurisdiccionales, cuya naturaleza discutiremos en su oportunidad, pues si bien no tienen carácter de sentencias en sentido estricto, sino de recomendaciones no obligatorias, los propios organismos, además de la vinculación de algunos de ellos a los tribunales internacionales mencionados, han establecido precedentes (aunque no se quiere hablar de jurisprudencia en sentido estricto, se ha utilizado con frecuencia dicho término) de gran trascendencia respecto de la interpretación de los tratados y convenios sobre Derechos Humanos que han tenido influencia, así sea indirecta, en los tribunales nacionales.

5. Podemos señalar, como lo hace un sector importante de la doctrina, que la vinculación de los tribunales internos con las decisiones de los

de carácter transnacional, o sea, los de las Comunidades Europeas (ahora Unión Europea) y del Pacto Andino, no sólo son obligatorias, sino que tienen además carácter ejecutivo, en tanto que las que provienen de los tribunales internacionales (Cortes Internacional de Justicia, Europea y Americana de Derechos Humanos) no tienen aplicación directa por los tribunales de carácter nacional, salvo excepciones establecidas por el ordenamiento interno.

6. Una mención especial debe hacerse respecto de los tribunales de Derechos Humanos, pues si bien tienen carácter internacional y sus decisiones, aun cuando obligatorias no son ejecutivas en forma directa en el ámbito interno, asumen una considerable influencia, en virtud de que son cada vez más numerosos los ordenamientos nacionales que no sólo otorgan jerarquía superior a los tratados ratificados por los Estados respectivos, sino inclusive naturaleza constitucional o equivalente, por lo que los jueces y tribunales internos aplican cada vez con más frecuencia, algunos incluso por mandato constitucional, tanto los derechos consagrados en dichos instrumentos supranacionales como la interpretación que de los preceptos de dichos tratados realizan los citados tribunales de Derechos Humanos. Por ello, el derecho internacional de los Derechos Humanos asume de manera creciente una situación particular en las citadas relaciones entre los organismos jurisdiccionales transnacionales y de carácter internacional, respecto de sus relaciones con los del orden interno.

7. Un aspecto que debe destacarse es el relativo a la formación de una nueva disciplina dentro del campo del derecho supranacional. Tradicionalmente existía un acervo doctrinal muy importante en el terreno del llamado derecho internacional privado, por lo que se refiere a las normas de carácter procesal en los calificados como conflictos de leyes, y que se había denominado derecho procesal internacional. Igualmente se habían examinado ciertos aspectos de las instituciones procesales relativas al arbitraje internacional, pero en cambio se habían quedado rezagadas las investigaciones sobre las normas procesales aplicables a los procedimientos ante los tribunales supranacionales.

8. Sin embargo, debido al florecimiento de los organismos jurisdiccionales de naturaleza supranacional, se advierte la preocupación, cada vez más intensa, de los cultivadores del derecho procesal por analizar los

espectaculares avances realizados por la doctrina científica surgida en Alemania en la segunda mitad del siglo XIX y que se desarrolló de manera considerable en este siglo en la mayoría de los ordenamientos contemporáneos. Aun cuando las denominaciones son siempre relativamente arbitrarias y tienen carácter didáctico, tal vez pueda utilizarse la de "*derecho procesal supranacional*" para describir, más que definir, esta rama de la ciencia procesal, de creciente trascendencia.

9. Lo anterior justifica que el tema de las relaciones entre los tribunales internacionales (en realidad, supranacionales) y los nacionales se discuta en un Congreso Internacional de Derecho Procesal, como lo es el organizado en la ciudad de Taormina, ya que esta materia se ha abordado anteriormente y con frecuencia en los Congresos de Derecho Internacional. Por otra parte, la trascendencia que han adquirido los conflictos entre las normas constitucionales y las de carácter supranacional, como lo ha puesto de relieve el destacado comparatista y procesalista italiano Mauro Cappelletti, a quien rendimos homenaje en esta ocasión, ha determinado que también se examinen las cuestiones relativas a las relaciones entre los derechos constitucional e internacional, como ocurrió en el V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, efectuado en la ciudad de Querétaro, México, durante los días 3 a 6 de octubre de 1994.

10. Con independencia de que se sustente un enfoque monista o dualista sobre el derecho internacional, lo cierto es que para encontrar soluciones a los complejos problemas que presentan las relaciones entre los tribunales supranacionales y los de carácter interno, se deben unir los esfuerzos de los cultivadores de los derechos internacional, constitucional y procesal, ya que hasta hace poco tiempo hemos estado relativamente aislados. Esta situación no debe continuar, sino por el contrario, es precisa una aproximación y colaboración constante entre estas tres disciplinas. Estamos convencidos de que haber incluido esta materia en este Congreso es un paso importante en tal dirección.

II. RESUMEN DE LOS INFORMES NACIONALES

11. Hemos recibido informes sobre las relaciones entre los tribunales internacionales y los de carácter nacional en varios países, por lo que haremos una breve síntesis de cada uno de ellos, que citaremos por orden alfabético de los autores.

12. A) Ayala Corao, Carlos Manuel (con la colaboración de Zubillaga, Marianela) (Venezuela): *Informe sobre las relaciones entre los tribunales nacionales y los internacionales*. En primer lugar, los autores examinan los tribunales internacionales o comunitarios a que está sometido el ordenamiento nacional en Venezuela. De acuerdo con los tratados suscritos y aprobados por ese país, el mismo está sometido a tres tribunales internacionales, a saber: a) el Tribunal de Justicia Andino, b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos y c) el Tribunal Internacional de Justicia. Se hace una descripción de la organización y el funcionamiento de dichos organismos jurisdiccionales de carácter supranacional. También se hace referencia a la organización judicial interna, que está dividida por materias, por circunscripciones territoriales y de acuerdo con la cuantía de las pretensiones respectivas

13. Los autores analizan el control constitucional en el ordenamiento jurídico venezolano, que se fundamenta en la supremacía de la Constitución Nacional (artículo 117), cuyas normas prevalecen por encima del resto de la normativa y demás actos que dicten los órganos que ejercen los poderes públicos nacionales, estatales y municipales. El citado control judicial se efectúa por dos vías: a) existe un control concentrado que ejerce la Corte Suprema de Justicia, ya que no existe un tribunal constitucional especializado. Corresponde únicamente a la propia Corte Suprema pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de los actos dictados por los poderes públicos de los tres niveles, por conducto de una acción de inconstitucionalidad de carácter popular, ya que puede ser intentada por cualquier ciudadano; la sentencia posee fuerza *erga omnes* y efectos *ex tunc*, es decir, hacia el pasado; b) la segunda vía es mediante el llamado control difuso, cuyo fundamento se encuentra en el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, que impone a todos los jueces venezolanos el deber de velar por la supremacía de la Constitución y los faculta para desaplicar, en un caso concreto, una norma determinada, si a su juicio está viciada de inconstitucionalidad, pero sólo con efectos para ese caso concreto. El asunto puede llegar, por medio de impugnaciones, ante la Corte Suprema de Justicia, la que de acuerdo con el artículo 131 de su Ley Orgánica debe establecer en el fallo definitivo los efectos de su decisión en el tiempo.

14. En seguida, el informe se refiere a los vínculos entre los tribunales internos y los internacionales. Al respecto se aborda, en primer lugar, el derecho comunitario andino, con relación al cual se ha creado un *re-*

curso de interpretación judicial ante el Tribunal del Acuerdo de Cartagena, según el cual, cuando un juez nacional conozca de un litigio en el que se deba aplicar alguna norma comunitaria podrá solicitar al citado Tribunal transnacional su opinión sobre la interpretación de aquélla, con apoyo en el artículo 29 del Tratado que creó dicho organismo jurisdiccional. Cuando se trate de decisiones que no sean susceptibles de impugnación, *la interpretación judicial es obligatoria*, por lo que dicho recurso tiene doble carácter, que depende de si la decisión sobre la cual recaiga el fallo tiene o no instancias superiores. En caso afirmativo, la solicitud de interpretación tiene, para el juez nacional, carácter facultativo; en caso contrario, es obligatoria, por lo que en este último supuesto el juez nacional debe suspender el procedimiento hasta no recibir del Tribunal Andino la interpretación correspondiente

15. Con relación a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (y lo mismo puede afirmarse respecto de la Corte Internacional de Justicia) no existe ninguna vinculación entre los tribunales nacionales y el citado organismo internacional. Sin embargo, resulta evidente que la interpretación de los Derechos Humanos realizada por la citada Corte Interamericana debe vincular a los jueces venezolanos, pero en todo caso la interpretación que efectúen los tribunales nacionales podría ser supervisada o controlada por la Comisión Interamericana y, en última instancia, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

16. En el informe venezolano se examina la jerarquía de los tratados internacionales y comunitarios en el ámbito interno, en particular los que permiten plantear controversias a los órganos jurisdiccionales de carácter transnacional, así como la obligación de los jueces internos para aplicar normas de carácter supranacional. A este respecto, la Constitución venezolana de 1961 no contiene norma que determine expresamente el rango de los tratados internacionales suscritos por el Estado venezolano, respecto a las normas constitucionales o legales vigentes. Únicamente se establece que los tratados que suscriba el Presidente de la República, para tener efecto en Venezuela, deberán ser aprobados por el Congreso en forma de ley, y por ello la doctrina ha considerado que los tratados, en principio, tienen el rango de ley.

17. De acuerdo con un fallo de la Corte Suprema de Justicia del 29 de abril de 1965, y con apoyo en el artículo 80. del Código de Procedi-

miento Civil, el cual dispone que: “En casos de aplicación del derecho internacional público, los jueces atenderán primero los tratados públicos de Venezuela con el Estado respectivo, en cuanto al punto en cuestión; en defecto de tales tratados se aplicará lo que sobre la materia dispongan las leyes de la República”, puede llegarse a la conclusión de que la Constitución tiene preeminencia sobre los tratados y éstos sobre las leyes nacionales, en los casos de aplicación del derecho internacional.

18. Por lo que respecta al derecho comunitario existen aspectos peculiares que conviene precisar. Cuando Venezuela se adhirió al Acuerdo de Cartagena el órgano legislativo, al examinar dicho instrumento, incluyó en la ley aprobatoria un precepto en el sentido de que: “Las decisiones de la Comisión del Acuerdo de Cartagena que modifiquen la legislación venezolana, o sean competencia del poder legislativo, requieren la aprobación, mediante ley, del Congreso de la República”. Dicho texto se justificó sobre la base de que, de acuerdo con la actual redacción constitucional, no eran viables, por una parte, la aplicación directa de normas comunitarias, y, por la otra, la delegación a órganos supranacionales de competencias legislativas. Por esta razón, para aplicar en Venezuela las normas dictadas por la Comisión del Acuerdo de Cartagena que versaran sobre materia de reserva legal, de manera tradicional se cumplía con el procedimiento de la aprobación previa por el Congreso Nacional de la normativa en cuestión. Este procedimiento de recepción previa por el poder legislativo nacional fue ratificado por la Corte Suprema de Justicia en una discutida sentencia del 10 de julio de 1990.

19. Por otra parte, el propio Congreso aprobó el Protocolo modificatorio del Acuerdo de Cartagena, llamado “Protocolo de Quito”, en cuya ley aprobatoria no incluyó un precepto sobre reserva legal, por lo que un sector de la doctrina afirma que esta omisión implica la derogación implícita de la propia reserva, pero sobre esta cuestión no se ha producido pronunciamiento judicial. Lo cierto es que a partir de 1992 el Ejecutivo venezolano modificó su conducta anterior y ordenó publicar directamente en la *Gaceta Oficial* varias decisiones de la Comisión respectiva, que son materia de reserva legal. Se encuentra pendiente ante la Corte Suprema una impugnación contra la publicación, en la *Gaceta Oficial* del 5 de agosto de 1992, de la Decisión 313 de la Comisión del Pacto Andino sobre el Régimen Común de la Propiedad Industrial, por considerarse que dicha publicación viola la normativa constitucional que exige la apro-

bación previa del poder legislativo nacional por ser materia de reserva legal.

20. Actualmente se discute en el Congreso venezolano un proyecto de reforma constitucional en el cual se propone incluir una disposición que autorice expresamente a delegar competencias a órganos supranacionales y que sus decisiones sean de aplicación inmediata en el país, así como otro precepto, no del todo claro, en el cual se pretende establecer la preeminencia de los tratados de Derechos Humanos sobre la legislación interna.

21. Para concluir, el informe venezolano señala brevemente los procedimientos para resolver las contradicciones entre las normas transnacionales y las de carácter interno, así como el valor de las decisiones de los tribunales internacionales o comunitarios en el ámbito nacional. Por lo que respecta al Pacto Andino no se establece procedimiento alguno para resolver este tipo de controversias. En todo caso, podría intentarse la *acción de incumplimiento*, que puede promoverse por la Junta o un Estado miembro contra aquellos Estados miembros que no hayan cumplido con sus obligaciones comunitarias. Con relación al valor de las decisiones, de acuerdo con el Tratado del Tribunal Andino sus sentencias gozan en principio de plena ejecutoriedad en los países miembros, ya que no requieren de homologación o *exequatur*.

22. Las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según el artículo 68 de la Convención Americana, son obligatorias para los Estados Parte, ya que los mismos se comprometieron a cumplir con sus sentencias. Además, dicho precepto dispone en su parte final que: "La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado". En cuanto a dicha ejecución interna debe tomarse en consideración que, de acuerdo con lo establecido en los artículos 16 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional y 48 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, el Gobierno venezolano tiene ciertos privilegios, en el sentido de que sus bienes no pueden ser objeto de medidas judiciales preventivas o ejecutivas, los que obstaculizan en la práctica la ejecución judicial de dichos fallos. Existe actualmente en la Corte Suprema de Justicia un recurso de nulidad por inconstitucionalidad de los citados privilegios procesales, por considerarse que los mismos atentan no sólo contra la autonomía e inde-

pendencia del poder judicial, sino también contra los derechos a la tutela judicial efectiva y a la igualdad.

23. B) Buergenthal, Thomas (Estados Unidos): *International Tribunals and National Courts. The Internationalization of Domestic Adjudication*.¹ El autor considera que debido al creciente número de tribunales internacionales, tanto jurisdiccionales como organismos cuasi-judiciales, el importante número de resoluciones que han pronunciado ha comenzado a tener influencia sobre los tribunales nacionales, no sólo cuando estos últimos deben interpretar tratados, sino también cuando invocan, lo que sucede con frecuencia, la jurisprudencia de los primeros, con objeto de evitar interpretaciones de la legislación interna que puedan violar las obligaciones internacionales de los Estados respectivos o de armonizar las leyes nacionales con los principios del derecho internacional.

24. Para ilustrar sus afirmaciones, el profesor Buergenthal cita dos casos muy conocidos en esta dirección. El primero es el de *Pratt and Morgan v. The Attorney General for Jamaica*, resuelto por el Consejo Privado británico en funciones de la Corte Constitucional de Jamaica. El caso fue planteado por dos personas condenadas a muerte en dicho país, cuyo proceso se había prolongado durante 14 años, hasta la sentencia definitiva del 2 de noviembre de 1993. El citado Consejo modificó su jurisprudencia anterior e interpretó la Constitución de Jamaica de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 5, apartado 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según habían sido aplicados, respectivamente, por la Comisión Interamericana y por el Comité de las Naciones Unidas, ambos de Derechos Humanos, por considerar que la prolongación de la situación de los afectados en peligro de ser ejecutados en varias ocasiones debía juzgarse como un tratamiento cruel, inhumano y degradante, como lo habían determinado ambos organismos en sus resoluciones sobre las reclamaciones de los promoventes.

25. Además de lo anterior, el Consejo Privado citó en su fallo el conocido caso *Soering v. United Kingdom*, resuelto por la Corte Europea de

¹ Este informe fue publicado recientemente con el mismo título en la obra *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung. Festschrift für Rudolf Bernhardt*, Berlin-Heidelberg, 1995, pp. 687-703.

Derechos Humanos el 7 de julio de 1989 con apoyo en el artículo 3 de la Convención Europea, de la cual no es parte Jamaica, pero que fue tomada en consideración para la elaboración de su Constitución cuando le fue concedida su independencia del Reino Unido.

26. El otro caso mencionado por el profesor Buergenthal fue resuelto por la Corte Suprema de Argentina el 7 de julio de 1992, *Ekmekdjian v. Sofovich*, en el cual dicho tribunal se apartó de su criterio tradicional y aplicó en forma directa, por estimarlo *self executing*, el artículo 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por Argentina en 1984, y que regula el llamado "derecho de respuesta", tal como fue interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva número 7, resuelta el 29 de agosto de 1987.

27. El autor aclara que los casos mencionados se decidieron en países que tienen diversos regímenes jurídicos respecto a la aplicación interna de los tratados internacionales, pues en tanto que el Reino Unido no incorpora inmediatamente dichos instrumentos en su derecho interno, puesto que se requiere una ley del Parlamento para conferir dicho *status*, Argentina seguía el ejemplo del artículo VI de la Constitución de los Estados Unidos en el artículo 31 del texto original de su Constitución de 1853-1860, que otorgaba a los tratados ratificados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado el carácter de ley federal (situación que se modificó en las reformas constitucionales de 22 de agosto de 1994, como veremos más adelante). Lo anterior nos permite señalar la tendencia hacia la constante internacionalización de muchas cuestiones que anteriormente se consideraban como estrictamente nacionales.

28. De acuerdo con el autor, este movimiento hacia la internacionalización de los tribunales internos se debe, entre otros, a tres factores: en primer término, a la existencia de tribunales con jurisdicción para conocer de reclamaciones formulados por Estados e individuos que alegan la violación de obligaciones jurídicas internacionales; en segundo lugar, al reconocimiento por los tribunales internos (que no ha sido fácil, pues en ocasiones ha requerido de presiones políticas) de que vivimos en un mundo en que la constante interacción de los tribunales nacionales e internacionales es de interés nacional, porque promueve el desarrollo del derecho interno; y, finalmente, a la existencia de instituciones jurídicas nacionales que permiten y facilitan dicha interacción.

29. Este importante informe se puede complementar, por lo que se refiere a la situación en Estados Unidos, con otro estudio muy documentado del profesor Buergethal,² en el cual se refiere específicamente a la situación de los tribunales estadounidenses en esta materia. Cita como ejemplos los casos de *Foster v. Nelson*, resuelto por la Corte Suprema Federal en 1828 con una ponencia del ilustre Presidente John Marshall, y *Sei Fuji*, que decidió la Corte Suprema de California en 1952.

30. Del análisis de estos fallos y otros similares puede llegarse a la conclusión de que, de acuerdo con el artículo VI de la Constitución Federal de 1787, los tratados tienen el carácter de ley federal, y para que los tribunales estadounidenses los apliquen directamente, es decir, los consideren *self executing*, deben examinar la naturaleza específica de las obligaciones sustantivas que asumen los Estados Parte, para lo cual es necesario determinar las intenciones y la práctica de los otros órganos del gobierno, es decir, el Ejecutivo y el Congreso, en la negociación, ratificación y cumplimiento del tratado respectivo. En este sentido, el lenguaje del citado instrumento es relevante para confirmar o apoyar las conclusiones de los jueces sobre las obligaciones que los Estados Unidos han intentado asumir. La determinación de los organismos jurisdiccionales internos al respecto se aproxima a la doctrina sobre las "cuestiones políticas".

31. C) Cançado Trindade, Antônio Augusto (Brasil): *Relaciones entre los tribunales nacionales y los internacionales*. El punto de partida del estudio del jurista brasileño se apoya en lo dispuesto para esta materia en la Constitución de 1988. Dicha Carta federal, después de proclamar que Brasil se rige en las relaciones internacionales por el principio, *inter alia*, de la prevalencia de los Derechos Humanos (artículo 4o., II), lo constituye como Estado democrático de Derecho, que tiene como fundamento, *inter alia*, la dignidad de la persona humana (artículo 1o., III), y dispone (de acuerdo con la propuesta presentada por el profesor Cançado a la Asamblea Nacional Constituyente y aceptada por ésta) que los derechos y garantías en ella expresados no excluyen otros que resultan del régimen y de los principios por ella adoptados o de los tratados internacionales en que sea parte Brasil (artículo 5o., apartado 2). Dicho precepto agrega que

² "Self Executing and Non Self-Executing Treaties in National and International Law", en *Recueil des Cours*, Dordrecht, Holanda, Nijhoff, vol. 235 (1991-IV), pp. 306-400, especialmente pp. 370-382.

las normas definidoras de los derechos y garantías fundamentales tienen aplicación inmediata (artículo 5o., apartado 1).

32. Lo establecido en el citado artículo 5o., apartado 2, de la Constitución brasileña de 1988 se inserta en la nueva tendencia que se observa en las Constituciones latinoamericanas recientes de otorgar un tratamiento especial y diferenciado, también en el ámbito del derecho interno, a los derechos y garantías individuales internacionalmente consagrados. El carácter especial de los tratados que establecen la protección internacional de estos derechos se encuentran, en efecto, reconocidos y sancionados por la Carta Federal de 1988. Para los tratados internacionales en general se exige la intervención del poder legislativo por medio de un decreto con fuerza de ley para otorgar a sus disposiciones vigencia y obligatoriedad en el ámbito del ordenamiento jurídico interno; de manera diversa, los tratados de protección internacional de los Derechos Humanos de los cuales Brasil es Estado Parte integran, de acuerdo con el artículo 5o., apartados 1 y 2, de esa Carta Federal, el elenco de los derechos constitucionalmente consagrados, y que son directa e inmediatamente exigibles en el plano del ordenamiento jurídico interno.

33. El órgano de mayor jerarquía del poder judicial brasileño es el Supremo Tribunal Federal (STF), que ejerce al mismo tiempo funciones de tribunal constitucional y de órgano supremo del poder judicial ordinario. De acuerdo con las disposiciones de la Carta Federal, dicho tribunal posee tanto competencia original como de impugnación, y esta última se divide en ordinaria (artículo 102, I) y en extraordinaria (artículo 102, III). En materia de recurso ordinario decide sobre los instrumentos constitucionales tales como el hábeas corpus, el hábeas data y el *mandado de segurança*, que hubiesen sido denegados en única instancia por los tribunales superiores. En materia de recurso extraordinario el STF ejerce la función de guardián de la Constitución.

34. La Constitución brasileña de 1988 admite el examen, por parte del STF y por conducto del recurso extraordinario (artículo 102, III, b), de la constitucionalidad de los tratados, de acuerdo con la tradición de ese país. Sin embargo, esta disposición tiene efectos exclusivamente teóricos si se toma en consideración que sólo en una ocasión, en 1974, fue planteada ante el STF la inconstitucionalidad de algunas disposiciones de la Convención número 110 de la Organización Internacional del Trabajo en re-

lación con las Cartas federales de 1946 y 1967 (y en cuanto a esta última, respecto de la enmienda constitucional número 1 de 1969).

35. En efecto, cualquiera que sea la solución de derecho constitucional sobre la jerarquía de la normativa internacional de protección en el ámbito del derecho interno, los Estados son conscientes de que no pueden violar las obligaciones convencionales de carácter internacional sin que se configure de manera inmediata una responsabilidad internacional. En tal virtud si un tribunal nacional priva de efectos a un tratado en el orden interno, dicho tratado conserva su vigencia en la esfera internacional, con el agravante de la posible configuración de la responsabilidad del Estado respectivo, ya que las bases para la suspensión o extinción de un tratado se encuentran previstas en el mismo y en el derecho de los tratados.

36. Por lo que respecta a la actual posición de Brasil en relación con los tribunales internacionales, dicho país no figura entre aquellos que reconocen la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia con apoyo en el artículo 36, apartado 2, de su Estatuto. Sin embargo, en el pasado, Brasil reconoció en dos oportunidades la jurisdicción obligatoria de dicha Corte, ya que firmó la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria por un periodo de 10 años el 26 de enero de 1937 y nuevamente la suscribió el 12 de febrero de 1948 por un lapso de cinco años.

37. En el plano regional Brasil todavía no ha reconocido la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de acuerdo con el artículo 62 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no obstante ser Estado Parte en dicha Convención.

38. Debe destacarse la postura iniciada por la Constitución Federal de 1988 (artículo 5o., apartados 1 y 2), que asegura la aplicabilidad de los Derechos Humanos consagrados en los tratados internacionales de los cuales Brasil es Parte, ya que dichos derechos se integran a los derechos consagrados constitucionalmente. En efecto, debe partirse de la premisa de la aplicabilidad directa de las normas de los tratados de los Derechos Humanos por lo que respecta a los derechos garantizados, en virtud de la obligación del Estado de adoptar medidas internas para implantar y armonizar la legislación nacional con las normas obligatorias de los tratados de Derechos Humanos, obligación que debe considerarse *adicional* a las obligaciones inmediatas del Estado en relación con cada uno de los de-

rechos garantizados establecidos en dichos tratados. No puede negarse la aplicabilidad directa de las normas convencionales de protección de los Derechos Humanos con el pretexto de falta de reglamentación interna, ya que ésta es una actitud contradictoria con el desarrollo contemporáneo del derecho internacional de los Derechos Humanos.

39. Es alentador que las conquistas del derecho internacional en favor del ser humano se proyecten en el derecho constitucional y lo enriquezcan, ya que esto demuestra que la búsqueda de una protección cada vez más eficaz de la persona humana encuentra sus raíces en el pensamiento tanto del derecho internacional como en el constitucional. De acuerdo con dicha protección, el Estado no puede dejar de cumplir sus obligaciones convencionales de carácter internacional con el argumento de supuestos obstáculos de orden constitucional o interno, y con mayor razón no podrá escudarse para cumplir con un tratado de Derechos Humanos del cual dicho Estado es Parte, por el simple hecho de que sus tribunales lo interpreten en el ámbito interno de manera diferente del que se establece en el campo del derecho internacional. En última instancia, los fundamentos de la protección de los Derechos Humanos trascienden el derecho estatal y el consenso generalizado formado actualmente respecto de la necesidad de la internacionalización de su protección, ya que corresponde a una manifestación cultural de nuestros tiempos, justificada jurídicamente por la coincidencia de objeto entre el derecho internacional y el derecho interno en lo que concierne a la protección de la persona humana.³

40. D) Fernández Segado, Francisco (España): *Relaciones entre los tribunales nacionales y los internacionales. Ponencia nacional sobre España*. En su documentado estudio, el autor examina primeramente cuáles son los organismos jurisdiccionales de carácter supranacional a los cuales está sometido el Estado español, y señala en primer lugar al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (ahora Unión Europea, con posterioridad a la vigencia del Tratado de Maastricht), encargado de ga-

³ Cfr. Antônio Augusto Cançado Trindade, *A proteção internacional dos Direitos Humanos. Fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*, São Paulo, Saraiva, 1991; *id.*, *Reflexiones sobre interacción entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno en la Protección de los Derechos Humanos*, Guatemala, Procuraduría de los Derechos Humanos, (Cuaderno 3-95), 1995; *id.* (editor), *A Incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*, San José, Costa Rica-Brasília, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Comité Internacional de la Cruz Roja-Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y Comisión de la Unión Europea, 1996.

rantizar el cumplimiento y aplicación del Tratado Constitutivo de dichas Comunidades, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957. El referido Tratado de Maastricht ha establecido, además, un Tribunal de Primera Instancia, cuyas decisiones pueden impugnarse ante el citado Tribunal de Justicia, que decide en último grado.

41. La integración de España, primero a las Comunidades y ahora a la Unión Europea, ha tenido una influencia decisiva en cuanto a las competencias de los tribunales internos, ya que por una parte éstas se amplían para conferirles, con carácter general, el conocimiento de todos los procesos de derecho comunitario que no estén atribuidos expresamente al Tribunal de Justicia, pero por otra parte se sustraen a los propios jueces nacionales la interpretación y el control de legalidad de las normas comunitarias, que decide en última instancia el organismo supranacional.

42. En segundo término, España está sometida al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ya que el 24 de noviembre de 1977 firmó el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (ratificado el 4 de octubre de 1979), instrumento que estableció tanto la Comisión como el citado Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya jurisdicción reconoció el Estado español. De acuerdo con el artículo 52 de la citada Convención de Roma, las sentencias del Tribunal Europeo son firmes e inapelables y las Altas Partes contratantes se comprometen a conformarse a las decisiones de dicho organismo jurisdiccional en los litigios en que sean partes.

43. El profesor Fernández Segado hace una cuidadosa descripción de los órganos jurisdiccionales españoles, su estructura y competencias dentro del marco de una organización autonómica. Dichos órganos están encabezados por el Tribunal Supremo, y comprenden en orden descendente: la Audiencia Nacional; los Tribunales Superiores de Justicia (de las Comunidades Autónomas); los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción en lo penal; los tribunales de lo contencioso-administrativo; de lo social; de menores, y de vigilancia penitenciaria, así como los Juzgados de Paz. Está, además, el Tribunal Constitucional, que es el intérprete supremo de la Carta Fundamental.

44. En seguida, el autor aborda el tema de la jerarquía de los tratados internacionales en el ámbito interno. Considera que de acuerdo con

el régimen constitucional español, los tratados deben supeditarse a las normas de la Ley Fundamental, ya que el artículo 95, inciso 1, dispone que la celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional, y el inciso siguiente faculta al gobierno o a cualquiera de las dos cámaras legislativas para requerir al Tribunal Constitucional que declare si existe o no esa contradicción.

45. Por el contrario, las disposiciones de un tratado ratificado por el Estado español son resistentes a la ley, es decir, no pueden ser modificadas por una ley posterior, en virtud de que el artículo 96, inciso 1, de la Constitución española establece que las disposiciones de los tratados sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista por los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del derecho internacional. Pero a su vez, para la modificación de las leyes existentes cuando contradigan a las normas de un instrumento internacional, debe acudir a lo dispuesto por el artículo 94, inciso 1, que exige la previa autorización de las Cortes Generales para ratificar tratados que supongan la modificación o derogación de alguna ley. En tal virtud, aquellos otros instrumentos cuya celebración es competencia del gobierno no pueden de modo alguno modificar disposiciones legislativas.

46. A continuación, el profesor Fernández Segado examina el valor de las decisiones de los tribunales internacionales o comunitarios en el ámbito nacional español, e inicia su análisis con la naturaleza de los efectos de las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuya jurisdicción es obligatoria para los Estados miembros, sin ninguna exigencia adicional de consentimiento y sin la posibilidad de limitaciones o reservas, todo ello compatible con el principio de la supremacía del derecho comunitario sobre el derecho interno, primacía cuyo fundamento reside en la naturaleza y en los principios característicos de la integración. Cita los casos *Simenthal* y *Comisión contra Italia*, resueltos por dicho Tribunal los días 9 de marzo de 1978 y 15 de octubre de 1986, respectivamente. En el primero se estableció que la norma comunitaria hace inaplicable de pleno derecho, desde su entrada en vigor, toda disposición contraria de la legislación nacional, y que a la inversa, la vigencia de la norma comunitaria impide la formación válida de nuevos actos legislativos nacionales en la medida que fueren incompatibles con las normas comunitarias. En el segundo caso se sentó el criterio de que no es sufi-

ciente la inaplicación judicial, sino que es necesario que la incompatibilidad entre una norma nacional y una comunitaria, incluso de efecto directo, sea eliminada definitivamente mediante disposiciones internas de carácter obligatorio que tengan el mismo valor jurídico de las que deban ser modificadas.

47. El autor llega a la conclusión de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tiene, respecto de los tribunales internos, una función análoga a la de un Tribunal de Casación, en la medida que debe garantizar la unidad de criterios interpretativos y unificar la doctrina jurisprudencial, pero esta atribución se ejerce por medio del instrumento de cooperación que constituyen las cuestiones prejudiciales.

48. La situación es diversa en relación con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ya que sus resoluciones no tienen fuerza vinculante en el ámbito interno, si se toma en consideración que el Tribunal Constitucional español, en su sentencia 245/1991, determinó que la Convención de Roma no obliga a dar efectos internos a las sentencias del organismo jurisdiccional europeo mediante la anulación de la autoridad de la cosa juzgada o de la fuerza ejecutoria de una decisión judicial nacional que infrinja la citada Convención, a juicio de dicho tribunal internacional, pero lo anterior no significa que los poderes públicos puedan permanecer indiferentes a una declaración de la instancia jurisdiccional europea, pues el mismo Tribunal Constitucional ha señalado en varias ocasiones que nada de lo que afecte a los derechos fundamentales puede ser ajeno a las autoridades públicas españolas.

49. Por otra parte, debe tomarse en consideración que, de acuerdo con el artículo 10, inciso 2, de la Constitución española, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que dicha Carta reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como conforme a los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias, ratificados por España. Lo anterior significa que la propia Constitución hace suya la interpretación de los derechos y libertades realizada por el Tribunal Europeo. A este respecto el tratadista español Eduardo García de Enterría considera que dicha interpretación internacional debe entenderse como vinculación a un estándar mínimo susceptible de verse incrementado por la legislación española y por la jurisprudencia constitucional, cuyo examen refleja con nitidez un constante influjo de la doctrina sentada por el Tribunal Europeo.

50. E) Fix-Zamudio, Héctor (México): *Las relaciones entre los tribunales internacionales y los nacionales en el ordenamiento mexicano*. El Estado mexicano sólo ha aceptado la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia conforme al artículo 36, párrafo 2, del Estatuto de la misma, a través de la declaración depositada el 28 de octubre de 1947, pero no se ha sometido a la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y tampoco ha ratificado el Protocolo Facultativo del Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos. Sin embargo, al haber ratificado y aprobado la Convención Americana, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de mayo de 1981, con algunas reservas y declaraciones interpretativas, ha reconocido la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

51. Por otra parte, el ordenamiento mexicano conserva todavía el criterio tradicional sobre la jerarquía de los tratados internacionales que se inspira en el artículo VI de la Constitución Federal de los Estados Unidos de 1787, es decir, que los mismos, una vez aprobados por el Senado Federal, adquieren la naturaleza de leyes federales, que no pueden contrariar a las normas de la Carta Federal, ya que el artículo 133 de la Constitución mexicana es una traducción casi literal del precepto estadounidense citado.

52. Ni la doctrina ni la jurisprudencia han establecido un criterio claro sobre el alcance del citado precepto por lo que respecta a la eficacia de los tratados internacionales en el ámbito interno, pues en tanto que algunos tratadistas examinan la cuestión desde el punto de vista de la jerarquía de las normas, otros consideran que son de diversa naturaleza las cuestiones jurídicas que derivan de los tratados internacionales y de su relación con el orden jurídico interno, siguiendo un criterio dualista según el cual debe definirse si el problema se encuadra en el ámbito de competencia del derecho internacional o del nacional, lo que se complica si se toma en consideración que el ordenamiento jurídico mexicano tiene carácter federal.

53. Lo cierto es que los tribunales mexicanos, en particular los federales, en muy pocas ocasiones se han pronunciado sobre la eficacia de los tratados internacionales en el ámbito interno y tampoco han precisado las posibles relaciones entre los organismos jurisdiccionales o parajudiciales con los internos. Por otra parte, con apoyo en las aportaciones de los di-

versos autores mexicanos que han analizado el citado artículo 133 constitucional, entre ellos Mario de la Cueva, Felipe Tena Ramírez, Antonio Martínez Báez, Jorge Carpizo y, más recientemente, Raúl Medina Mora, Ricardo Méndez Silva, Jorge Adame y Fernando Vázquez Pando, debe realizarse un análisis con un criterio progresivo que pueda aportar soluciones más adecuadas, siguiendo las tendencias de los recientes cambios que se observan en Latinoamérica, y una corriente similar debe introducirse en la jurisprudencia tradicional de los tribunales federales mexicanos, cuando menos semejante a la que se produjo en el cambio del criterio tradicional de la Corte Suprema de Argentina que hemos mencionado con anterioridad, ya que el artículo 31 de la Carta Federal de ese país, antes de la reforma de agosto de 1994, era muy similar al mencionado precepto fundamental mexicano.

54. Además de lo anterior, debe tomarse en consideración la reciente Ley sobre la Celebración de los Tratados, publicada el 2 de enero de 1992, que se inspira en algunos principios consagrados por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969, pero con algunos aspectos peculiares de carácter tradicional. Así, el artículo 9 de este ordenamiento dispone que el Gobierno mexicano no reconocerá cualquier resolución de los órganos de decisión de los mecanismos internacionales para la solución de controversias cuando “esté de por medio la seguridad del Estado, el orden público o cualquier otro interés esencial de la Nación”. Un criterio similar, aun cuando no tan categórico, figura en el instrumento de reconocimiento de la competencia de la Corte Internacional de Justicia que hemos señalado con anterioridad, ya que en su parte conducente se estableció que dicha declaración no era aplicable “a aquellas controversias emanadas de asuntos que, en opinión del Gobierno de México, sean de la jurisdicción interna de los Estados Unidos Mexicanos”.

55. El citado precepto de la Ley sobre la Celebración de Tratados requerirá de un análisis muy agudo de carácter doctrinal y de una interpretación judicial cuidadosa, para armonizar las limitaciones que contiene con la citada Convención de Viena y respecto de la evolución que se observa en los restantes ordenamientos latinoamericanos, que han procurado adaptarse a los acelerados cambios que implica la creciente influencia de las normas y los organismos supranacionales sobre los ordenamientos internos, con mayor razón en virtud de que el artículo 11 de la citada Ley dispone de manera imprecisa que:

Las sentencias, laudos arbitrales y demás resoluciones jurisdiccionales derivados de la aplicación de los mecanismos internacionales para la solución de controversias legales a que se refiere el artículo 8 (que señalan los requisitos que deben llenar los tratados respectivos), tendrán eficacia y serán reconocidos en la República, y podrán utilizarse como prueba en los casos nacionales que se encuentren en la misma situación jurídica, de conformidad con el Código Federal de Procedimientos Civiles y los tratados aplicables.

56. Esta situación del ordenamiento mexicano, que todavía conserva criterios tradicionales, se ha complicado con la suscripción del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN, o NAFTA por sus siglas en inglés), que entró en vigor el 1 de enero de 1994, y que introduce organismos de solución de controversias tanto respecto de conflictos en materia de prácticas desleales de comercio internacional como en controversias de carácter general (capítulos XIX y XX). En el primer supuesto, es decir, en materia de prácticas desleales de comercio internacional, las Partes se obligan a reemplazar la impugnación judicial interna de las resoluciones definitivas que impongan cuotas *antidumping* o impuestos compensatorios con la revisión judicial que realice un panel binacional integrado por cinco árbitros. La decisión del panel (en realidad, tribunal arbitral) es obligatoria y no podrá ser impugnada ante un tribunal nacional (artículo 1904.11). Tratándose de controversias generales, la decisión del llamado panel arbitral no es vinculante, sino que tiene el carácter de recomendación, sobre cuya base las Partes pueden llegar a una solución mutuamente satisfactoria. En caso de no lograrla, las Partes pueden suspender a la otra u otras los beneficios que les corresponden conforme al Tratado mientras el conflicto permanezca sin solución.

57. El problema de la eficacia de las decisiones de los tribunales arbitrales se presenta respecto de las prácticas desleales de comercio internacional, ya que tienen carácter obligatorio y no pueden ser impugnadas ante los tribunales internos. Sin embargo, en el ordenamiento mexicano se ha procurado encontrar una solución que no afecte el sistema de impugnaciones del ordenamiento nacional, especialmente el juicio de amparo, pero al mismo tiempo hacerlo compatible con las disposiciones del TLCAN. Por este motivo, como la autoridad investigadora competente en materia de dichas prácticas desleales es la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, sus decisiones, que tienen carácter administrativo, pue-

den combatirse ante el Tribunal Fiscal de la Federación, pero no antes de que transcurra el plazo previsto para solicitar la integración de un panel. En caso de solicitarse la integración del citado panel, éste atrae la resolución de la controversia y queda anulado el recurso ante el mencionado Tribunal Fiscal (artículos 97 y 98 de la Ley de Comercio Exterior, y 202, fracciones XII y XIII, del Código Fiscal de la Federación, según reforma publicada el 22 de diciembre de 1993).

58. Por último, es conveniente destacar que tratándose de conflictos entre particulares se introduce un procedimiento novedoso conforme a los artículos 2020.1 y 2020.2 del citado Tratado. Cuando una cuestión de interpretación y aplicación del propio instrumento surja en un procedimiento judicial o administrativo interno de una Parte y cualquier Parte considere que amerita su intervención o cuando un tribunal u órgano administrativo solicite la opinión de alguna de las Partes, esa Parte lo notificará a las otras y a su sección del Secretariado de la Comisión de Libre Comercio (órgano trilateral de administración del TLCAN), a la que corresponde interpretar el Tratado. De no poder acordarse dicha interpretación, el gobierno de la Parte de que se trate podrá someter su propia interpretación.

59. F) Greenwood, Christopher (Reino Unido): *Relationship between International Courts and the Courts of the United Kingdom*. El autor considera que el tema de las citadas relaciones judiciales no puede comprenderse sin hacer referencia a las que se establecen entre el derecho internacional y el ordenamiento del Reino Unido. Al respecto señala que si bien en un tiempo el tema estuvo sujeto a controversia, actualmente se reconoce que el derecho internacional consuetudinario forma parte del ordenamiento interno, pero no puede prevalecer sobre el texto claro de las disposiciones legislativas, y cita al respecto los precedentes de la Corte de Apelaciones de Inglaterra especialmente los fallos dictados en los casos (*Tremdrex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria*, 1977, QB 529) y (*Mortenson v. Peters*, 1906, 8 F (J) 93), dictado por la Scottish Court of Judiciary.

60. Por el contrario, los tratados internacionales no son parte del ordenamiento del Reino Unido, ya que dichos instrumentos son concluidos por la Corona en ejercicio de una prerrogativa real y de acuerdo con un principio constitucional establecido, según el cual la propia Corona no

puede utilizar sus facultades para modificar el ordenamiento interno. En tales condiciones, los tribunales británicos no pueden otorgar eficacia a un tratado, de acuerdo con la decisión de la Cámara de los Lores en el caso *JH Rayner Ltd v. Department of Trade and Industry* (1990, 2 AC 418). Tampoco puede invocarse un tratado para oponerse a una acción que se apoye en derechos establecidos por la legislación del Reino Unido, según el precedente establecido por la misma Cámara en el caso *Walker v. Baird* (1892, AC 491).

61. En virtud de que los tribunales internacionales son creados por medio de tratados, los efectos de sus decisiones ante los tribunales británicos dependen esencialmente de la forma en que el tratado respectivo haya sido implantado en el ordenamiento interno del Reino Unido. Como no han sido incorporados al derecho interno la Carta de las Naciones Unidas, el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia ni la Convención Europea de Derechos Humanos, las resoluciones de la citada Corte Internacional y de la Corte Europea de Derechos Humanos no tienen efectos directos en el ámbito del derecho británico. Sin embargo, los tribunales británicos se refieren en ocasiones a esos fallos como indicios del contenido del derecho internacional. Con mucha mayor frecuencia se invocan las decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos, las que se toman en consideración para interpretar las disposiciones legislativas del Reino Unido de acuerdo con los términos de la Convención de Roma. Como ejemplo, el profesor Greenwood cita el importante fallo de la Cámara de los Lores en el asunto *ATT. Gen. v. Guardian Newspapers* (Núm. 2, 1988, 3 All ER 545), en el cual se invocó tanto la Convención Europea como los precedentes internos sobre la libertad de palabra.

62. La situación del Tribunal de las Comunidades Europeas (hoy Unión Europea) es muy diferente, ya que los tratados respectivos obligan a los tribunales del Reino Unido a otorgar efecto directo y aplicar las decisiones de los instrumentos de integración y la legislación adoptada al respecto. Cuando un tribunal británico envía la cuestión al Tribunal de Luxemburgo, la resolución de este último tiene efectos vinculatorios en el Reino Unido, y por esta vía se han realizado considerables cambios en la legislación interna, incluyendo la de las impugnaciones establecidas en la legislación británica. Las decisiones del citado Tribunal transnacional se consideran de mayor jerarquía que las pronunciadas por los tribunales del más alto nivel en el Reino Unido.

63. Como conclusión, el distinguido jurista británico considera que con la importante excepción de las resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, las decisiones de los tribunales internacionales sólo tienen un efecto indirecto en el Reino Unido. Sin embargo, se observa la tendencia creciente a reconocer su importancia y se citan en los tribunales británicos con mayor frecuencia de lo que ocurría hace pocos años.

64. G) Hitters, Juan Carlos (Argentina): *Las relaciones entre los tribunales internacionales y los nacionales en la República Argentina*. El tratadista argentino cultiva de manera simultánea las disciplinas de los derechos procesal e internacional, por lo que se ha distinguido en el cultivo del derecho procesal supranacional.⁴ El autor señala que Argentina suscribió y ratificó la Convención Americana y se sometió expresamente a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el año de 1984, al haberse restablecido la normalidad constitucional con posterioridad a la dictadura militar. Lo anterior implica que los fallos de la citada Corte son obligatorios para el Estado argentino y sus tribunales, pero no tienen carácter ejecutivo.

65. En Argentina no existe un tribunal constitucional especializado, ya que la función de control de la constitucionalidad de los actos de autoridad corresponde en última instancia a la Corte Suprema de Justicia, que se estableció de acuerdo con el modelo de la Carta Federal de los Estados Unidos de 1787, es decir, opera el llamado control difuso, ya que corresponde a todos los tribunales, ya sean locales o federales, desaplicar las disposiciones legales contrarias a la Constitución Federal, y para que un asunto provincial pueda ser llevado a la esfera nacional, se requiere la existencia de un "caso federal", o sea, la contradicción entre la ley local y la Carta Federal. En este último supuesto se puede impugnar el fallo respectivo ante la Corte Suprema por medio del "recurso extraordinario", pero las decisiones del más alto tribunal sólo tienen efectos entre las partes, es decir, en caso de que la disposición legislativa impugnada se considere inconstitucional, sólo implica su desaplicación en el caso concreto.

⁴ Es importante su obra en dos volúmenes *Derecho internacional de los Derechos Humanos. I. Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Pacto de San José de Costa Rica. La Carta Social Europea. II. El sistema interamericano*, Buenos Aires, Ediar, 1991 y 1993, en los cuales no sólo aborda los aspectos sustanciales, sino que analiza con profundidad las cuestiones de carácter procesal.

66. La jurisprudencia tradicional de la Corte Suprema había determinado que los tratados internacionales tenían, de acuerdo con el paradigma estadounidense, el carácter de leyes federales ordinarias cuando se incorporaban al derecho interno, pero no podían aplicarse directamente por los tribunales internos. Sin embargo, esa jurisprudencia se modificó en el año de 1992 en los casos *Ekmekdjian* y *Servini de Cubría*, en los cuales la Corte Suprema argentina consideró que en principio la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como “Pacto de San José”, es *self executing* y, por lo mismo, dicho instrumento estaba por encima del derecho interno, por lo que era obligatorio en el país.

67. En la reforma constitucional del 12 de agosto de 1994, en el nuevo texto del artículo 75, inciso 22, se otorgó carácter constitucional a ciertos tratados internacionales sobre Derechos Humanos enumerados expresamente, y a los tratados comunitarios (de integración) se les confirió jerarquía superior a las leyes internas, pero por debajo de la Constitución (artículo 75, inciso 24).

68. Por lo que respecta al citado derecho comunitario, rige el modelo del Mercosur, que no cuenta con un tribunal similar al de Luxemburgo. La solución de los conflictos por la aplicación del Tratado de Asunción y del Protocolo de Brasilia, que crearon dicha comunidad, se resuelven provisionalmente por negociación directa y un Tribunal Arbitral.

69. H) Kargados, Panagiotis (Grecia): *Relationships between National and International Courts*. El autor aclara que su estudio se refiere exclusivamente a las relaciones entre los tribunales griegos y el Tribunal Europeo de Justicia, la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Internacional de Justicia, y que esas relaciones se circunscriben a la cuestión de si los propios tribunales griegos están legalmente vinculados por las resoluciones de los citados organismos jurisdiccionales de carácter supranacional.

70. Para determinar las relaciones entre las resoluciones del Tribunal de la Unión Europea y los tribunales griegos es preciso esclarecer primeramente (ya que no existen disposiciones específicas ni en el derecho comunitario ni en el ordenamiento interno de Grecia) si el citado derecho comunitario europeo tiene o no prioridad sobre el derecho griego. La respuesta es claramente afirmativa, en el sentido de que el derecho comu-

nitario tiene primacía no únicamente sobre las leyes ordinarias, sino incluso respecto de las disposiciones constitucionales y que, además, posee un efecto directo en el ámbito interno, tal como fue establecido desde un principio por la jurisprudencia del citado Tribunal de Luxemburgo, la que también determinó que la superioridad del derecho comunitario no depende, en caso de conflicto, de modificaciones en el derecho interno, ya que en su caso deben suprimirse las disposiciones nacionales contrarias.

71. La Constitución griega de 1975, actualmente en vigor, adoptó una clara orientación internacional, ya que su artículo 28, párrafo 1, dispone expresamente en su parte relativa que: "La reglas generalmente aceptadas del derecho internacional, así como los tratados internacionales son [...] parte inseparable del derecho interno griego y prevalecen sobre cualquier otra disposición de carácter interno". Además, los párrafos 2 y 3 del mismo artículo otorgan al órgano legislativo, de acuerdo con ciertas condiciones expresas, la facultad de delegar algunas "competencias" nacionales a "órganos de organizaciones internacionales" y a restringir en algunos aspectos la soberanía nacional.

72. Desde el punto de vista del Tribunal Europeo de Justicia, el derecho comunitario tiene prioridad respecto del derecho interno en su totalidad, es decir, incluso respecto del derecho constitucional de carácter nacional, pero el citado Tribunal no ha pretendido resolver las contradicciones entre el mismo derecho comunitario y los preceptos constitucionales internos. Este examen no es necesario, en virtud de que en todo caso el derecho comunitario tiene primacía incluso sobre las normas fundamentales internas. Por lo que se refiere al ordenamiento griego, el derecho comunitario no tiene efecto directo *per se* o *ipso iure*, ya que se requiere que los tratados respectivos sean aprobados por el Parlamento, a fin de que el derecho comunitario forme parte del derecho griego interno, y en principio adquiera primacía incluso sobre el derecho constitucional de ese país. Sin embargo, es preciso aclarar que, de acuerdo con el artículo 28, párrafo 3, de la Carta griega, dicha superioridad sólo tiene efectos si no se afectan, entre otros aspectos, los derechos fundamentales consagrados por la Constitución nacional.

73. En principio, un posible conflicto entre el derecho comunitario y el interno de Grecia, en cuanto a la tutela de los derechos fundamentales, debe ser resuelto por el Tribunal de Luxemburgo en favor del dere-

cho nacional, pero como tanto Grecia como la Comunidad están vinculados a la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, suscrito en Roma en 1950, el Tribunal Europeo ha desarrollado, sobre esta base, un amplio catálogo de derechos fundamentales, por lo que hay posibilidad de diferencias, pero en ese supuesto predomina el derecho griego sobre Derechos Humanos. Sin embargo, existen dos aspectos en los cuales tiene superioridad el derecho comunitario, es decir, respecto a las concepciones de los derechos de equidad y libertad económicas, en los cuales las disposiciones del derecho griego no tienen primacía sobre el concepto comunitario sobre estos dos derechos, ya que ambos, por su carácter amplio e impreciso, no pueden dejarse a las concepciones dispares de carácter nacional.

74. Por otra parte, en principio los tribunales griegos están vinculados a los fallos pronunciados por el Tribunal de Luxemburgo, en tanto el derecho comunitario tiene precedencia sobre el derecho interno, excluyendo los derechos fundamentales, salvo los relativos a la equidad y la libertad económicas, con objeto de asegurar la uniformidad en la interpretación del propio derecho comunitario. Sin embargo, esta situación no es tan simple si se toma en cuenta que, conforme al artículo 71 del Tratado de la Unión Europea, son los Estados miembros los que deben tomar las medidas necesarias para la ejecución de las decisiones del Tribunal de Justicia. Por este motivo, el efecto obligatorio de las resoluciones de dicho Tribunal comunitario desde el punto de vista del ordenamiento interno de Grecia, sólo se produce cuando se cumple con los requerimientos de la "cosa juzgada", así como con el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras.

75. Por lo que respecta a los efectos de las resoluciones de la Corte Europea de Derechos Humanos ante los tribunales griegos, la cuestión se puede resolver con el examen de la Convención de Roma de 1950, tal como ha sido interpretada por la citada Corte, por un lado, y por los tribunales internos de Grecia, por la otra, ya que no existe una legislación específica en el ordenamiento griego que regule dicha cuestión. Sin embargo, debe tomarse en cuenta que la mencionada Convención europea fue aprobada por el Parlamento, por lo que forma parte del derecho interno y tiene prioridad sobre la legislación nacional en los términos del artículo 28 de la Constitución griega. Por lo tanto, cuando en un caso determinado la Corte Europea de Derechos Humanos considere que existe un

contraste entre la Convención y la Constitución griega en su regulación de un determinado derecho, los tribunales internos se sentirán vinculados más a los preceptos constitucionales que a los de la Convención, ya que la Carta Fundamental de Grecia ha excluido de manera expresa a los Derechos Humanos que consagra de la regulación de los tratados internacionales, sin excepción, incluyendo la Convención de Roma.

76. De esta manera, el problema relativo a si los tribunales griegos están legalmente vinculados a las decisiones de la Corte Europea no se resuelve únicamente de acuerdo con el principio de la prioridad de la Convención sobre el derecho ordinario o constitucional interno. Incluso si la Convención fuera elevada a un rango superconstitucional, de ello no podría inferirse que los tribunales internos de Grecia se encuentren necesariamente vinculados a los fallos del citado tribunal internacional. En opinión del profesor Kargados, las resoluciones de la Corte Europea de Derechos Humanos, para tener efectos vinculantes ante los tribunales internos de Grecia, deben cumplir con los requisitos de la "cosa juzgada" y los relativos al reconocimiento de sentencias extranjeras, en la misma forma que las decisiones de otros tribunales internacionales, entre ellos las de la Corte Internacional de Justicia, cuya jurisdicción ha reconocido Grecia.

77. La tercera cuestión que aborda el autor se refiere precisamente a los efectos de los fallos de la citada Corte Internacional de Justicia. Al respecto debe tomarse en cuenta que esta última decide sobre controversias de derecho internacional entre los Estados únicamente, en tanto que los tribunales nacionales resuelven sobre conflictos entre particulares o entre éstos y autoridades públicas nacionales, por lo que resulta difícil que los tribunales griegos acepten la obligatoriedad de las resoluciones de la Corte Internacional sobre la base de la "cosa juzgada". Pero aun en el supuesto de que el mencionado tribunal internacional hubiese decidido de manera definitiva sobre cierta materia y un tribunal griego deba resolver sobre la misma cuestión o sobre una que dependa de alguna forma de un asunto preliminar decidido por la Corte, no por ello se encuentra asegurado el efecto vinculante del fallo de esta última si no se cumplen los mencionados requisitos, lo que no ocurre con frecuencia.

78. I) Moyano Bonilla, César (Colombia): *Las relaciones entre los tribunales internos colombianos y el derecho, las relaciones y los tribu-*

nales internacionales. En su extenso y documentado informe, el internacionalista colombiano aborda cuatro aspectos esenciales. En primer término, la organización judicial interna; en segundo lugar, la incorporación y jerarquía del derecho internacional y comunitario en el derecho interno colombiano; luego examina el procedimiento para dirimir conflictos entre las normas internacionales o comunitarias y las disposiciones del ordenamiento interno, y, finalmente, examina los tribunales internacionales a que está sometido el ordenamiento interno.

79. Sobre estas cuatro cuestiones el autor considera, en primer lugar, que la impartición de justicia en Colombia está a cargo de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los tribunales y los jueces. Igualmente, se imparte por la justicia penal militar.

80. Respecto a la recepción del derecho internacional en el derecho colombiano debe distinguirse entre las normas consuetudinarias, los principios y los *tratados internacionales*. Por lo que respecta a las primeras, la Constitución no establece ningún procedimiento para la incorporación del derecho consuetudinario, aunque en repetidas oportunidades hace referencia a sus normas y exige su aplicación, como en los estados de excepción, cuando dispone la vigencia de las disposiciones del derecho internacional humanitario, muchos de cuyos preceptos son consuetudinarios, por lo que el autor considera que se incorporan automáticamente al ordenamiento colombiano.

81. En cuanto a los principios del derecho internacional tampoco se dispone de un sistema especial de recepción, ya que se exige tan sólo su previa aceptación, la cual se entiende que puede ser realizada mediante un tratado internacional, una resolución de un organismo internacional votada favorablemente por el gobierno colombiano, o por un acto internacional unilateral. En cuanto a los *tratados internacionales*, si bien su incorporación no exige una transformación de la norma internacional, la manifestación de voluntad del Estado en obligarse internacionalmente requiere el cumplimiento de dos requisitos previos: a) obtener la aprobación del Congreso, es decir, la autorización para que el Presidente de la República, o la persona a quien él otorgue plenos poderes, pueda realizar tal acto, y b) que la Corte Constitucional haya declarado constitucionales tanto el tratado como la ley aprobatoria.

82. Dentro del texto constitucional colombiano se incluyó una norma sobre el respeto a los principios del derecho internacional. Esta disposición no es indispensable para el cumplimiento de dichos principios, pues aun sin ese precepto el Estado debe cumplir la normativa internacional, como expresamente se ha obligado en diversos instrumentos internacionales, tales como la Carta de la OEA y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Además, la Constitución ha incluido disposiciones programáticas, las cuales permiten el control de la política exterior del Estado tanto por el Congreso como por la Corte Constitucional.

83. Las normas consuetudinarias tienen un rango superior a la propia Constitución, pues Colombia reconoció en su Carta Fundamental que sus relaciones internacionales estarán regidas por los principios del derecho internacional aceptados por ella, y uno de esos principios la obliga a someter su conducta a las prescripciones del ordenamiento internacional, como se expresa en el artículo 31 de la Carta de la OEA. Por lo tanto, el profesor Moyano estima que Colombia no podrá aplicar ninguna disposición de su derecho interno que sea contraria al derecho internacional consuetudinario.

84. En cuanto a los tratados internacionales, la Constitución, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia contemporáneas, hace una distinción entre los que se refieren a los Derechos Humanos y los que regulan otros temas. Los primeros prevalecen sobre las normas constitucionales. En cuanto a los demás tratados, la misma Ley Fundamental no determina expresamente su jerarquía, pero el autor considera que debe aplicarse el principio de la primacía del derecho internacional, reconocido para las normas de carácter consuetudinario. Además, dicha preeminencia también rige para los Estados que son Parte de la Convención sobre el Derecho de los Tratados de 1969, como es el caso de Colombia, a excepción de lo dispuesto por el artículo 46 de dicho Tratado, que se refiere a las disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados. Este principio de la primacía del derecho internacional produce dos obligaciones para los Estados: a) el deber de adecuar su ordenamiento interno al derecho internacional, bien sea convencional o consuetudinario, y b) la prevalencia, en principio, del ordenamiento internacional sobre el interno.

85. En cuanto a las normas comunitarias que integran el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena, en primer lugar, éstas se incorporan

en principio directamente al ordenamiento interno; en segundo término, los Estados deben adoptar las medidas necesarias para su aplicación, absteniéndose de dictar normas que pueden obstaculizarla o que sean contrarias a las disposiciones comunitarias, y, finalmente, éstas deben aplicarse con prelación a la legislación estatal. Las personas afectadas por el incumplimiento de las obligaciones del Estado respecto a la aplicación del ordenamiento comunitario tienen derecho a pedir ante los tribunales nacionales la reparación de los perjuicios que sufran, sin olvidar que existe, además, la acción de incumplimiento, que puede ser ejercida por la Junta del Acuerdo o por otro Estado, cuando considere que un país miembro ha incurrido en incumplimiento de las obligaciones derivadas del Acuerdo de Cartagena.

86. Las normas de *ius cogens*, tal como lo ha interpretado la Corte Constitucional colombiana, ocupan la cúspide del ordenamiento jurídico, imponiéndose, aun, por encima de la voluntad de los Estados.

87. En Colombia existen cuatro procedimientos para dirimir los conflictos entre las normas internacionales o comunitarias, y las de carácter interno: uno político, que se realiza por el Congreso; otro de naturaleza judicial, ante la Corte Constitucional; el que establece la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y el consagrado por el Tratado que creó el Tribunal del Acuerdo de Cartagena. El control de constitucionalidad sobre los tratados internacionales ante la Corte Constitucional, según el texto de la Ley Fundamental y la jurisprudencia más reciente de dicho organismo especializado, es previo a la manifestación del consentimiento estatal en obligarse internacionalmente. Este control se ejerce sobre el tratado y su ley aprobatoria y se refiere a su constitucionalidad, tanto intrínseca como extrínseca, y la Corte Constitucional colombiana ha entendido que su control se extiende también a las normas internacionales de *ius cogens*, las que priman incluso sobre el ordenamiento constitucional. Finalmente, los tribunales nacionales colombianos están en la obligación de acudir al Tribunal del Acuerdo de Cartagena a efectos de la interpretación prejudicial del derecho comunitario.

III. EL DERECHO PROCESAL SUPRANACIONAL

88. Hasta hace poco tiempo los cultivadores del derecho procesal no se habían ocupado de manera específica del análisis de los procedimientos

ante los organismos internacionales, por considerarlos dentro del campo del derecho internacional público. Sin embargo, el surgimiento de varios instrumentos de solución de conflictos supranacionales, que adquieren cada vez mayor vigor, despertó el interés de los procesalistas, y por ello puede hablarse actualmente de una nueva disciplina dentro del ámbito del derecho procesal, la que puede calificarse como *derecho procesal supranacional*. Esta disciplina abarca el estudio y la sistematización de la normativa adjetiva, no sólo de las instituciones del derecho internacional clásico, sino también las del derecho comunitario y de la integración económica y, por supuesto, el sector más dinámico, que es el que corresponde al campo de los Derechos Humanos.⁵

89. Dentro del derecho internacional público tradicional podemos situar las normas procesales que regulan la tramitación de los asuntos que se someten al conocimiento de la Corte Internacional de Justicia, con residencia en La Haya, la que resuelve los conflictos planteados entre los Estados que han suscrito el Estatuto de la propia Corte y a todos los asuntos especialmente previstos por la Carta de las Naciones Unidas o en los tratados y convenciones vigentes (artículo 36, apartado 1, del citado Estatuto). Por cierto que si bien son muy numerosos los estudios sobre la citada Corte Internacional de Justicia, no abundan, en cambio, los análisis de carácter estrictamente procesal, porque como lo hizo notar el ilustre procesalista español Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, esta materia se ha reservado casi exclusivamente a los tratadistas de derecho internacional, que además son los que han sido designados jueces de dicho Tribunal, y por ello son muy pocos los tratadistas del derecho procesal que han incursionado en el campo.⁶

90. Por lo que respecta al derecho procesal comunitario, éste comprende el estudio de las normas instrumentales que se aplican en la solución de los conflictos sometidos al Tribunal de Luxemburgo, es decir, el de la actual Unión Europea, así como en la tramitación de los asuntos de que conoce el Tribunal del Acuerdo de Cartagena, creado en 1979 por la

⁵ Cfr. Juan Carlos Hitters, *El derecho internacional de los Derechos Humanos*, citado en la nota anterior, tomo II, pp. 469-472.

⁶ "Protección procesal internacional y Derechos Humanos", en la obra *Veinte años de evolución de los Derechos Humanos*, México, UNAM, 1974, pp. 277-281. Este estudio fue reproducido posteriormente en el libro del mismo autor *La protección procesal internacional de los Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 1975.

Comunidad Andina y establecido en la ciudad de Quito, Ecuador, el 19 de agosto de 1983.⁷

91. Como es bien sabido, el Tribunal de Luxemburgo ha tenido un desarrollo espectacular, y además de los internacionalistas, se han ocupado del mismo también los procesalistas. Para no señalar sino un ejemplo, destacan los estudios de Mauro Cappelletti, notable comparatista y procesalista italiano.⁸

92. Por otra parte, resulta comprensible que el procedimiento ante el Tribunal del Acuerdo de Cartagena hubiese tenido un desarrollo muy lento en la práctica, debido a las dificultades que han afrontado los países que integran la Comunidad Andina, lo que explica la limitada atención de los análisis sobre las normas que regulan este tribunal. Sin embargo, este órgano puede asumir una mayor trascendencia en un futuro próximo, por la reciente tendencia hacia la integración económica de los países latinoamericanos. En esta misma dirección también se advierte la creciente importancia de la solución de controversias, especialmente las de carácter comercial, con motivo de la aprobación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte,⁹ así como de otros instrumentos similares, como el llamado Mercosur, en el cual participan Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay.

93. El sector más dinámico de esta disciplina procesal es la relativa a la solución de controversias sobre Derechos Humanos. El notable procesalista español Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, quien fue uno de los primeros en plantear la necesidad de un examen sistemático de las

⁷ Como ejemplos de estudios procesales sobre la estructura y funcionamiento de dichos tribunales podemos mencionar las obras de Rosario Silva de Lapuerta, *El procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, 2a. ed., Madrid, La Ley, 1993, y Luis Carlos Sáchica, *Introducción al derecho comunitario andino*, Quito, Ecuador, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, 1985, especialmente pp. 131-184.

⁸ Mencionaremos sólo algunos de sus numerosos estudios sobre esta materia: "Justicia constitucional supranacional", en su libro *La justicia constitucional. (Estudios de derecho comparado)*, trad. de Luis Dorantes Tamayo, México, UNAM, 1987, pp. 215-241, y "Le pouvoir judiciaire dans un État Fédéral ou une Union Transnationale", en la obra *Le pouvoir des juges*, trad. al francés de René David, Aix-en-Provence-París, Presses Universitaires d'Aix-Marseille-Economica, 1990, pp. 281-357.

⁹ Cfr. Jorge Witker, "Panorama general de solución de controversias en el comercio internacional contemporáneo", y Fernando Serrano Migallón, "El mecanismo de solución de controversias en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte", ambos estudios en la obra *Resolución de controversias comerciales en América del Norte*, México, UNAM, 1994, pp. 17-65 y 67-94, respectivamente.

cuestiones procesales en la jurisdicción internacional de los Derechos Humanos,¹⁰ expresó sus dudas de que pudiera hablarse, al menos en el año de 1974, en el cual escribió su clásico ensayo, de una rama autónoma dentro del campo de la ciencia del derecho procesal. Sin embargo, señaló que en el supuesto de que se ampliaran posteriormente los estudios sobre este sector, lo que ha ocurrido de manera dinámica en los últimos años, podría hablarse del *derecho procesal relativo a los derechos fundamentales de la persona humana*.¹¹

94. Sin embargo, en congruencia con la disciplina que se ha calificado como *derecho internacional de los Derechos Humanos*,¹² la denominación que nos parece más adecuada y que puede tener una mayor aportación es la de *derecho procesal internacional de los Derechos Humanos*,¹³ ya que los nombres de "derecho procesal supranacional" que utiliza el tratadista argentino Juan Carlos Hitters (ver *supra* párrafo 64), o el de "proceso transnacional", empleado por el también procesalista argentino Osvaldo Alfredo Gozafni,¹⁴ cuando se contraen, como lo usan estos dos autores, exclusivamente a la tutela adjetiva de los derechos fundamentales de la persona humana, resultan demasiado amplios, pues consideramos que se refiere al género del cual es sólo un sector la materia a que nos referimos.

95. Debemos hacer la aclaración de que, en nuestro concepto, la citada disciplina genérica del derecho procesal supranacional no sólo comprende el estudio de las normas instrumentales que regulan la organización y funciones de los organismos internacionales y supranacionales de carácter estrictamente jurisdiccional, sino también el análisis de los pro-

¹⁰ Ver el estudio mencionado en la nota 6 de este trabajo.

¹¹ Obra citada, p. 24.

¹² Cfr. a este respecto, entre otras, las obras de Thomas Buergenthal, *International Human Rights*, St. Paul, Minnesota, West Publishing Co., 1988; Rodolfo Piza Escalante y Gerardo Trejos, *Derecho internacional de los Derechos Humanos. La Convención Americana*, San José, Costa Rica, Editorial Juricentro, 1989; Juan Carlos Hitters, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, cit. *supra* nota 4, dos volúmenes, y en los que se incluye también la parte procesal; Thomas Buergenthal, Claudio Grossman y Pedro Nikken, *Manual (del Derecho) Internacional de Derechos Humanos*, Caracas-San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Editorial Jurídica Venezolana, 1990.

¹³ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "Lineamientos procesales de los procedimientos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en la obra *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, editada por Rafael Nieto Navia, San José, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1994, pp. 148-151.

¹⁴ Cfr. su libro *El proceso transnacional. Particularidades procesales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Buenos Aires, Ediar, 1992.

cedimientos ante los órganos parajudiciales que auxilian a los tribunales respectivos, como son las Comisiones Europea e Interamericana de Derechos Humanos, que realizan actividades de instrucción en las reclamaciones individuales que posteriormente pueden someterse a las Cortes respectivas, ante las cuales actúan en forma similar a un Ministerio Público, aun cuando no se trate propiamente de procesos de carácter penal,¹⁵ por lo que resulta inseparable su análisis procesal respecto de la actividad de los tribunales internacionales a los que sirven de apoyo. Aun cuando no está vinculado con un organismo jurisdiccional, también cabe el estudio del procedimiento que se sigue ante el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, ya que se trata de un órgano que también tiene naturaleza parajudicial, como lo examinaremos más adelante.

IV. LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO SUPRANACIONAL Y EL ORDEN JURÍDICO INTERNO

96. La mayor parte de los distinguidos juristas que han elaborado los informes nacionales que se incluyen en esta ponencia general considera acertadamente que para estudiar las relaciones entre los tribunales supranacionales y los organismos jurisdiccionales internos es preciso analizar previamente la cuestión relativa a la vinculación recíproca entre el derecho supranacional y el orden jurídico externo.

97. Ya en la primera posguerra, la Constitución alemana de 11 de agosto de 1919, llamada de Weimar, estableció en su artículo 4o. que: "Las reglas del derecho internacional que sean generalmente reconocidas obligan como si formaran parte integrante del derecho del Reich".

98. Esta situación progresó notablemente en la segunda posguerra, en tres direcciones: la primera, en cuanto al reconocimiento de la primacía del derecho internacional general; en segundo término, por medio de la creación del llamado derecho comunitario o de la integración, y, finalmente, respecto del derecho internacional de los Derechos Humanos.

¹⁵ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "Reflexiones sobre la organización y funcionamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en la obra editada por Domingo García Belaúnde, Francisco Fernández Segado y Rubén Hernández Valle, *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Madrid, Editorial Dykinson, 1992, pp. 869-870.

99. A) Por lo que respecta al primer sector, una buena parte de las Constituciones de los países europeos reconoce de manera expresa la superioridad, así sea parcial, del derecho internacional general sobre las disposiciones del derecho interno, no sólo las de carácter convencional incorporadas al derecho nacional, sino incluso las de carácter consuetudinario (o generalmente reconocidas), algunas de las cuales han adquirido el carácter de *ius cogens*,¹⁶ en virtud de su aplicabilidad inmediata en el ámbito interno, como lo señalan los artículos 10 de la Constitución italiana de 1948; 25 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949, y 8o. de la Carta portuguesa de 1976, reformada en 1982.¹⁷

100. El más significativo de estos preceptos es el citado artículo 25 de la Constitución alemana, el cual dispone: "las normas generales del derecho internacional público son parte integrante del derecho federal. Estas normas tienen primacía sobre las leyes y constituyen fuentes directas de derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal".

101. La mayoría de los ordenamientos de Europa occidental han establecido disposiciones de una decidida orientación internacionalista. Al respecto podemos recordar las reflexiones del profesor Panagiotis Kargados en su informe sobre Grecia, cuya Constitución de 1975 reconoce expresamente, en su artículo 28, párrafo 1, la preeminencia del derecho internacional consuetudinario y convencional sobre las disposiciones legales internas (ver *supra* párrafo 71). De manera diversa, como lo expresa el profesor Christopher Greenwood en su informe británico, en el Reino Unido (ver *supra* párrafos 59 y 60), sólo el derecho internacional consuetudinario se incorpora al ordenamiento interno, pero no así los tratados, y ésta es la orientación de la mayor parte de los países que forman parte de la *Commonwealth*. En Estados Unidos, no obstante su vinculación con la tradición del *common law*, estableció en su artículo VI

¹⁶ Aun cuando no existe un concepto específico sobre las normas internacionales consuetudinarias que pueden calificarse de *ius cogens*, puede consultarse al respecto el cuidadoso estudio del tratadista mexicano Antonio Gómez Robledo, *El ius cogens internacional (estudio histórico crítico)*, México, UNAM, 1982.

¹⁷ *Cfr.*, entre otros, los estudios fundamentales de Antonio La Pergola, *Constitución del Estado y normas internacionales*, trad. de Luis Cascajo y Castro y Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, México, UNAM, 1985; *id.*, *Poder exterior y Estado de Derecho*, trad. de José Luis Cascajo, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1987.

(que ha tenido una influencia significativa en los ordenamientos constitucionales federales latinoamericanos), que los tratados internacionales aprobados por el Senado tienen el carácter de leyes federales y no pueden contradecir las disposiciones constitucionales (ver lo expuesto por el profesor Thomas Buergenthal, *supra* párrafo 30).

102. Los países de Europa oriental que estaban bajo la influencia del derecho soviético, a partir de 1989 modificaron sus Constituciones o adoptaron nuevos textos fundamentales, de acuerdo con los principios de los ordenamientos de Europa occidental, por lo que también establecieron disposiciones de orientación internacionalista y comunitaria, ya que varios de estos países pretenden incorporarse paulatinamente a la Unión Europea.¹⁸

103. Incluso los ordenamientos latinoamericanos, además de sufrir la influencia estadounidense, tradicionalmente se mostraron renuentes a admitir la superioridad del derecho internacional en el ámbito interno, debido a la dolorosa experiencia de las intervenciones de las grandes potencias y de laudos internacionales desfavorables. Sin embargo, en época más reciente se ha manifestado un cambio de actitud frente al propio derecho internacional, pues de manera paulatina se advierte la tendencia a reconocer una cierta preeminencia, así sea cautelosa en sus inicios, de las normas de carácter supranacional. En esta dirección podemos señalar los artículos 3o. de la Constitución de Ecuador (1978) y 4o. de la Carta Fundamental de Panamá (1972-1983), los que disponen que dichos países reconocen y acatan las normas y principios del derecho internacional, así como los artículos 18 de la Constitución de Honduras (1982) y 144 de la Carta de El Salvador (1983), los que establecen que en caso de conflicto entre un tratado internacional y la ley ordinaria interna, prevalecerá el tratado (pero no respecto de la Ley Fundamental). A su vez, el párrafo primero del artículo 7o. de la Constitución de Costa Rica de 1979 expresa que: "Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes".

¹⁸ Cfr. Sergio Bartole y otros, "Trasformazioni costituzionali nell'Este europeo", en *Quaderni costituzionali*, Padova, Il Mulino, diciembre de 1991, pp. 383-597.

104. Con un criterio similar, los artículos 137 y 141 de la Constitución paraguaya de 1992 preceptúan que los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados poseen una jerarquía superior a las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones inferiores, ya que sólo se encuentran subordinadas a la Constitución como Ley Suprema de la República. Por otro lado, la parte relativa del inciso 22 del artículo 75 de la Constitución argentina, reformada el 22 de agosto de 1994, dispone en su texto vigente que: "los tratados y concordatos concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales tienen jerarquía superior a las leyes".

105. B) Otro sector importante en el cual se advierte una evolución muy dinámica en relación tanto con los instrumentos supranacionales como con los ordenamientos internos, incluso de carácter constitucional, es el relativo al *derecho comunitario* o *de integración*, que surgió primeramente en los países de Europa occidental en la segunda posguerra y que se ha desarrollado de manera considerable en los últimos años, con repercusiones, así sean modestas, en el derecho latinoamericano.

106. Por lo que respecta al derecho comunitario europeo, una gran parte de los ordenamientos internos respectivos reconoce de manera expresa o implícita la superioridad del primero sobre los derechos nacionales en cuanto a las materias de la integración, situación que se vigoriza con la entrada en vigor del Tratado suscrito en la ciudad holandesa de Maastricht el 7 de febrero de 1992, que transforma a las Comunidades en una verdadera Unión Europea, como culminación de los diversos tratados de París, Roma y Bruselas que dieron origen a las citadas Comunidades Europeas.¹⁹

107. Aun cuando dicho instrumento corresponde al campo del derecho transnacional, ha producido efectos muy significativos en los ordenamientos constitucionales de los países que lo han suscrito, en virtud de los acalorados debates sobre la necesidad o conveniencia de introducir modificaciones en los textos fundamentales vigentes antes de la ratifica-

¹⁹ Cfr. Louis Cartou, *L'Union Européene. Traités de Paris, Rome, Maastricht*, París, Dalloz, 1994, pp. 51-65; Roy Pryce, "The Maastricht Treaty and the New Europe", en la obra *Maastricht and beyond. Building the European Union*, editada por Andrew Duff, John Pinder y Roy Pryce para el Federal Trust, London, Routledge, 1994, pp. 3-16.

ción del mencionado tratado. En algunos países fue incluso necesario realizar consultas populares por medio de referendos, que en unos casos fueron afirmativas por estrecho margen, mientras que en otros fueron desfavorables, como ocurrió en Dinamarca, donde se llevó a cabo una segunda consulta, esta vez positiva, y en Noruega, que no logró la aprobación, no obstante los esfuerzos de su gobierno.²⁰

108. Lo cierto es que los debates se centraron en la cuestión de si la transformación de las Comunidades Europeas en Unión Europea, que también tiene facultades muy amplias en materia política y social y no sólo en los aspectos económicos (los cuales se extienden a la creación de una moneda común y un Banco Central Europeo), implica verdaderas transferencias de soberanía a una organización cuasi federal, o si sólo establece limitaciones a la propia soberanía de los Estados miembros.²¹

109. Debido a las citadas repercusiones constitucionales se plantearon instancias ante los órganos de justicia constitucional de algunos de los Estados miembros de la citada Unión Europea sobre la compatibilidad de las disposiciones del citado Tratado con los preceptos constitucionales de carácter nacional.²² Como los ordenamientos de Francia y España establecen la posibilidad, que es más amplia en el primer país, de acudir previamente a dichos órganos para que decidan sobre la conformidad de las cláusulas de un tratado internacional con las disposiciones fundamentales nacionales, el resultado de estas instancias fue la realización de reformas constitucionales antes de que se produjera la ratificación respectiva.

110. En Francia se presentaron tres instancias ante el Consejo Constitucional, una por el Presidente de la República y dos por grupos parlamentarios. El mencionado Consejo Constitucional pronunció dos decisiones,

²⁰ Cfr. Andrew Duff, "Ratification" [del Tratado de Maastricht], en la obra *Maastricht and beyond*, citada en la nota anterior, pp. 53-68.

²¹ El 19 de septiembre de 1991 se efectuó una importante mesa redonda internacional en Aix-en-Provence, sobre el tema "La justicia constitucional y los acuerdos de Maastricht", en la cual se pusieron de relieve las repercusiones constitucionales de los mismos en los ordenamientos constitucionales de Alemania, España, Francia, Italia y Portugal. Al respecto, cfr. la *Revue Française de Droit Constitutionnel*, núm. 12, 1992; Roy Pryce, "The Treaty Negotiations", en el libro colectivo *Maastricht and beyond*, citada en las dos notas anteriores, pp. 36-52.

²² Cfr. Constance Grewe y Albrecht Weber, "Le Traité sur l'Union devant les juridictions constitutionnelles", en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 1993, París, Economica-Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1995, pp. 11-30.

en las cuales consideró que algunas cláusulas del Tratado de Maastricht eran contrarias a la Carta francesa, y por este motivo el 25 de junio de 1992 se aprobaron varias reformas constitucionales, la más importante de las cuales creó un nuevo título, el XIV, denominado "De las Comunidades Europeas y de la Unión Europea". Esto permitió efectuar la ratificación respectiva, pero además la ley aprobatoria del mismo Tratado se sometió a referéndum el 20 de septiembre de ese año.²³

111. Por lo que respecta a España, la consulta del Tribunal Constitucional fue mucho más restringida, pues se refirió de manera exclusiva a la compatibilidad del artículo 10 del Tratado de la Unión Europea con el artículo 13, inciso 2, de la Constitución española en relación con el sufragio activo en las elecciones municipales. El último precepto tuvo que ser reformado, de acuerdo con la declaración del citado Tribunal Constitucional de fecha 1 de julio de 1992, con objeto de poder ratificar el Tratado. Sin embargo, la doctrina considera que éste es un aspecto muy secundario y que son numerosas las disposiciones del Tratado de la Unión Europea que afectan el texto actual de la Constitución española, por lo que, o bien se reforma éste o se impone la denuncia del citado instrumento supranacional.²⁴

112. En la República Federal de Alemania la situación se produjo a la inversa, ya que primeramente se hizo una revisión constitucional el 21 de diciembre de 1992, a fin de permitir la ratificación del Tratado de Maastricht. En efecto, con motivo de dicha revisión se modificó el artículo 23 de la Ley Fundamental para autorizar expresamente a la República Federal a concurrir al desarrollo de la Unión Europea y a transferir a dicha institución supranacional derechos de soberanía.²⁵ Fue con posterioridad

²³ Cfr. Louis Favoreu, "Le contrôle de constitutionnalité du Traité de Maastricht et le développement du "Droit Constitutionnel International", en *Revue Générale de Droit International Public*, núm. 1, enero-marzo de 1993, pp. 39-66; Jöel Rideau, "Constitution et droit international dans les États membres des Communautés européennes. Réflexions générales et situation française", en *Revue Française de Droit Constitutionnel*, núm. 2, 1990, pp. 259-296.

²⁴ Cfr. Carlos Ruiz Miguel, "Repercusión constitucional del Tratado de la Unión Europea", en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 115-116, agosto-septiembre de 1991, pp. 17-25; Francisco Rubio Llorente, "La Constitución española y al Tratado de Maastricht", en *Revue Française de Droit Constitutionnel*, núm. 12, 1992, pp. 253-265.

²⁵ Cfr. Christian Autexier, "Le Traité de Maastricht et l'ordre constitutionnel allemand", en *Revue Française de Droit Constitutionnel*, núm. 12, 1992, pp. 625-641.

que se interpusieron dos instancias ante el Tribunal Federal Constitucional contra la citada ley de revisión constitucional del 31 de diciembre de 1992 y la ley del 30 del mismo mes, que aprobó el Tratado de la Unión Europea. El Tribunal Federal Constitucional, en su sentencia del 12 de octubre de 1993, desechó uno de los recursos y desestimó el otro, por considerar que el citado Tratado no infringía la Ley Fundamental reformada en 1992.²⁶

113. Como lo señala certeramente el tratadista francés Louis Favoreu, es factible que se presenten instancias ante los órganos de justicia constitucional de varios países miembros de la Unión Europea que admiten la impugnación de los tratados internacionales con posterioridad a su entrada en vigor, debido a las numerosas repercusiones constitucionales que plantea el Tratado de la Unión Europea, de tal manera que se perfeccionen, ya sea jurisprudencialmente o por medio de reformas constitucionales, las normas nacionales que el mismo autor califica como *derecho constitucional internacional*.²⁷

114. El profesor Kargados señala en su informe sobre Grecia que la Constitución de 1975, dentro de su espíritu internacionalista, otorga en los parágrafos 2 y 3 de su artículo 28, amplias facultades al órgano legislativo, de acuerdo con ciertas condiciones expresas, para delegar algunas "competencias" nacionales a órganos de entidades internacionales y a restringir la soberanía nacional en algunos aspectos (ver *supra* párrafo 71).

115. Por lo que se refiere a los ordenamientos latinoamericanos se observa en los últimos años una tendencia vigorosa hacia la integración, si bien de manera limitada, pues con excepción de la Comunidad Andina la mayoría de los esfuerzos se han canalizado por medio de diversos tratados de libre comercio. La citada Comunidad se estableció debido al fracaso de una integración global latinoamericana, representada por el Tratado General de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), suscrito en Montevideo de 1960, y que subsiste muy precariamente ahora como Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI);

²⁶ Cfr. Christian Autexier y Bárbara Genius-Devime, "La Cour constitutionnelle fédérale, l'ordre constitutionnel allemand et le traité de Maastricht (à propos de la décision du 12 octobre 1993)", en *Revue Française de Droit Constitutionnel*, núm. 18, 1994, pp. 421-432.

²⁷ "Le contrôle de constitutionnalité", cit. *supra* nota 23, pp. 61-66.

dicho proyecto no ha podido prosperar debido a la situación permanente de inestabilidad política y económica de nuestros países.²⁸

116. Algunas Constituciones latinoamericanas, en especial las más recientes, han modificado el criterio tradicional sobre el concepto de soberanía y han establecido limitaciones a la misma, en diversos sectores, particularmente en el campo de los Derechos Humanos, como lo examinaremos más adelante, pero también en materia económica. En vía de ejemplo podemos citar el artículo 227 de la Constitución colombiana de 1991, que dispone:

El Estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente con los países de América Latina y el Caribe mediante la celebración de tratados que sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismos supranacionales, inclusive para conformar una comunidad latinoamericana de naciones. La ley podrá establecer elecciones directas para la constitución del Parlamento Andino y del Parlamento Latinoamericano.

117. El artículo 3o. de la Carta ecuatoriana de 1978, de acuerdo con la reforma de 1996 (actualizada hasta agosto de ese año), establece en su parte conducente:

Propugna también la comunidad internacional, así como la estabilidad y fortalecimiento de sus organismos y, dentro de ello, la integración iberoamericana, como un sistema eficaz para alcanzar el desarrollo de la comunidad de pueblos unidos por vínculos de solidaridad nacidos de la identidad de origen y cultura. El Ecuador podrá formar, con uno o más Estados, asociaciones para la promoción y defensa de los intereses nacionales y comunitarios.

También, en su parte relativa, el artículo 9o. de la Constitución paraguaya de 1992 preceptúa: "La República podrá incorporarse a sistemas multilaterales internacionales de desarrollo, cooperación y seguridad". A su vez, los artículos 100 y 106 de la Carta peruana anterior de 1979 (la actual de 1993 no contiene disposiciones expresas en esta materia, pero tampoco las contradice) establecían: "El Perú promueve la integración económica, social y cultural de los pueblos de América Latina, con miras a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones", y: "Los

²⁸ Cfr. Héctor Fix-Zamudio y Héctor Cuadra, "Problemas actuales de armonización y unificación de los derechos nacionales en Latinoamérica", en *Anuario Jurídico*, México, 1974, pp. 93-158.

tratados de integración con Estados latinoamericanos prevalecen sobre los demás tratados multilaterales celebrados entre los mismos países”.

V. LA SITUACIÓN PARTICULAR DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

118. En el campo de los Derechos Humanos se observa una evolución más vigorosa en cuanto al reconocimiento de la primacía, así sea parcial, del derecho supranacional. En los ordenamientos de Europa occidental, además de los preceptos generales sobre la preeminencia de las normas y principios del derecho internacional a los que hemos hecho referencia, algunos textos constitucionales establecen de manera expresa la superioridad de los tratados sobre Derechos Humanos en el ámbito interno. En esta dirección, los artículos 16 de la Constitución portuguesa de 1976-1982 y 10 de la Carta española de 1978 establecen, de manera similar, que la interpretación de las normas constitucionales internas relativas a los Derechos Humanos debe hacerse de acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y con los tratados y acuerdos internacionales sobre esta materia ratificados por los gobiernos respectivos.²⁹

119. Como ocurre con los países que han estado sometidos por largo tiempo a gobiernos autoritarios y han padecido constantes y permanentes violaciones a los Derechos Humanos, los ordenamientos de Europa oriental, al superar el periodo de dominación soviética a partir de 1989, en sus textos reformados o en las nuevas Constituciones que han establecido con posterioridad, han otorgado la mayor importancia a las declaraciones de derechos fundamentales,³⁰ y en su mayor parte han ratificado las convenciones sobre Derechos Humanos, entre ellas las de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, así como la Convención de Roma de 1950 sobre la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, e incluso algunos de ellos se han sometido a la jurisdicción de la Corte Europea de Derechos Humanos, como lo examinaremos con posterioridad.

²⁹ Cfr. J. S. Gomes Canotilho y Vital Moreira, *Constituição da Republica Portuguesa. Anotada*, Coimbra, Coimbra Editorial, 1980, pp. 73-74; Fernando Garrido Falla, “Artículo 10”, en *Comentarios a la Constitución*, editada por el mismo autor, Madrid, Civitas, 1980, pp. 139-144.

³⁰ Cfr. Sergio Bartole y otros, “Trasformazioni costituzionali nell’Este europeo”, cit. *supra* nota 18, pp. 387-597.

120. Como un ejemplo significativo podemos citar las disposiciones de la Constitución de la Federación Rusa, publicada el 5 de noviembre de 1993,³¹ que reconocen de manera expresa la aplicación directa del derecho internacional de los Derechos Humanos. En efecto, en el artículo 17, apartado 1, de la citada Carta Fundamental se preceptúa: "En la Federación Rusa se reconocen y garantizan los derechos y libertades del hombre y del ciudadano de conformidad con los principios universalmente reconocidos, las normas de derecho internacional y la presente Constitución". A lo anterior debe agregarse el reconocimiento, también expreso, de la jurisdicción internacional en este materia, por el artículo 46, apartado 3, el cual establece que toda persona tiene, de conformidad con los tratados internacionales a los que pertenezca la Federación Rusa, la facultad de dirigirse a los organismos internacionales para la defensa de los derechos y libertades del hombre, siempre que se hayan agotado todos los recursos legales a que tenga derecho en el ordenamiento nacional.

121. La región en la cual se observa una evolución muy dinámica hacia el reconocimiento de la superioridad, en el ámbito interno, del derecho internacional de los Derechos Humanos, especialmente el de carácter convencional, es América Latina, debido a que fueron numerosos los países que padecieron por varios años gobiernos autoritarios de carácter militar.³² En esa dirección el artículo 46 de la Constitución de Guatemala de 1985 consagra el principio de que los tratados y convenciones sobre Derechos Humanos aceptados y ratificados por ese país tienen preeminencia sobre el derecho interno.

122. También destaca la parte relativa del artículo 5o. de la Constitución chilena de 1980, tal como fue reformada por plebiscito de 30 de julio de 1989: "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos

³¹ Se han publicado dos traducciones al castellano del texto de la Constitución rusa de 1993. Una fue realizada por el tratadista mexicano Manuel Becerra Ramírez, *La Constitución Rusa de 1993*, México, UNAM, 1995, pp. 27-77. La segunda versión se publicó en el *Boletín Informativo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, en trad. de la Embajada Argentina ante la Federación Rusa, núms. 105-107, Buenos Aires, enero a marzo de 1995. Existe también una traducción al francés de Michel Lesage y Patrice Gélard, en *Revue Française de Droit Constitutionnel*, núm. 17, 1994, pp. 195-223.

³² Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "El derecho internacional de los Derechos Humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en su libro *Justicia constitucional, Ombudsman y Derechos Humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993, pp. 445-455.

garantizados por esta Constitución, así como en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”.³³

123. Como lo destaca el conocido tratadista brasileño Antônio Cançado Trindade (ver *supra* párrafos 31 y 32), una situación similar a la anterior se advierte claramente en el artículo 5o. de la Carta Federal de su país de 1988, precepto que enumera un amplio catálogo de derechos fundamentales, así como sus garantías procesales, y que en sus incisos finales, 1o. y 2o., dispone: “Las normas definidoras de los derechos y garantías fundamentales son de aplicación inmediata”, y: “Los derechos y garantías consagradas en esta Constitución *no excluyen otros* derivados del régimen y de los principios por ella adoptados, o *de los tratados internacionales en que sea parte la República Federativa del Brasil*”.

124. A este respecto también debe hacerse referencia a la reforma a la Carta de Costa Rica de 1949, por Decreto promulgado el 18 de agosto de 1989, que modificó los artículos 10 y 48 constitucionales. El primero de los citados preceptos creó una Sala Constitucional en la Corte Suprema de Justicia y el segundo establece que:

Toda persona tiene derecho al recurso de hábeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales y al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos establecidos en la Constitución, así como los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos aplicables a la República. Ambos recursos serán de la competencia de la Sala indicada en el artículo 10.

En su nutrida jurisprudencia, dicha Sala Constitucional ha realizado, en forma muy extensa, la aplicación directa de los citados tratados internacionales de Derechos Humanos, no obstante los escasos años que tiene de funcionamiento, el cual ha sido muy intenso por el gran número de asuntos de carácter constitucional que ha debido resolver.³⁴

125. La evolución que hemos descrito en los párrafos anteriores ha culminado con el reconocimiento del carácter fundamental de los derechos establecidos en los instrumentos ratificados por los Estados latino-

³³ Cfr. Neville Blanc Renard y otros, *La Constitución chilena*, Valparaíso, Universidad Católica, tomo I, pp. 36-40.

³⁴ Cfr. Rubén Hernández Valle, *La tutela de los derechos fundamentales*, San José, Costa Rica, Editorial Juricentro, 1990, pp. 144-145.

americanos. Si bien no de una manera expresa, hacia esta dirección se encamina el artículo 93 de la Constitución colombiana del 7 de julio de 1991, el cual dispone que: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso que reconocen los Derechos Humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales ratificados por Colombia”. En su segunda parte ese precepto sigue el modelo de los artículos 16 de la Constitución portuguesa de 1976-1982 y 10 de la Carta española de 1978 (ver *supra* párrafo 118).

126. El artículo 105 de la Constitución peruana de 1979 reconocía, de manera expresa y sin restricciones, la naturaleza fundamental de los tratados relativos a los Derechos Humanos, ya que dicho precepto disponía que: “Los preceptos contenidos en los tratados relativos a los Derechos Humanos tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución”.

127. La nueva Carta Fundamental de Perú, aprobada por referéndum del 31 de octubre de 1993 y promulgada el 29 de diciembre siguiente, suprimió dicho precepto y en su lugar introdujo la disposición final Cuarta, la cual establece que las normas relativas a “los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por Perú”. Esta norma incorporó el modelo de las Cartas de Portugal y España, introducido ya en el mencionado artículo 93 de la Constitución colombiana de 1991 (ver *supra* párrafo 125).

128. Además, los artículos 56, apartado 1, y 57, párrafo segundo, de la misma Carta peruana de 1993, disponen que los tratados relativos a los Derechos Humanos deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República, y que cuando afecten disposiciones constitucionales deben ser aprobados por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución. Un sector de la doctrina considera como un retroceso la supresión del citado artículo 105 de la Constitución de 1979 y su sustitución por los tres preceptos mencionados.³⁵

³⁵ Cfr. Comisión Andina de Juristas, *Del golpe de Estado a la nueva Constitución*, Lima, 1993, pp. 220-221.

129. Ya habíamos señalado anteriormente que los artículos 137 y 141 de la Constitución de Paraguay de 1992 preceptúan que los tratados internacionales poseen una jerarquía superior a las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones inferiores, pero se encuentran subordinados a la Constitución, considerada como Ley Suprema de la República (ver *supra* párrafo 104). Ésta parece ser la regla para los instrumentos internacionales de carácter general. Sin embargo, dicha Carta se aparta de este principio en su artículo 142, cuando determina de manera precisa: “Los tratados internacionales relativos a los Derechos Humanos no podrán ser denunciados sino por los procedimientos que rigen para la enmienda de la Constitución”.

130. A nuestro modo de ver, el precepto anterior establece implícitamente que dichos tratados sobre Derechos Humanos poseen un rango similar al de las normas fundamentales, lo que se aproxima, aun cuando no de manera tan clara, a lo que disponía el artículo 105 de la Constitución peruana anterior de 1979, el cual, como se destacó con anterioridad, reconocía el carácter constitucional de los Derechos Humanos consagrados en los tratados internacionales (ver *supra* párrafo 126).

131. Principios semejantes respecto de los instrumentos supranacionales fueron consagrados en la parte relativa del inciso 22 del artículo 75 de la Constitución argentina de 1853-1860, reformada el 22 de agosto de 1994. En efecto, la primera parte de dicho precepto (que es bastante extenso y se refiere a las facultades legislativas del Congreso Nacional) dispone la naturaleza superior de los tratados internacionales de carácter general y de los concordatos, pero otorga jerarquía constitucional a algunos instrumentos sobre Derechos Humanos, ya que dicho precepto señala de manera expresa:

En las condiciones de su vigencia tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución (que se refiere a los derechos fundamentales) y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocida. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de las Cámaras.

132. Los instrumentos internacionales enumerados en el citado precepto de la Constitución argentina reformada son los siguientes: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Decla-

ración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, y la Convención sobre los Derechos del Niño.

133. Por lo que respecta a “los demás tratados y convenciones sobre Derechos Humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”, de acuerdo con lo que preceptúa la parte final del artículo 75, inciso 22, de la referida Ley Fundamental reformada en agosto de 1994.³⁶

134. No obstante el avance que significa la superación de los principios tradicionales del texto original de la Constitución argentina de 1853-1860, en las citadas reformas de 1994 existen algunas limitaciones respecto del reconocimiento directo de la superioridad de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos que adquieran la jerarquía constitucional que establecía el artículo 105 de la Constitución peruana de 1979 a que nos hemos referido con anterioridad (ver *supra* párrafo 126). En efecto, no obstante la primacía fundamental para ciertos instrumentos, establecida de manera expresa en el precepto mencionado de la Carta argentina reformada, los mismos no derogan artículo alguno de la primera parte de la citada Constitución, ya que deben entenderse complementarios de los derechos y garantías reconocidos por la misma Ley Fundamental. Lo anterior significa que en el supuesto de contradicción entre las normas supranacionales y los de la Constitución, prevalecerían estas últimas (lo que sería similar a lo que ocurre en el ordenamiento griego de acuerdo con el informe del profesor Kargados, ver *supra* párrafo 75), por lo que, según la doctrina, se plantean ciertos interrogantes que no son de fácil resolución, si se toma en cuenta, además, que la Carta argentina reconoce derechos y garantías implícitas en su artículo 33, que no fue

³⁶ Cfr. Néstor Pedro Sagüés, *La Constitución de la nación argentina. Texto según la reforma de 1994*, Buenos Aires, Astrea, 1994, pp. 71-72; Alberto Natale, *Comentario sobre la Constitución. La reforma de 1994*, Buenos Aires, Depalma, 1995, pp. 99-107.

modificado. Existe, por tanto, un amplio campo para la interpretación constitucional.³⁷

135. Aun cuando no existe texto expreso en la mayoría de las Constituciones latinoamericanas sobre el reconocimiento de las instancias internacionales de tutela de los Derechos Humanos, un número creciente de países de nuestra región no sólo ha suscrito la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Protocolo Facultativo del Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos, sino que se han sometido de manera expresa a la competencia jurisdiccional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Varios de esos países lo hicieron en cuanto superaron los gobiernos militares y recuperaron su normalidad constitucional. En la actualidad son 17 los países que han reconocido la competencia contenciosa del citado tribunal (ver *infra* párrafo 176).

136. El único ordenamiento fundamental latinoamericano que ha consagrado de manera expresa el reconocimiento de la jurisdicción supranacional es la Constitución peruana, tanto en su texto anterior de 1979 como en el actualmente en vigor de 1993. El artículo 305 de la Ley Fundamental de Perú de 1979 disponía: “Agotada la jurisdicción interna (es decir, la del entonces Tribunal de Garantías Constitucionales), quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según los tratados de los que forma parte el Perú”. Este precepto fue reiterado por el artículo 205 de la Carta de 1993, con la diferencia de que la etapa final interna corresponde ahora al Tribunal Constitucional.

137. El artículo 105 anterior estaba reglamentado por los artículos 39 a 41 de la Ley de Hábeas Corpus y de Amparo del 7 de diciembre de 1982, en los cuales se establecía, en cuanto a estos instrumentos de protección, que los organismos internacionales a los cuales podía acudir el afectado en sus derechos fundamentales, una vez agotadas las instancias internas, eran el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (regulado por el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y aquellos que se constituyeran en el futuro y que fueran aprobados por tratados que obligaran al Perú, por lo que comprendía también a la Comisión y a la Corte Interamericanas, en virtud de su ratifica-

³⁷ Cfr. Alberto Natale, *op. cit.*, nota anterior, pp. 104-106.

ción de la Convención Americana y del sometimiento expreso que se hizo a este último organismo en el año de 1981. Además, dicho ordenamiento disponía que la resolución del organismo jurisdiccional supranacional respectivo no requería, para su validez y eficacia, de reconocimiento, de revisión ni de examen alguno.³⁸

VI. TRIBUNALES INTERNACIONALES Y TRANSNACIONALES

138. Haremos el intento de realizar un breve examen de los diversos tribunales supranacionales establecidos a partir de la segunda posguerra, y de señalar de manera sintética su organización y funcionamiento, para con posterioridad tener una base para establecer algunos lineamientos sobre las relaciones entre los primeros y los tribunales de carácter nacional.

139. Si se toman en cuenta las aportaciones doctrinales podemos intentar una clasificación que sólo tiene validez para efectos de análisis, entre *tribunales internacionales* y *tribunales transnacionales*. Los primeros serían aquéllos cuyas decisiones tienen carácter obligatorio pero no ejecutivo, mientras que los tribunales transnacionales poseen la posibilidad, así sea teórica, del cumplimiento coactivo de sus fallos en el ámbito interno. Por supuesto que esta distinción no es absoluta y varía de acuerdo con las disposiciones de los ordenamientos nacionales, ya que son los Estados, en última instancia, los que deciden sobre el grado y la extensión que confieren a la supremacía de las normas supranacionales. Por ello es que la materia resulta ser sumamente compleja y no es posible establecer reglas absolutamente generales.

140. Es en la segunda posguerra cuando se inicia el desarrollo de las jurisdicciones supranacionales, ya que si bien al finalizar la Primera Guerra Mundial se creó, como importante antecedente, el Tribunal Permanente de Justicia Internacional en el artículo 14 del Pacto de la Sociedad de Naciones, adoptado en Versalles el 29 de junio de 1919 y que entró en vigor el 10 de enero del año siguiente, el desarrollo firme de las citadas jurisdicciones se observa a partir de la firma y ratificación de la

³⁸ Cfr. Alberto Borea Odría, *Las garantías constitucionales: hábeas corpus y amparo*, Lima, Libros Peruanos JVC Editores, 1992, pp. 429-434; Fernando Zubía Reina, *Acción de amparo*, Lima, Cultural Cuzco, 1986, pp. 108-110.

Carta de las Naciones Unidas, la cual fue suscrita en la ciudad de San Francisco el 26 de junio de 1945 y entró en vigor el 24 de octubre del mismo año.

141. Podemos señalar, por tanto, que pueden considerarse como tribunales internacionales la Corte Internacional de Justicia y las Cortes Europea y Americana de Derechos Humanos, y como organismos jurisdiccionales de carácter transnacional los Tribunales de la Unión Europea y del Acuerdo de Cartagena. Muy recientemente se creó un Tribunal Penal Internacional para el conocimiento de los crímenes de guerra cometidos en perjuicio de los habitantes de la antigua Yugoslavia y se han acelerado los trabajos de elaboración, por la Comisión de Derecho Internacional, del Proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad, con el propósito de establecer un Tribunal Penal Internacional de carácter general.

142. A) El más importante de estos organismos jurisdiccionales es sin duda la Corte Internacional de Justicia, tanto por el gran número de países que se han sometido a su competencia como por la naturaleza de los conflictos que debe resolver, que tienen alcance mundial. Dicha Corte, como se ha dicho y con el antecedente de la anterior Corte Permanente de Justicia Internacional, se estableció en el capítulo XIV de la Carta de las Naciones Unidas (artículos 92 a 96), suscrita en la ciudad de San Francisco el 26 de junio de 1945. El Estatuto de la citada Corte de Justicia Internacional fue aprobado por la misma Asamblea de San Francisco, el mismo día en que se firmó la Carta, y ambos instrumentos entraron simultáneamente en vigor el 24 de octubre de 1945. La normativa fue complementada por el Reglamento de la Corte expedido por la misma, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 31 del mencionado Estatuto el 6 de mayo de 1946, reformado el 10 de mayo de 1972. La propia Corte elaboró un segundo Reglamento, que es el vigente, el 14 de abril de 1978.³⁹

143. Como la referida Corte de Justicia Internacional ha funcionado por 50 años y por lo mismo es muy conocida en su estructura y funcio-

³⁹ Las disposiciones respectivas en sus versiones francesa e inglesa son reproducidas en la obra de Shabtai Rosenne, *Documents on International Court of Justice. Documents relatifs à la Cour Internationale de Justice*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1991, pp. 60-275.

namiento, nos limitaremos a recordar algunos de sus aspectos más genéricos.⁴⁰

144. La Corte Internacional de Justicia está considerada, tanto por la parte relativa de la Carta de las Naciones Unidas como por el Estatuto de dicho tribunal, "como órgano judicial principal de las Naciones Unidas". La propia Corte está integrada por 15 miembros, de los cuales no podrá haber dos que sean nacionales del mismo Estado, designados por un periodo de nueve años y que podrán ser reelectos. Los integrantes de la Corte, que el artículo 2 del Estatuto considera como "un cuerpo de magistrados independientes", son electos por medio de un procedimiento muy complicado, por votación mayoritaria e independiente de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad de la Organización, "entre las personas que gocen de alta consideración moral y que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más altas funciones judiciales en sus respectivos países o que sean jurisconsultos de reconocida competencia en materia de derecho internacional", procurando además que "en el conjunto estén representadas las grandes civilizaciones y los principales sistemas jurídicos del mundo" (artículos 2 a 15 del Estatuto y 1 a 6 del Reglamento).

145. La Corte designa cada tres años a su Presidente y al Vicepresidente, que podrán ser reelectos, así como también al Secretario (*Greffier, Registrar*). La sede de la Corte es la ciudad de La Haya, pero podrá reunirse y funcionar en otro lugar cuando lo considere conveniente, aun cuando el Presidente y el Secretario deberán residir en la sede de la Corte. El citado tribunal funciona permanentemente, excepto durante las vacaciones, cuyas fechas y duración fija la Corte. Actúa normalmente en pleno con un *quórum* de nueve magistrados, pero cada vez que lo considere necesario podrá constituir una o más salas compuestas de tres magistrados, según lo disponga la propia Corte, para conocer de determinadas categorías de negocios, como los litigios de trabajo y los relativos al tránsito y a las comunicaciones. La Corte podrá establecer también, en cualquier tiempo, una sala para conocer de un asunto determinado. De

⁴⁰ Aun cuando la bibliografía es muy amplia, nos apoyamos esencialmente en los fundamentales estudios de Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, Leyden, A.W. Sijhoff, 1965, 2 vols.; así como la edición bilingüe editada por dicho autor *Documents on the International Court of Justice*, cit., nota anterior.

conformidad con las partes, fijará el número de magistrados de dicha sala, la que podrá resolver el asunto en cuanto al fondo si las partes estuvieren de acuerdo. Toda sentencia dictada por las salas se considerará pronunciada por la Corte. Anualmente se elige la sala que resuelve los asuntos, a petición de las partes interesadas, por medio de un procedimiento sumario. Dicha sala estará integrada por cinco magistrados, entre ellos el Presidente y el Vicepresidente *ex officio*, así como por otros tres titulares y dos suplentes, electos los cinco últimos por votación secreta de los integrantes de la Corte (artículos 25 a 29 del Estatuto, 15 a 18 del Reglamento).

146. También forman parte de la Corte los llamados *jueces ad hoc* que pueden designar los Estados Parte en una controversia cuando en el Pleno o las Salas respectivas no figure un juez de la nacionalidad del o de los Estados interesados, y si varios tienen intereses comunes deben designar de común acuerdo a un solo *juez ad hoc*, con todos los derechos, prerrogativas y obligaciones que corresponden a los restantes miembros de la Corte para el asunto o asuntos determinados de que se trate. Además, también pueden integrarse a la Corte, con voz pero sin voto, los llamados *asesores*, es decir, expertos designados por el tribunal de oficio o a petición de las partes, antes de que se cierre el procedimiento escrito de un asunto contencioso o de una opinión consultiva (artículos 31 del Estatuto y 7 a 9 del Reglamento).

147. De acuerdo con el artículo 93 de la Carta de las Naciones Unidas, todos los miembros de la organización son *ipso facto* partes en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. En los términos de los artículos 34 y 35 del citado Estatuto, sólo los Estados podrán ser partes en casos ante la propia Corte, la que estará abierta a los Estados Parte en el propio Estatuto, de acuerdo con las condiciones fijadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas con sujeción a disposiciones especiales de los tratados vigentes. Tales condiciones no podrán de manera alguna colocar a las partes en situación de desigualdad ante la Corte, aunque si un Estado no es miembro de las Naciones Unidas, pero es parte en un negocio ante la Corte, ésta fijará la cantidad con que dicha parte debe contribuir a los gastos del tribunal, a no ser que ya hubiese hecho aportaciones a dichas erogaciones con anterioridad.

148. El artículo 36 del Estatuto determina que la competencia de la Corte se extiende a todos los litigios que las partes le sometan y a todos

los asuntos especialmente previstos en la Carta de las Naciones Unidas o en los tratados y convenciones vigentes. Los Estados Parte en dicho Estatuto podrán declarar en cualquier momento que reconocen como obligatoria *ipso facto* y sin convenio especial, respecto a cualquier otro Estado que acepte la misma obligación, la jurisdicción de la Corte en todas las controversias de orden jurídico que versen sobre: a) la interpretación de un tratado; b) cualquier cuestión de derecho internacional; c) la existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría violación de una obligación internacional, y d) la naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional. Dicha declaración podrá hacerse incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por parte de varios o determinados Estados o por determinado tiempo.⁴¹

149. Una disposición importante es la contenida en el artículo 33, de acuerdo con el cual la Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a) las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas, y d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 58 del mismo, que establece que el fallo de la Corte sólo es obligatorio para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido. Dicho precepto no restringe la facultad de la Corte para resolver un litigio *ex equo et bono* si las partes así lo conviniere.

150. El procedimiento contencioso ante la Corte tiene dos etapas, una escrita, que comprende la presentación ante la misma de las memorias, contramemorias y, si fuere necesario, de réplicas, así como de toda pieza o documento en apoyo de las mismas; en tanto que el procedimiento

⁴¹ El texto de las declaraciones que reconocen la competencia jurisdiccional de la Corte Internacional de Justicia pueden consultarse en las versiones en francés y en inglés en la obra de Shabtai Rosenne, *Documents on the International Court of Justice*, citada en las dos notas anteriores, pp. 602-786. La traducción castellana del Reglamento puede consultarse en las pp. 343-377.

oral consistirá en la audiencia que la Corte otorgue a testigos, peritos, agentes, consejeros y abogados. El fallo es definitivo e inapelable, pero en caso de desacuerdo sobre el sentido o el alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes. Por otro lado, únicamente podrá pedirse la revisión de la sentencia cuando la solicitud se funde en el descubrimiento de un hecho de tal naturaleza que pueda ser un factor decisivo y que al pronunciarse el fallo fuera desconocido de la Corte y de la parte que pida la revisión, siempre que el desconocimiento no se deba a negligencia (artículos 56 a 61 del Estatuto, 44 a 72 y 94 a 100 del Reglamento).

151. La Corte está facultada para dictar de oficio o a petición de parte medidas precautorias, calificadas como medidas provisionales de resguardo (*mesures conservatoires* o *provisional measures*). La solicitud de tales medidas tendrá prioridad respecto de los demás asuntos. Si la Corte no estuviese reunida cuando se presente la solicitud de medidas precautorias, será convocada sin tardanza para que, con carácter de urgencia, tome una decisión al respecto. Mientras la Corte se reúne, el Presidente podrá invitar a las partes a actuar de manera tal que cualquier providencia de la Corte sobre la petición de medidas provisionales pueda surtir los efectos deseados. Por otra parte, el tribunal podrá establecer medidas total o parcialmente distintas de las solicitadas, o medidas que deban ser tomadas o cumplidas por la misma parte que hubiese formulado la petición. El rechazo de una solicitud de medidas provisionales no será obstáculo para que la parte que las haya solicitado pueda presentar una nueva petición en el mismo asunto, basada en hechos nuevos. Además, la Corte podrá revocar o modificar en todo tiempo sus decisiones sobre medidas cautelares antes del fallo definitivo si hubiese un cambio de situación jurídica que lo justifique (artículos 73 a 78 del Reglamento).

152. Aparte de su competencia contenciosa, la Corte Internacional de Justicia posee la facultad de dictar *opiniones consultivas* respecto de cualquier cuestión jurídica a solicitud de la Asamblea General o del Consejo de Seguridad, así como de otros órganos de las Naciones Unidas y de los organismos especializados que en cualquier momento sean autorizados para ello por la Asamblea General. Las cuestiones sobre las cuales se solicite opinión consultiva serán expuestas a la Corte por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas. Cuando el organismo peticionario estime que la respuesta es urgente o la Corte considere que se re-

quiere de una pronta respuesta, el tribunal tomará todas las medidas que sean necesarias para acelerar el procedimiento, y deberá ser convocada lo antes posible a fin de celebrar audiencia y deliberar sobre la solicitud. En todo caso se establecerá un procedimiento escrito y uno de carácter oral en el cual puedan presentarse las exposiciones y observaciones pertinentes. Tanto en el supuesto de los fallos en el procedimiento jurisdiccional como en la resolución de las opiniones consultivas, los jueces que no estén de acuerdo con la mayoría podrán emitir opiniones disidentes (artículos 102 a 109 del Reglamento).⁴²

153. Tanto el Estatuto como el Reglamento de la Corte Internacional de Justicia han tenido una gran influencia, al menos en sus primeros tiempos, en la regulación de los tribunales regionales sobre Derechos Humanos, es decir, las Cortes Europea y Americana de Derechos Humanos, aun cuando de manera paulatina, como lo señalaremos más adelante, éstas se han apartado de algunos aspectos del modelo, en virtud de la práctica de dichos organismos jurisdiccionales, así como de la diversidad de las materias que tienen encomendadas.

154. B) La Corte Europea de Derechos Humanos fue creada en la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, promovida por el Consejo de Europa, y suscrita en Roma el 4 de noviembre de 1950, en vigor desde el 3 de septiembre de 1953. De esta Convención existen 11 protocolos adicionales, el último de los cuales entró en vigor el 1 de noviembre de 1998. Del Protocolo número 11 se hablará más adelante. El artículo 19 de la citada Convención de Roma estableció dos organismos para realizar la tutela supranacional de los Derechos Humanos consagrados en ella. Éstos son la Comisión y la Corte Europea de los Derechos Humanos, estrechamente vinculadas entre sí, pero a la primera nos referiremos más adelante cuando abordemos los organismos no jurisdiccionales.

⁴² Las estadísticas sobre los asuntos contenciosos y las opiniones consultivas resueltos por la Corte Internacional de Justicia hasta 1990 (52 decisiones en cuanto al fondo y 21 opiniones consultivas) pueden consultarse en el mencionado libro de Shabtai Rosenne, *Documents on the International Court of Justice*, citado en las notas anteriores, pp. 901-902. En cuanto a los litigios actualmente pendientes ante la Corte y planteados entre octubre de 1990 y julio de 1993 pueden consultarse en la obra editada por Barry E. Carter y Phillip R. Trimble, *International Law. Selected Documents and News Developments*, Boston, Little Brown and Company, 1994, pp. 817-821.

155. La Corte Europea de Derechos Humanos inició sus actividades el 25 de enero de 1959 y reside, como también la Comisión Europea, en la ciudad de Estrasburgo. Se integra de un juez nacional de cada uno de los Estados firmantes de la citada Convención que se hubiese sometido a la competencia del mencionado tribunal. Son electos por la Asamblea Consultiva (ahora Parlamento Europeo) por un periodo de nueve años y son reelegibles. No puede haber más de un juez de la misma nacionalidad (artículos 38 a 40 de la Convención de Roma).⁴³

156. La Corte Europea de Derechos Humanos posee facultades predominantemente contenciosas, ya que las de carácter consultivo le fueron otorgadas posteriormente en el Protocolo Adicional número 2, de acuerdo con el cual únicamente el Comité de Ministros del Consejo de Europa puede formular consultas sobre cuestiones jurídicas relativas a la interpretación de la Convención y sus protocolos, pero las preguntas no pueden referirse a las cuestiones sobre el contenido o la extensión de los derechos y libertades consagradas en el título I de la propia Convención. Estas atribuciones contrastan con las muy amplias conferidas a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁴⁴

157. Como es sabido, únicamente los Estados Parte en la Convención que se hubiesen sometido a la competencia contenciosa de la Corte Europea pueden acudir directamente ante ella, ya que los particulares deben recurrir previamente a la Comisión Europea de Derechos Humanos y esta última es la que estaba facultada para plantear reclamaciones individuales ante la Corte, en la inteligencia de que sólo pueden ser demandados los Estados que también se hubiesen sometido expresamente a la jurisdicción obligatoria del tribunal (artículo 48 de la Convención de Roma).

⁴³ La bibliografía sobre la materia es muy abundante, pero nos apoyamos esencialmente en los siguientes estudios: P. van Dijk y G. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention of Human Rights*, Deventer, Kluwer, 1976; Francis G. Jacobs, *The European Convention of Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1975; Karel Vasak, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1964; A. H. Robertson, *Human Rights In Europe*, 2a. ed., Manchester, Manchester University Press, 1977; Frede Castberg, *The European Convention on Human Rights*, New York, Oceana, 1974; Eduardo García de Enterría y otros, *El sistema europeo de protección de los Derechos Humanos*, Madrid, Civitas, 1979; Marc-André Eissen, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, trad. de Javier García de Enterría L. Velázquez, Madrid, Civitas, 1985; Gérard Cohen-Jonathan, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Aix-en-Provence-París, Presses Universitaires d'Aix-Marseille-Economica, 1989; Juan Carlos Hitters, *Derecho internacional de los Derechos Humanos*, tomo I, *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, cit. nota 4.

⁴⁴ Cfr. Héctor Gros Espiell, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1991, pp. 170-175.

158. Este sistema se ha modificado al entrar en vigor en mayo de 1994 el Protocolo número 9, que establece también el acceso directo ante la Corte de los particulares, pero con un sistema muy riguroso de admisión, todo ello como un paso previo a la reestructuración de la Corte Europea de acuerdo con el Protocolo número 11, suscrito el 11 de mayo de 1994 y pendiente de ratificación (ver *infra* párrafos 165 y 166).

159. La Corte Europea funciona generalmente en salas de siete jueces, y sólo se acude al Pleno (con un quórum de 12 jueces) si el caso pendiente ante la Sala suscita una o varias cuestiones graves que afecten la interpretación de la Convención. Dicha remisión es obligatoria si la solución de estas cuestiones puede conducir a una contradicción con una sentencia pronunciada anteriormente por una sala o por el tribunal en pleno. Una vez sometido el caso ante este último, podrá continuar el conocimiento sobre el conjunto del litigio o bien después de resolver sobre las cuestiones respectivas, podrá ordenar el reenvío a la sala, la que conservará para el resto del procedimiento su competencia inicial (artículos 48 de la Convención y 32 a 34 del Reglamento de la Corte en vigor, del 24 de noviembre de 1982, que sustituyó el original de 1959).

160. El procedimiento contencioso es similar al que se sigue ante la Corte Internacional de Justicia, que hemos señalado con anterioridad (ver *supra* párrafo 150), ya que también comprende una fase escrita y una de carácter oral, que se concentra en la audiencia pública para el examen de peritos y testigos. El tribunal también posee la facultad de dictar medidas cautelares, que se califican de provisionales, ya que hasta que tenga lugar la constitución de una sala, el Presidente del Tribunal podrá señalar a las partes, a instancia de una de ellas, de la Comisión, del demandante o de cualquier otra persona interesada, o bien de oficio, las medidas precautorias que deban adoptar. La misma atribución se confiere a la sala una vez constituida y, si no se reúne, a su Presidente. Estas medidas serán inmediatamente comunicadas al Comité de Ministros (artículos 36 a 50 del Reglamento de la Corte).

161. Un aspecto importante que deriva de la diferencia que existe entre la materia de las controversias que conocen la Corte Internacional de Justicia y la Corte Europea, se refiere a la participación de los demandantes en los casos individuales ante la Comisión Europea de Derechos Humanos. En efecto, mientras que sólo los Estados pueden ser partes ante el primer organismo jurisdiccional; están facultados para presentar reclamaciones

ante la Comisión, por conducto del Secretario General del Consejo de Europa, cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación realizada por uno de los Estados Parte en la Convención de Roma (que además hubiese declarado su reconocimiento a la competencia de dicha Comisión), de los derechos establecidos en dicho instrumento internacional (artículo 25, apartado 1, de la citada Convención). En tal virtud, en un principio, de acuerdo con el Reglamento anterior, se aceptaba la intervención procesal de los particulares demandantes por medio de sus delegados, si la Comisión Europea acreditaba a sus abogados como asesores de la misma. Pero ya expresamente los artículos 30 y 31 del Reglamento de 1982, que entró en vigor el 1 de enero de 1983, dispusieron que el demandante será representado por un abogado habilitado para ejercer en cualquiera de los Estados Parte y que resida en el territorio de uno de ellos o por otra persona que sea aceptada por el Presidente. Este último puede autorizar al citado demandante a asumir él mismo la defensa de sus intereses, en su caso con la asistencia de dicho abogado o de otra persona admitida por el mismo Presidente.⁴⁵

162. En forma similar a lo que ocurre con los fallos de la Corte Internacional de Justicia (ver *supra* párrafo 150), la sentencia de la Corte Europea será definitiva, y los jueces que no estén conformes con la mayoría pueden formular votos de disidencia. El Reglamento, de acuerdo con el modelo de la Corte Internacional de Justicia, consagra la que califica como “demanda de interpretación” de la propia sentencia, que pueden promover las partes o la Comisión Europea en el plazo de tres años siguientes a su pronunciamiento, así como también la “demanda (en realidad, recurso) de revisión”, que puede ser planteada por una de las partes o por la Comisión ante la citada Corte en “el caso de descubrirse un hecho que por su naturaleza ejerza una influencia decisiva en un caso y que fuese desconocido en la época de pronunciarse la sentencia, tanto por el tribunal como por el demandante de la revisión” (artículos 50 y 51 de la Convención de Roma y 53 a 57 del Reglamento de la Corte Europea).

163. La actividad de la Corte Europea ha sido muy amplia y creciente en materia contenciosa, ya que ha pronunciado 469 fallos entre noviembre de 1960 y el 23 de julio de 1994, que han enriquecido considerablemente la interpretación y la aplicación de la Convención y sus protocolos.

⁴⁵ Cfr. Marc-André Eissen, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, cit. *supra* nota 43, pp. 30-46.

164. En cuanto entre en vigor, el mencionado Protocolo número 11 (ver *supra* párrafo 158) modificará radicalmente la situación de la Corte Europea de Derechos Humanos, ya que la establece como único órgano de protección. Conserva su residencia en la ciudad de Estrasburgo y estará integrada como la que todavía funciona, es decir, por un juez nacional de cada Estado que hubiese reconocido expresamente su jurisdicción (posiblemente llegarán a 32 en fecha próxima, con tendencia a aumentar). Los jueces serán designados por el Parlamento Europeo a proposición por ternas de los Estados respectivos; permanecerán en sus cargos por seis años (en lugar de los nueve actuales), y podrán ser reelectos, pero deberán retirarse forzosamente a los 70 años.

165. La citada Corte, que se renovará por mitad a los tres años de la primera elección, funcionará en Comités de tres jueces, que podrán resolver de manera firme sobre la admisibilidad de las instancias individuales; en salas de siete jueces para decidir sobre la misma admisibilidad y sobre el fondo, y en una Gran Sala de 15 jueces que se pronunciará sobre los asuntos de mayor trascendencia. El régimen de admisión de las demandas que contengan reclamaciones individuales será riguroso, para evitar un gran número de instancias frívolas o improcedentes. El procedimiento será similar al todavía vigente, con algunos cambios menores, pero el peso de la tramitación deberá recaer en jueces instructores o ponentes auxiliados por los secretarios, cuyo número aumentará. La única función que conservará el Comité de Ministros es la de vigilar el cumplimiento de los fallos de la Corte.

166. Como ya se ha dicho (ver *supra* párrafo 158), el Protocolo número 9 que entró en vigor en mayo de 1994 introdujo el acceso directo ante la Corte Europea de las reclamaciones individuales, sistema que se refuerza con el Protocolo número 11 que comentamos, en virtud de que la Comisión Europea de Derechos Humanos será suprimida y, por ello, todo el procedimiento de instrucción será realizado por la Corte permanente.⁴⁶

⁴⁶ Cfr. Andrew Dremczewski y Jens Meyer Ladewig, "Principal Characteristics of the New ECHR Control Mechanism, as Established by Protocol No. 11, Signed on 11 May 1994. A Single European Court of Human Rights to Replace the Existing Commission and the Court in Strasbourg", en *Human Rights Law Journal*, Kehl am Rhein, núm. 3, 24 de julio de 1994, pp. 81-91. El texto inglés del citado Protocolo número 11 puede consultarse en la misma revista, pp. 86-101.

167. C) La Corte Interamericana de Derechos Humanos constituye la culminación del sistema americano de protección de los Derechos Humanos, y como ocurrió con la Comisión Interamericana (ver *infra* párrafos 221 y siguientes), se inspiró en el modelo europeo, pero también se introdujeron, respecto a éste, varias modalidades, en virtud de la diversa situación económica, política, social y cultural de ambos continentes. La citada Corte Interamericana fue creada en el capítulo VIII (artículos 52 a 59) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en la ciudad de San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, la que entró en vigor el 18 de julio de 1978, al ser ratificada por 11 Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA), en los términos del artículo 74, apartado 2, de la propia Convención. El Estatuto de la Corte fue adoptado por la Asamblea General de la OEA en su noveno periodo de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, en octubre de 1979, y en vigencia a partir del primero de enero de 1980. El mencionado tribunal se instaló en la ciudad de San José, Costa Rica, el 3 de septiembre de 1979, y aprobó su primer reglamento en su tercer periodo de sesiones, celebrado del 30 de julio al 9 de agosto de 1980. El segundo reglamento fue aprobado en la vigésima tercera sesión regular de la Corte, que tuvo lugar del 9 al 18 de enero de 1991 y entró en vigor el 1 de agosto del mismo año.⁴⁷

168. La Corte Interamericana se compone de siete jueces, nacionales de los Estados miembros de la OEA, elegidos a título personal entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de Derechos Humanos y que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más altas funciones judiciales, conforme a la Ley del Estado del que sean nacionales o del que los postule como candidatos. No puede haber más de un miembro de la misma nacionalidad (artículos 52 de la Convención y 4 del Estatuto).

169. Los jueces son designados en votación secreta por mayoría absoluta de votos de los Estados Parte en la Convención en la Asamblea General de la OEA, de una lista propuesta por estos mismos Estados, los que pueden presentar hasta tres candidatos que sean nacionales del Estado que los propone o de cualquier otro miembro de la Organización. El

⁴⁷ Cfr. Rafael Nieto Navia, *Introducción al sistema interamericano de Derechos Humanos*. Bogotá, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Temis, 1993, pp. 74-78.

cargo dura seis años y los jueces sólo pueden ser reelegidos una vez (artículos 53 y 54 de la Convención y 5 a 9 del Estatuto).

170. De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 1 a 3 de su Estatuto, la Corte Interamericana posee dos atribuciones esenciales, la primera de naturaleza *consultiva*, sobre la interpretación de las disposiciones de la Convención Americana, así como de otros tratados concernientes a la protección de los Derechos Humanos en los Estados Americanos. La segunda, de carácter *jurisdiccional* o *contencioso*, para resolver las controversias que se le sometan respecto a la interpretación o aplicación de la propia Convención Americana.

171. La *competencia consultiva* de la Corte Interamericana posee una gran amplitud, ya que al respecto la Convención tomó en cuenta la situación especial del Continente Americano, en particular la de Latinoamérica, en la cual, por una experiencia histórica dolorosa, existe una desconfianza tradicional hacia el sometimiento de controversias a los organismos internacionales. En efecto, existe una gran flexibilidad tanto por lo que se refiere a la legitimación para solicitar las consultas, ya que puede hacerlo cualquier Estado miembro de la OEA, la Comisión Interamericana (que lo ha hecho en varias ocasiones), así como otros órganos de la propia OEA en lo que les compete. Por otra parte, las facultades consultivas de la Corte Interamericana se extienden no sólo a la interpretación de la Convención Americana, sino también a "otros tratados" en los cuales se tutelen Derechos Humanos y tengan aplicación en el Continente Americano, lo que excede notoriamente la competencia consultiva de otros órganos internacionales, como la de las Cortes Internacional de Justicia y Europea de Derechos Humanos y aun la del Tribunal de la Unión Europea, que son mucho más restringidas.⁴⁸

172. El concepto de "otros tratados" ha sido objeto de una interpretación extensiva por parte de la Corte Interamericana en la opinión consultiva número uno, solicitada por el Gobierno de Perú y resuelta el 24

⁴⁸ Cfr. Thomas Buergenthal, "The Advisory Practice of the Interamerican Human Rights Court", en la obra *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios y documentos*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1985, pp. 23-51; Rafael Nieto Navia, *Introducción al sistema interamericano de Derechos Humanos*, cit. nota anterior, pp. 89-99; Manuel Ventura Robles y Daniel Zovatto, *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Naturaleza y principios*, Madrid, Civitas-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1989.

de septiembre de 1982, en el sentido de que la citada competencia consultiva de la Corte puede ejercerse, en general, sobre toda disposición concerniente a la protección de los Derechos Humanos en cualquier tratado internacional aplicable en los Estados Americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral y sobre toda disposición relativa a la protección de los Derechos Humanos en los Estados Parte del sistema interamericano, o bien Estados ajenos al mismo.⁴⁹

173. Por otra parte, además de la interpretación de los tratados de Derechos Humanos mencionados (artículo 64, apartado 1, de la Convención Americana), los Estados miembros de la OEA pueden solicitar opinión de la Corte acerca de la compatibilidad entre cualesquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales (artículo 64, apartado 2, de la Convención).⁵⁰

174. A partir de las dos primeras opiniones consultivas, resueltas el 24 de septiembre de 1982, hasta la última, que se decidió el 9 de diciembre de 1994, la Corte Interamericana ha pronunciado 14 opiniones consultivas de gran trascendencia para la interpretación de varias disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.⁵¹

175. La *función jurisdiccional o contenciosa* de la Corte Interamericana es más limitada en cuanto que, de acuerdo con el modelo europeo,⁵² tiene carácter potestativo para los Estados Parte, es decir, sólo puede realizarse cuando los propios Estados reconozcan de manera expresa como obligatoria la competencia de la Corte, ya sea en forma incondicional, bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos espe-

⁴⁹ Cfr. Máximo Cisneros Sánchez, "Algunos aspectos de la jurisdicción consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios y documentos*, cit. nota anterior, pp. 59-69.

⁵⁰ Cfr. Máximo Cisneros Sánchez, *op. ult. cit.*, pp. 65-66; Thomas Buergenthal, Robert Norris y Dinah Shelton, *La protección de los Derechos Humanos en las Américas*, trad. de Rodolfo Piza Escalante y Robert E. Norris, Madrid, Comisión Interamericana de Derechos Humanos-Civitas, 1990, pp. 560-574.

⁵¹ Cfr. Manuel Ventura Robles y Daniel Zovatto, *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, cit. *supra* nota 48; Rafael Nieto Navia, "La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en la obra *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, cit. *supra* nota 47, pp. 109-171.

⁵² Cfr. Marc-André Eissen, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, cit. *supra* nota 44, pp. 25-40.

cíficos. Además, las controversias planteadas ante la Corte sólo pueden referirse a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención Americana (artículo 62 de la misma Convención).

176. Hasta la fecha, 17 Estados Parte han reconocido expresamente y de manera general la competencia de la Corte Interamericana, sometién-dose a su jurisdicción, los que se mencionan alfabéticamente: Argentina (1984), Bolivia (1993), Colombia (1985), Chile (1990), Costa Rica (1980), Ecuador (1984), El Salvador (1995), Guatemala (1987), Honduras (1981), Nicaragua (1991), Panamá (1990), Paraguay (1993), Perú (1981), Suri-nam (1987), Trinidad y Tobago (1991), Uruguay (1985) y Venezuela (1981).⁵³

177. El procedimiento contencioso se inspira esencialmente en el establecido para los asuntos jurisdiccionales sometidos a la Corte Inter-nacional de Justicia y a la Corte Europea de Derechos Humanos, con cu-yos lineamientos procesales existe paralelismo y los que, con algunos matices, fueron recogidos por la Convención Americana y por los Regla-mentos de la Corte Interamericana.⁵⁴ Sin embargo, en virtud de la expe-riencia se han configurado aspectos peculiares que han sido recogidos por el segundo Reglamento antes mencionado.

178. Por lo que respecta a la legitimación procesal en la función es-strictamente jurisdiccional, que es la de carácter contencioso, sólo pueden acudir a la Corte Interamericana para plantear una controversia relativa a la interpretación y aplicación de la Convención, en primer término la Comisión Interamericana, tratándose de reclamaciones individuales tramitadas ante ella, o bien un Estado Parte de la Convención. Desde el punto de vista de la legitimación pasiva, puede ser parte demandada el Estado Parte de la Convención al que se le atribuya la violación de los derechos consagrados en la misma, siempre que hubiese reconocido expresamen-te la competencia de la Corte (artículo 62 de la Convención). La Comi-sión Interamericana también puede ser demandada cuando un Estado

⁵³ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "Lineamientos procesales de los procedimientos ante la Corte Inter-americana de Derechos Humanos", en la obra *La Corte y el Sistema Interamericanos de Derechos Huma-nos*, cit. *supra* nota 13, pp. 156-157.

⁵⁴ Cfr. Héctor Gros Espiell, "El procedimiento contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en la obra *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, cit. *supra* nota 48, pp. 73-74.

objeto o se encuentre en desacuerdo con una decisión de la misma (artículo 25, apartado 1, del Reglamento de la Corte).⁵⁵

179. En cuanto la interposición de la instancia por la Comisión Interamericana y, en su caso, por un Estado demandante ante la Corte Interamericana, para iniciar el procedimiento contencioso, se ha producido una modificación importante respecto de lo dispuesto por el primer Reglamento de la Corte de 1980. De acuerdo con el citado Reglamento de 1980, el procedimiento comprendía una etapa escrita y otra oral. A su vez, el artículo 30 del mismo ordenamiento disponía que la parte escrita consistía en la presentación de una memoria y de una contramemoria, pero en circunstancias especiales la Corte podía autorizar la presentación de escritos adicionales, por medio de una réplica y una dúplica. Este complicado procedimiento se inspiraba en forma directa en lo dispuesto por el artículo 43 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, y en la práctica se traducía en una tramitación dilatada, como ocurrió en los casos contenciosos introducidos ante la Corte Interamericana durante la vigencia del citado Reglamento (ver *supra* párrafo 150).

180. Por este motivo, el Reglamento de la propia Corte, que entró en vigor en agosto de 1991, procuró simplificar la tramitación de esta etapa inicial, y si bien conservó las dos fases, escrita y oral, redujo la primera a las formalidades esenciales de la demanda en sentido estricto y a su contestación. En efecto, el artículo 30 del mencionado Reglamento de 1980 disponía en su inciso 3 que la memoria contendría una exposición de los hechos en que se fundara la demanda, una exposición de derecho y las conclusiones. De esta manera, la citada memoria no podía considerarse como demanda en sentido estricto, con todos sus elementos, los cuales debían presentarse con posterioridad, especialmente los relativos al ofrecimiento de los elementos de convicción.

181. Por el contrario, en el artículo 33 del Reglamento de 1991, la instancia inicial se califica de *demanda*,⁵⁶ con todos los elementos necesarios para determinar el contenido del proceso, ya que dicho precepto exige

⁵⁵ Cfr. Héctor Gros Espiell, *op. ult. cit.*, pp. 70-71; Héctor Fix-Zamudio, "Lineamientos procesales de los procedimientos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", cit. *supra* nota 13, pp. 155-156.

⁵⁶ Cfr. Juan Carlos Hitters, *Derecho internacional de los Derechos Humanos*, cit. *supra* nota 4, tomo II, pp. 486-487; Osvaldo Alfredo Gozañi, *El proceso transnacional*, cit. *supra* nota 14, pp. 64-66.

el señalamiento, además de los aspectos formales relativos a la designación de los representantes de la parte demandante (Comisión Interamericana o Estado Parte), y si el asunto se tramitó ante la primera, las partes en el caso y la fecha del informe que debe elaborar la Comisión de acuerdo con el artículo 50 de la Convención, también los requisitos sustanciales relativos al objeto de la demanda, una exposición de los hechos, las *pruebas ofrecidas*, los fundamentos de derecho y las conclusiones pertinentes. El nuevo Reglamento introdujo, además, un elemento importante en su artículo 27, que el anterior Reglamento no preveía, o sea el relativo al examen preliminar de la demanda por el Presidente de la Corte, con objeto de que si éste advierte que los requisitos fundamentales no se han cumplido, solicite al demandante que subsane los defectos dentro de un plazo de 20 días.⁵⁷

182. La primera fase, o sea la escrita, en el procedimiento contencioso ante la Corte Interamericana y que el actual Reglamento concentra en el menor número de instancias posibles, comprende la presentación de la demanda, la contestación de la misma y, sólo en los casos en que proceda, la solicitud de medidas precautorias, incluso tratándose de asuntos que se tramiten ante la Comisión Interamericana; el planteamiento de excepciones preliminares, sólo cuando las presente la parte demandada, así como los actos adicionales que el Presidente debe consultar con los agentes del Estado y los delegados de la Comisión (artículo 29 del Reglamento vigente).

183. La apertura del procedimiento oral se efectúa previa consulta con los representantes de las partes y los delegados de la Comisión, tramitación que se concentra en una o varias audiencias, en las cuales se ofrecen y desahogan las pruebas y se formulan los alegatos, con lo cual tiene aplicación el principio procesal de la *inmediación*, es decir, el contacto y conocimiento personal de los jueces con las partes, así como con los peritos y testigos (artículos 32 y 41 del Reglamento anterior y 33 a 42 del vigente).

184. Aun cuando se atribuyen a la Corte Interamericana facultades de instrucción similares a las de la Corte Europea, esta última las ejerce con menor frecuencia que la primera, en virtud de que el peso esencial de la

⁵⁷ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "Lineamientos procesales de los procedimientos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", cit. *supra* nota 13, p. 168.

instrucción ha recaído, hasta que entre en vigor el Protocolo número 11, en la Comisión Europea, ya que la Comisión Interamericana carece de los medios económicos y de suficiente asesoría técnica para efectuar esa instrucción, que por lo mismo ha recaído casi en su totalidad en la Corte Interamericana, que es la que ha recibido testimonios y peritajes, así como los demás medios de convicción ofrecidos por las partes.⁵⁸

185. En cuanto a la situación de los promoventes y denunciante que actúen en representación de las víctimas, ni la Convención Americana ni el Estatuto de la Corte Interamericana regulan de manera expresa su intervención, y la propia Corte todavía no ha reconocido a dichos representantes la categoría de partes autónomas en el procedimiento contencioso, pero en forma similar a lo que ocurrió en la práctica de la Corte Europea, los ha autorizado para comparecer en dicho procedimiento, cuando sean designados asesores de los delegados de la Comisión Interamericana (artículos 21 y 22, respectivamente, de los Reglamentos de la Corte Interamericana de 1980 y 1991). En efecto, a dichos representantes se les ha conferido la posibilidad de formular propuestas independientes de las presentadas por la Comisión Interamericana, en particular por lo que se refiere a las indemnizaciones acordadas por el tribunal a los familiares de las víctimas.

186. No se ha llegado todavía a la solución establecida en el Reglamento vigente de la Corte Europea de Derechos Humanos que señalamos con anterioridad (ver *supra* párrafo 161), que con motivo de un desarrollo paulatino autoriza a los representantes de los afectados para comparecer como una verdadera parte independiente de la Comisión respectiva y en esas condiciones pueden presentar medios de prueba y formular alegatos.

187. Por lo que respecta a la sentencia, una vez terminada la instrucción y la celebración de las audiencias de fondo, la Corte Interamericana delibera en privado para establecer una votación preliminar. De acuerdo con esta votación, designa a uno o más ponentes entre los jueces de la mayoría o minoría respectiva, fijándose entonces la fecha de la discusión definitiva, en la que se aprueba la redacción del fallo, que se comunica a las partes en audiencia pública. El fallo será firmado por todos los jueces que participaron en la votación, los que pueden formular votos de

⁵⁸ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *op. ult. cit.*, pp. 175-178.

disidencia o concurrentes, pero es válida la resolución suscrita por la mayoría de los jueces (artículos 66 de la Convención, 45 del Reglamento anterior y 46 del nuevo).

188. De julio de 1988, mes en el que se resolvieron los dos primeros asuntos, a enero de 1995, la Corte Interamericana ha resuelto siete casos en cuanto al fondo, de los cuales sólo uno ha sido absolutorio de la responsabilidad internacional del Estado demandado; en dos han reconocido los gobiernos respectivos expresamente su responsabilidad en cuanto a los hechos señalados en las demandas presentadas por la Comisión Interamericana, y los restantes han sido condenatorios. En los casos en los cuales se estableció la responsabilidad de los Estados, se impuso a los mismos la obligación de una indemnización como reparación a los familiares de las víctimas. Finalmente, dos asuntos contenciosos fueron sobreseídos, uno por problemas procesales y el otro por haber llegado las partes a un arreglo que la misma Corte consideró satisfactorio en relación con el respeto a los Derechos Humanos de los afectados.⁵⁹

189. El fallo es definitivo e inapelable de acuerdo con el artículo 67 de la Convención, lo que significa que adquiere *autoridad de cosa juzgada*; por este motivo no admite ningún medio ordinario ni extraordinario de impugnación. Sin embargo, de acuerdo con el modelo del procedimiento ante las Cortes Internacional de Justicia y Europea de Derechos Humanos (ver *supra* párrafos 150 y 162, respectivamente), el mismo precepto de la Convención Americana dispone que en el supuesto de desacuerdo sobre el sentido y alcance de la resolución, a solicitud de cualquiera de las partes, presentada dentro de los 90 días a partir de la fecha de su notificación, la Corte Interamericana interpretará su decisión, pero sin que esa solicitud suspenda los efectos de la sentencia (los artículos 48 y 50, respectivamente, de los Reglamentos anterior y actual de la Corte establecen el procedimiento de “demanda de interpretación de una sentencia”).

190. La Corte Interamericana de Derechos Humanos admitió y resolvió en sus fallos del 17 de agosto de 1990 dos demandas de interpretación de las sentencias dictadas el 21 de julio de 1989 en los casos Velásquez Rodríguez y Godínez Cruz, sentencias en las cuales se fijaron las indemnizaciones que debía cubrir el Gobierno de Honduras a los fa-

⁵⁹ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *op. ult. cit.*, pp. 180-181.

miliares de ambas personas desaparecidas. En estas resoluciones del 17 de agosto de 1990, la Corte fijó las condiciones en que debían cubrirse dichas indemnizaciones, a fin de que mantuvieran el poder adquisitivo que tenían en el momento de dictarse las decisiones compensatorias.

191. Por el contrario, ni la Convención ni los reglamentos se refieren de manera expresa al recurso de revisión de una sentencia de la Corte Interamericana por la existencia de hechos nuevos significativos que no se tuvieron en cuenta en el momento de pronunciarse el fallo, impugnación que procede contra las resoluciones de las Cortes Internacional de Justicia y Europea de Derechos Humanos (ver *supra* párrafos 150 y 162, respectivamente). Sin embargo, la doctrina considera que como dicha impugnación se apoya en los principios generales del derecho procesal, la misma debe ser admitida en condiciones similares a las que regulan los ordenamientos de los citados organismos jurisdiccionales internacionales.⁶⁰

192. D) Haremos ahora una breve referencia al Tribunal de la Unión Europea, que ha sido uno de los más estudiados por su actuación decisiva en la aplicación del derecho comunitario europeo.⁶¹ Su normativa es extremadamente complicada, ya que ha sido regulada en varios tratados comunitarios.⁶² Cabe aclarar que la actual Unión Europea está formada por

⁶⁰ Cfr. Héctor Gros Espiell, "El procedimiento contencioso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en su libro *Estudios sobre Derechos Humanos, II*, Madrid, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Civitas, 1988, pp. 181-183.

⁶¹ La bibliografía sobre esta materia es también muy extensa, por lo que nos limitaremos a citar los textos que consideramos más significativos, entre ellos: P. van Dijk, René Rodière y otros, *Diritto delle Comunità Europee e Diritto degli Stati Membri*, editada por G. Treves, Milano, Ferro Edizioni, 1969; Paolo Pescatore, *The Law of Integration*, Leyden, Sijthoff, 1974; Mauro Cappelletti y William Cohen, *Comparative Constitutional Law. Cases and Materials*, Indianapolis-New York, Bobbs Merrill, 1979, pp. 113-145; Louis Cartou, *L'union Européenne*, y Andrew Duff, John Pinder y Roy Pryce, *Maastricht and beyond*, ambos cit. *supra* nota 19; Rosario Silva de Lapuerta, *El procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, cit. *supra* nota 7.

⁶² Cfr. De acuerdo con el tratadista francés Louis Cartou, citado en la nota anterior, los textos aplicables son los siguientes: Tratado de París (1951), Comunidad Económica del Carbón y el Acero (CECA), artículos 31 a 45; Tratados de Roma (1957), Comunidad Económica Europea (CEE), artículos 164 a 168; y Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEA), artículos 136 a 160; Protocolos sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia a los tres Tratados mencionados, del 17 y 18 de abril de 1957, los que fueron reformados por decisión del 24 de octubre de 1988, que estableció el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas. El Reglamento sobre las normas del procedimiento fue aprobado por el Consejo de la Comunidad Europea el 26 de noviembre de 1974, y modificado en varias ocasiones por el Tribunal de las Comunidades. Existe un reglamento adicional aprobado por el Consejo de la Comunidad Europea el 4 de diciembre de 1974, que también fue reformado por dicho Tribunal en varias oportunidades. Las dispo-

15 Estados, que son, por orden alfabético: Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, Reino Unido y Suecia.

193. Las normas básicas que regulan la estructura y funciones del Tribunal de la Unión Europea están contenidas en los artículos 164 a 188 del Tratado de Roma de 1957, que creó la Comunidad Económica Europea, reformados por el Tratado de Maastricht de 1992. De acuerdo con el primero de los mencionados preceptos, el citado organismo jurisdiccional tiene por objeto asegurar la aplicación de las normas comunitarias. De acuerdo con la doctrina, no se trata de un tribunal internacional en sentido propio, ya que debe considerarse como un organismo jurisdiccional interno de la ahora Unión Europea, que tiene un rango superior a los tribunales internos, incluso a los de carácter constitucional,⁶³ y por ello nosotros hemos considerado acertada la calificación que le han dado otros tratadistas de órgano “transnacional”. Esta calificación reconoce varios aspectos peculiares que lo distinguen de los tribunales internacionales propiamente dichos, que hemos examinado en los párrafos anteriores. Es posible sostener que una diferencia esencial entre los organismos jurisdiccionales internacionales y los de naturaleza transnacional, consiste en que la competencia de estos últimos no requiere de una sumisión expresa de los Estados, sino que éstos están sometidos *ipso iure* a su jurisdicción y deben acatar sus resoluciones.

194. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea tiene su residencia en la ciudad de Luxemburgo. Se integra por 13 jueces y es asesorado por seis abogados generales. Tanto los jueces como los abogados deben ser designados entre personas cuya independencia sea indudable y que reúnan las calidades para desempeñar los cargos judiciales más elevados en sus respectivos países. Son nombrados por un plazo de seis años de común acuerdo por los Gobiernos de los Estados miembros. Deben renovarse parcialmente cada tres años y los que se retiran pueden ser objeto de una

siones de los mencionados Tratados fueron modificadas por el Tratado de Maastricht suscrito el 7 de febrero de 1992 y que entró en vigor el primero de noviembre de 1993. Utilizaremos esencialmente el texto del Tratado de Roma de 1957, que entró en vigor el primero de enero de 1958, sobre la Comunidad Económica Europea (CEE), tal como fue modificado por el Tratado de Maastricht, y cuyo texto actualizado y en idioma inglés puede consultarse en la obra editada por Barry E. Carter y Phillip Trimble, *International Law*, cit. *supra* nota 42, pp. 163-235.

⁶³ Cfr. Louis Cartou, *op. ult. cit.*, pp. 164-165.

nueva designación. El Tribunal nombra a su Presidente por un lapso de tres años, con posibilidad de reelección, así como a su Secretario (artículos 165 a 168).

195. Por decisión del Consejo de la Comunidad Europea del 25 de noviembre de 1988 se estableció un *Tribunal de primera instancia* para auxiliar al Tribunal Europeo, que fue incorporado al artículo 168a. del Tratado de Roma de 1957, constitutivo de la Comunidad Europea. La competencia y funcionamiento de dicho tribunal de primera instancia deben establecerse a solicitud del Tribunal Europeo y previa consulta con el Parlamento y la Comisión Europeas, por el Consejo de la Unión Europea, aun cuando las normas de procedimiento deben ser expedidas por dicho organismo de primer grado. Los jueces respectivos deben ser nombrados de común acuerdo por los Gobiernos de los Estados miembros entre personas de reconocida independencia y que posean la preparación para realizar funciones judiciales. Las decisiones de este tribunal pueden ser apeladas ante el Tribunal Europeo.

196. En términos muy generales, son dos las vías por medio de las cuales puede asegurarse el cumplimiento de las normas comunitarias en los ordenamientos internos de los Estados miembros. La primera es *concentrada*, es decir, consiste en la posibilidad de acudir directamente ante el Tribunal Europeo, y la segunda es *prejudicial*, que se produce cuando los jueces nacionales, que tienen la obligación de preferir las normas comunitarias sobre las internas, o bien desaplican estas últimas de acuerdo con los principios de la revisión judicial de carácter *difuso*, en los casos concretos de los cuales conocen, cuando contradicen a las primeras, o bien acuden al Tribunal Europeo para que establezca la *interpretación obligatoria* del derecho comunitario que deba prevalecer. Esta remisión o consulta judicial es potestativa para los jueces nacionales de los primeros grados, pero obligatoria para los tribunales cuyas decisiones no pueden ser impugnadas en el ámbito interno.⁶⁴

⁶⁴ Cfr. Mauro Cappelletti, "Justicia constitucional supranacional", cit. *supra* nota 8, pp. 217-235, quien analiza con profundidad este control difuso por parte de los jueces nacionales y la interpretación obligatoria, con efectos generales, del Tribunal de las Comunidades Europeas, y destaca sus analogías con los sistemas de justicia constitucional. Por su parte, Rosario Silva de Lapuerta, *El procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, cit. *supra* nota 7, pp. 219-263, califica el sistema difuso como *recurso prejudicial* y distingue entre "prejudicial de interpretación" y "prejudicial de validez".

197. Por lo que respecta al *control concentrado* del derecho comunitario por parte del Tribunal de la Unión Europea, los medios de impugnación son bastante complejos, pero en la forma más sencilla posible debemos destacar los llamados *recursos de incumplimiento, de anulación y de inacción*, cuyas reglas esenciales están consagradas por los artículos 170 a 177 del Tratado de Roma de 1957, reformado en Maastricht. Como no es nuestro propósito analizar los diversos aspectos procesales de la función del Tribunal Europeo, podemos afirmar de manera muy genérica que la legitimación para interponer dichos medios de impugnación corresponde en principio a los Estados miembros o a los órganos comunitarios, especialmente a la Comisión de la Unión Europea, la que en todo caso tiene una intervención importante (por lo que haremos referencia a la misma más adelante); con ciertas limitaciones también pueden acudir directamente los particulares y empresas afectados, ya que en la mayoría de los casos presentan sus instancias ante los tribunales nacionales por medio del control difuso.⁶⁵

198. Aun cuando la solución de los conflictos que se refieren a la aplicación de las normas comunitarias de carácter económico y en general de integración, es el objeto principal de la actividad del Tribunal de la Unión Europea, en virtud de la mención de ciertos Derechos Humanos establecidos en los tratados respectivos, dicho tribunal transnacional ha construido una importante jurisprudencia sobre derechos fundamentales, que ha tomado en consideración los principios comunes que derivan de estos derechos consagrados en las Constituciones de los Estados miembros. Así, en el caso *Nold* (1974), el citado organismo jurisdiccional estableció que:

En el aseguramiento de la protección de los derechos fundamentales, este Tribunal debe basarse sobre las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros. Por tanto, se considera inválido todo acto comunitario que sea incompatible con los derechos fundamentales reconocidos y garantizados por las Constituciones de tales Estados. También las convenciones internacionales para la protección de los Derechos Humanos en los que hubiesen participado los Estados miembros o a los que se hubieren adherido, pueden ofrecer indicaciones útiles que son tenidas en consideración en el marco del derecho comunitario.⁶⁶

⁶⁵ Cfr. sobre la complejidad de las impugnaciones en el ordenamiento comunitario, Christine D. Gray, *Judicial Remedies in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1987, pp. 120-148.

⁶⁶ Cfr. Mauro Cappelletti, "Justicia constitucional supranacional", cit. *supra* nota 54, pp. 231-235.

199. En sus primeros años se presentaron contradicciones entre las Cortes y los Tribunales Constitucionales, especialmente en Italia y en la República Federal de Alemania, respecto de algunas decisiones del Tribunal Europeo referidas a los derechos fundamentales establecidos por los ordenamientos internos de dichos países. Al respecto, el profesor Kargados señala en su informe la superioridad, en materia de derechos fundamentales, del derecho constitucional griego sobre el comunitario, a no ser de que se trate de ciertos derechos como el de equidad y libertad económicas. Sin embargo, estas diferencias se han acortado de manera paulatina, tanto por lo que respecta a los organismos judiciales internos como por el Tribunal Europeo, que han realizado un esfuerzo común para encontrar una interpretación de los Derechos Humanos que pueda armonizar los criterios tanto nacionales como de carácter comunitario.⁶⁷

200. E) Haremos una breve referencia al Tribunal del Acuerdo de Cartagena, llamado también Tribunal Andino, ya que la debilidad del derecho comunitario de los países andinos, si lo comparamos con el vigor del derecho comunitario europeo, se ha reflejado en la escasa actividad de este órgano jurisdiccional. Como ya lo expresamos con anterioridad, la inestabilidad política y económica de los países latinoamericanos ha impedido, hasta hace poco tiempo, la posibilidad de una integración económica, que sólo ha prosperado en el ámbito subregional, y un ejemplo se presenta en la comunidad andina, que se formalizó por el tratado multilateral suscrito en la ciudad de Cartagena, Colombia, el 26 de mayo de 1966, llamado por eso "Acuerdo de Cartagena", que fue ratificado inicialmente por Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú; después se adhirió Venezuela, pero se desincorporó Chile, de manera que en la actualidad está formado por cinco países.

201. La evolución, así sea limitada, de este proceso de integración, desarrollado por dos organismos de gobierno, la Comisión y la Junta,

⁶⁷ Cfr. Jöel Rideau, "El papel del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Técnicas de protección", y Louis Dubois, "Papel del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Objeto y ámbito de la protección", ambos estudios publicados en la obra *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, trad. Luis Aguiar de Luque y María Gracia Rubio de Casas, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 537-561 y 563-597, respectivamente; Giuseppe Federico Mancini, "Safeguarding Human Rights: The Role of the Court of Justice of the European Communities", en la obra editada por Federico Carpi y Chiara Giovannucci Orlandi, *Judicial Protection of Human Rights at the National and International Level*, Milano, Giuffrè, 1991, tomo I, pp. 497-517.

condujo a la necesidad, en cierto modo según el modelo europeo, de establecer un organismo judicial para lograr la aplicación efectiva de las normas comunitarias de carácter andino. Este organismo es el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, creado en mayo de 1979 por el Tratado suscrito por los cinco países integrantes del Pacto. El Estatuto de dicho Tribunal fue aprobado por el mismo en la ciudad de Quito, Ecuador, en la que reside, el 9 de mayo de 1984.

202. Según el Tratado de Quito, el Estatuto y el Reglamento del Tribunal Andino, el mismo tiene una estructura y funciones similares, aun cuando restringidas, a las del modelo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que hemos examinado en los párrafos anteriores. Se trata, también, de un organismo jurisdiccional transnacional, cuya misión esencial es “asegurar el respeto al derecho en la aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico del Acuerdo (de Cartagena)” y es considerado como “órgano principal” de la organización andina (artículos 6 del Tratado y 2 del Estatuto).

203. El citado Tribunal Andino estará integrado por cinco magistrados, que deberán ser nacionales de origen de los países miembros, gozar de alta consideración moral y reunir las condiciones requeridas en su país para el ejercicio de las más altas funciones judiciales o ser jurisconsultos de notoria competencia. Son designados por un periodo de seis años, se renovarían parcialmente cada tres y podrán ser reelegidos por una sola vez. Su designación corresponde a los plenipotenciarios acreditados para tal efecto ante el país sede, de ternas presentadas por cada Estado miembro. Cada magistrado cuenta con dos suplentes que deben reunir las mismas calidades de los titulares y que son designados por igual periodo y en la misma forma que los propios titulares (artículos 7 a 11 del Tratado).

204. De acuerdo con el paradigma del Tribunal Europeo, son tres los instrumentos procesales ante el organismo jurisdiccional andino, es decir, las *acciones de nulidad y de incumplimiento*, así como la *interpretación judicial*, que implican las dos vías *concentrada y difusa* que existen en el sistema comunitario europeo. La primera puede ser interpuesta por las autoridades del Acuerdo, los Estados miembros y por los particulares, cuando los actos impugnados los afecten de manera directa, cuando las decisiones de las propias autoridades infrinjan el derecho del Acuerdo, y la segunda únicamente por la Junta (que hace las veces de la Comisión

Europea) cuando considere que un Estado miembro no cumple con sus obligaciones comunitarias. Por lo que respecta a la interpretación prejudicial, es similar a la misma institución europea, pues procede cuando un juez nacional tiene duda sobre el alcance de una norma comunitaria, que debe aplicar preferentemente al derecho interno, y esta instancia es potestativa para los órganos jurisdiccionales de grados inferiores, pero obligatoria para aquellos cuyas decisiones no pueden ser impugnadas (artículos 17 a 31 del Tratado y 35 a 64 del Estatuto).⁶⁸

VII. ORGANISMOS NO JURISDICCIONALES

205. En el ámbito supranacional, la función de algunos organismos no jurisdiccionales de carácter internacional y transnacional está vinculada o es complementaria de la de los tribunales supranacionales, y por ello resulta conveniente, así sea en forma muy sumaria, hacer mención de los mismos. En nuestro concepto, deben examinarse la estructura y funciones de las Comisiones Europea e Interamericana de Derechos Humanos; la Comisión Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos; el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas; el *Ombudsman* europeo, y en cierta medida también la Comisión de la Unión Europea y la Junta Andina.

206. A) En primer lugar examinaremos muy brevemente la organización y funciones del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, establecido por el Protocolo Facultativo del Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos suscrito en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, y que entraron en vigor conjuntamente el 28 de marzo de 1976.⁶⁹ De acuerdo con el artículo 28 del citado Pacto, el Comité está integrado por 18 expertos electos a título individual por un

⁶⁸ A la inversa de lo que ocurre con el Tribunal Europeo, existe escasa bibliografía sobre el Tribunal del Acuerdo de Cartagena. Nos limitamos, por tanto, a citar los estudios del jurista colombiano Luis Carlos SÁCHICA, *Introducción al derecho comunitario andino*, cit. *supra* nota 7, y "Derecho comunitario andino y derecho constitucional", en la obra *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Madrid, Dykinson, 1992, pp. 886-897.

⁶⁹ Cfr. *United Nations Action in the Field of Human Rights*, New York-Geneva, 1994, pp. 25 y 45-47; A. H. Robertson, "Pactos y Protocolo Opcional de las Naciones Unidas, Convención Americana y Convención Europea sobre Derechos Humanos. Estudio comparativo", en la obra *La protección internacional de los derechos del hombre. Balance y perspectivas*, México, UNAM, 1983, pp. 145-208; Thomas Buergenthal, Claudio Grossman y Pedro Nikken, *Manual Internacional de Derechos Humanos*, cit. *supra* nota 12, pp. 31-32.

periodo de cuatro años con posible reelección, entre los nacionales de los Estados Parte en el Pacto, que deberán ser personas de gran integridad moral y con reconocida competencia en materia de Derechos Humanos. En dicha elección se tendrá en cuenta una distribución geográfica equitativa de los miembros y la representación de las diferentes formas de civilización y de los principales sistemas jurídicos. Los miembros del Comité se reúnen durante tres semanas al año, una en Nueva York y las restantes en Ginebra.

207. El citado Comité, que inició sus actividades en 1976, posee una doble competencia. Según el Pacto, tiene facultad para conocer de los informes que le son sometidos por los Estados Parte sobre las medidas que han tomado para dar efecto a las disposiciones del propio Pacto, respecto de los cuales pueden formular sugerencias y recomendaciones, y también para conocer de las reclamaciones de un Estado Parte contra otro, cuando el primero estime que el segundo no cumple con sus obligaciones establecidas en el mismo Pacto. De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 41 y 42 del Pacto, si la decisión del Comité no es satisfactoria para los Estados, se nombra una Comisión de Conciliación de cinco miembros aceptables para los Estados interesados, y si en el plazo de tres meses no se llega a un acuerdo sobre los miembros de esta última, el Comité los designa total o parcialmente. Dicha Comisión interviene para lograr una solución amistosa del asunto.

208. La segunda competencia, que a nuestro modo de ver es la más importante, está regulada por el Protocolo Facultativo, el que otorga al Comité de Derechos Humanos la facultad de recibir y conocer de reclamaciones individuales de personas que se encuentren bajo la jurisdicción de un Estado Parte del mismo Protocolo, cuando se alegue que los denunciantes son víctimas de la violación, por parte de dicho Estado, de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos antes mencionado. Se ha establecido un sistema de admisión que exige, por una parte, que la instancia no sea anónima ni constituya un abuso de derecho o sea incompatible con las disposiciones del Pacto, y por la otra, que el mismo asunto no hubiese sido sometido ya a otro procedimiento de examen o arreglo internacionales y que se hubiesen agotado todos los recursos de la jurisdicción interna. Este último requisito no se exige cuando la tramitación de los recursos se prolongue injustificadamente.

209. El procedimiento es sencillo pero contradictorio, ya que el Comité debe poner en conocimiento del Estado al que se imputa la violación la reclamación respectiva y dicho Estado debe presentar al propio Comité, en un plazo de seis meses, sus explicaciones o declaraciones, en las que se precise el asunto y las medidas que eventualmente haya adoptado al respecto. El Comité examinará las comunicaciones recibidas, tomando en cuenta toda la información escrita que le hayan formulado el denunciante y el Estado interesado, y con apoyo en dicha información formulará sus observaciones a ambas partes, las que deben incluirse en el informe anual que ha de presentar a la Asamblea de las Naciones Unidas, en los términos del artículo 45 del Pacto (artículos 2 a 6 del Protocolo Facultativo). Como puede observarse, las actividades del citado Comité, especialmente respecto de reclamaciones individuales, no tienen carácter jurisdiccional, ya que se reducen a formular recomendaciones, pero han sido de gran trascendencia, ya que se ha pronunciado sobre numerosas denuncias de particulares, respecto de las cuales ha realizado una labor muy importante de interpretación de los derechos establecidos en el Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos.

210. B) De manera también sintética examinaremos ahora las atribuciones de la Comisión Europea de Derechos Humanos, que si bien debe desaparecer en cuanto entre en vigor el Protocolo número 11 de la Convención de Roma de Derechos Humanos, sus actividades de instrucción de las reclamaciones individuales sobre violación de los propios derechos ha sido esencial para la labor de la Corte Europea de Derechos Humanos. Si bien dicha Comisión Europea y la Interamericana no son evidentemente organismos jurisdiccionales, ambas realizan una labor de investigación de los hechos muy similar a la función del Ministerio Público en el ámbito interno (si bien el proceso ante las Cortes respectivas no tiene carácter penal), pero que es esencial para que dichos tribunales internacionales de Derechos Humanos puedan realizar sus atribuciones procesales. En realidad, al desaparecer la Comisión Europea, sus actividades de investigación no se disipan, sino que se confieren a la Corte permanente por conducto de sus jueces de instrucción (ver *supra* párrafos 164 y 165).

211. La Comisión Europea de Derechos Humanos, que se integra, como el tribunal respectivo, por un miembro de cada uno de los países partes en la Convención de Roma de 1950 y reside también en la ciudad de Estrasburgo, conoce de las reclamaciones presentadas, ya sea por uno de los Estados Parte de dicha Convención, o bien por una persona física,

un grupo de particulares o una organización no gubernamental. Tratándose de reclamaciones individuales, además de un sometimiento expreso de los Estados Parte a la competencia de la Comisión, deben demostrar que actúan en calidad de víctimas directas y en algunos supuestos, como afectados indirectos, de violaciones a la citada Convención.

212. En el caso de instancias presentadas por Estados Parte contra otros, las que han sido escasas, el demandante debe demostrar, en los términos del artículo 24 de la Convención, la infracción de un derecho objetivo por parte de otros Estados, contenido en las normas que constituyen un verdadero orden público europeo, consagrado en la Convención, por lo que de acuerdo con un sector de la doctrina debe considerarse como una "garantía colectiva de las libertades".

213. Como resulta comprensible, las reclamaciones más frecuentes y numerosas son las de carácter individual, las que a partir del inicio de las actividades de la Comisión en julio de 1954 hasta enero de 1987 ascendieron a 12,300, pero debido al procedimiento riguroso de admisibilidad, en el mismo lapso fueron tramitadas únicamente 492. Uno de los aspectos más complicados con respecto a la admisibilidad de las citadas reclamaciones individuales era la regla establecida por el artículo 26 de la Convención, relativa al agotamiento de los recursos internos, de acuerdo con los principios del derecho internacional, lo que determinó la necesidad de una cuidadosa interpretación de esta disposición por parte de la misma Comisión, que ha sido revisada y perfeccionada por la Corte Europea de Derechos Humanos, que es la que tiene la facultad de decidir de manera definitiva sobre dicho agotamiento en los casos que le son sometidos para su conocimiento.⁷⁰

214. Una vez que la Comisión se hubiere pronunciado favorablemente en cuanto a la admisibilidad de la reclamación, realiza una amplia actividad instructora para lograr el establecimiento de los hechos señalados en la instancia y de acuerdo con el artículo 28 de la Convención, puede efectuar un examen contradictorio de la reclamación con los representantes de las partes, y si es preciso está facultada para efectuar una averiguación para la cual los Estados interesados deben proporcionar todas las

⁷⁰ La obra clásica sobre la regla de agotamiento de los recursos internos en el ámbito del derecho internacional es la de Antônio Cançado Trindade, *O esgotamento dos recursos internos no direito internacional*, Brasilia, Editora Universidad de Brasilia, 1984.

facilidades necesarias, después de un intercambio de opiniones con la referida Comisión.

215. Sin perjuicio de sus facultades de instrucción y de investigación, la Comisión Europea debe ponerse a disposición de las partes a fin de lograr una solución amistosa, siempre que la misma se inspire en el respeto de los Derechos Humanos reconocidos por la Convención (artículo 28, inciso b), de manera que cuando se llegue a un acuerdo entre las partes, la misma Comisión debe cerciorarse de que la misma no contradiga las disposiciones de la Convención.

216. Si no es posible llegar a esa solución amistosa y la Comisión considera que existe violación de los derechos consagrados en la Convención, redacta un informe que no tiene carácter obligatorio, pero que para un sector de la doctrina presenta las características de un acto judicial, ya que debe estar debidamente fundado y motivado, de manera que los razonamientos establecidos en dichos informes han constituido una importante y rica jurisprudencia que puede ser revisada únicamente por la Corte Europea de Derechos Humanos. Además, como ocurre con las sentencias judiciales, los miembros de la Comisión pueden formular votos particulares al criterio adoptado por la mayoría.

217. Con dicho informe termina la primera etapa del procedimiento de aplicación de la Convención de Roma, el que es transmitido a los Estados Parte interesados, al Comité de Ministros, al reclamante y al Secretario General del Consejo de Europa para fines de su publicación. Una vez elaborado ese informe, la Comisión cuenta con un plazo de tres meses para someter el asunto a la Corte Europea de Derechos Humanos, o en caso contrario, al Comité de Ministros del Consejo de Europa, en este último supuesto, para que dicho organismo se encargue del cumplimiento de las recomendaciones formuladas por la Comisión. Si el asunto es sometido a la Corte, el informe de la mencionada Comisión se publica de manera inmediata, pero si se turna al Comité de Ministros, dicho informe no se publica hasta que dicho Comité lo decida.⁷¹

⁷¹ Cfr. Gérard Cohen-Jonathan, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*; Eduardo García de Enterría y otros, *El sistema europeo de protección de los Derechos Humanos*, ambos cit. *supra* nota 43, pp. 31-154 y 109-121, respectivamente; Thomas Buergenthal, Claudio Grossman y Pedro Nikken, *Manual internacional de Derechos Humanos*, cit. *supra* 12, pp. 57-66; Juan Carlos Hitters, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, cit. *supra* nota 4, tomo I, pp. 297-311.

218. C) Al Comité de Ministros del Consejo de Europa, como organismo encargado de la aplicación de la Convención Europea y sus Protocolos, le corresponden varias funciones. La primera se refiere a su intervención como órgano de decisión en los supuestos en que la Comisión Europea de Derechos Humanos le remita sus recomendaciones, cuando el caso no hubiese sido sometido a la Corte. En este sentido, el Comité ha sostenido la mayoría de las veces que no existe violación a los derechos de la Convención, ya que sólo lo ha hecho en 33 casos respecto de 54 resoluciones entre 1959 y 1983, y únicamente en 14 ocasiones el citado Comité consideró que se había infringido la Convención, pero también ha tomado la actitud de abstenerse de tomar una decisión, lo que ocurrió en siete oportunidades durante dicho lapso.

219. La segunda atribución del Comité de Ministros se refiere a la supervisión de la debida ejecución de los fallos de la Corte Europea de Derechos Humanos. Para el ejercicio de esta actividad, el Comité estableció en febrero de 1976 un conjunto de "Reglas", según las cuales, cuando se trate de un fallo condenatorio de la Corte en la cual se establezca la existencia de una violación a la Convención y eventualmente se señale una satisfacción equitativa en beneficio de la víctima, el Comité puede invitar al Estado interesado a informar sobre las medidas que hubiese tomado para el cumplimiento de la sentencia y puede otorgar a dicho Estado plazos para realizar la ejecución respectiva.

220. Otro sector de la vigilancia sobre el cumplimiento de los fallos de la Corte Europea por el Comité de Ministros se refiere a los supuestos en los cuales se establezca la necesidad de modificar la legislación interna para evitar la repetición de las violaciones señaladas, o bien, cuando las mismas provengan de disposiciones legislativas. En este segundo supuesto se ha impuesto la práctica de que los Estados interesados informen al Comité de Ministros sobre las medidas generales que hubiesen adoptado para evitar, en el futuro, la reiteración de infracciones similares a las señaladas por la Corte en una sentencia determinada.⁷² Una vez que entre en vigor el Protocolo número 11 al que nos hemos referido en

⁷² Cfr. Gérard Cohen-Jonathan, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, cit. *supra* nota 43, pp. 221-232; Thomas Buergenthal, Claudio Grossman y Pedro Nikken, *Manual internacional de Derechos Humanos*, cit. *supra* nota 12, pp. 64-66; Juan Carlos Hitters, *Derecho internacional de los Derechos Humanos*, cit. *supra* nota 4, tomo I, pp. 310-312; Juan Antonio Carrillo Salcedo, "The European System of Protection of Human Rights", en la obra *Judicial Protection of Human Rights at the National and International Level*, cit. *supra* nota 57, tomo I, pp. 365-370.

varias ocasiones, la única atribución a este respecto que conservará el Comité de Ministros será precisamente la vigilancia del cumplimiento de las sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos.

221. D) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a diferencia de su homóloga europea (ver *supra* párrafos 210 y 211), no tuvo su origen en un tratado o convención de carácter multilateral, sino en una resolución adoptada en la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores (Santiago de Chile, 1959), es decir, 10 años antes de la aprobación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en la ciudad de San José, Costa Rica, en noviembre de 1969, pero que entró en vigor en julio de 1978, y en la cual se creó también la Corte Interamericana.

222. El primer Estatuto de la Comisión fue aprobado el 25 de mayo de 1960. Desde esa ocasión, la Comisión Interamericana se compone de siete miembros designados por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, a título personal y a proposición de los Estados miembros. Son elegidos por un periodo de cuatro años con una posible reelección. Dicha Comisión nació con la función esencial de promover los Derechos Humanos, en particular los consagrados en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de mayo de 1948, pero de manera paulatina amplió sus facultades para comprender también la protección de esos derechos, incluso respecto a reclamaciones de carácter individual. Esta función tutelar se extendió en la práctica, y con posterioridad fue reconocida en las modificaciones a su primer Estatuto de 1960, y especialmente en el actual de octubre de 1979, así como en el Reglamento que elaboró la propia Comisión en 1980, reformado en 1985.⁷³ La Comisión tiene su sede, desde el principio, en la ciudad de Washington, D. C.

223. Como lo sostuvo certeramente el conocido internacionalista mexicano César Sepúlveda, por varios años miembro y presidente de la

⁷³ Cfr. Karel Vasak, *La Commission Interamericaine des Droits de l'Homme*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1968, pp. 32-36; Héctor Gros Espiell, "Le Système Américain comme régime regional de protection internationale des droits de l'homme", en *Recueil des Cours*, Académie de Droit International, Leyden, A. W. Sijthoff, 1975, vol. 2, pp. 23-24; Fernando Volio, "La Comisión Interamericana de Derechos Humanos", en la obra *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Washington, D. C., Secretaría General de la OEA, 1980, pp. 80-81; Thomas Buergenthal, Robert Norris y Dinah Shelton, *La protección de los Derechos Humanos en las Américas*, cit. *supra* nota 50, pp. 44-49.

Comisión Interamericana, la propia Comisión ganó sus espuelas poco a poco y merecidamente, obteniendo el respeto de los Estados de la organización regional, a pesar de los obstáculos naturales y de los elementos adversos que militaron en su contra. La evolución de la Comisión obedeció así al fenómeno de lo que se califica como "desarrollo funcional" de los organismos internacionales.⁷⁴

224. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos fue incorporada en el capítulo VII, artículos 34 a 51, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969. De acuerdo con estos preceptos, los de su Estatuto aprobado en La Paz, Bolivia, en octubre de 1979, y el Reglamento expedido por la propia Comisión en abril de 1980 y reformado en varias ocasiones, la Comisión posee una amplia variedad de facultades que exceden con mucho las que corresponden a la Comisión Europea (ver *supra* párrafos 211 a 217).⁷⁵

225. En efecto, a la Comisión Interamericana, además de sus facultades para conocer y formular recomendaciones sobre peticiones de carácter individual, que es la actividad esencial de la Comisión Europea, se le han atribuido otras mucho más extensas, cuyo origen radica en su necesaria intervención, especialmente en las décadas de los años sesentas y setentas, en las que predominaron los gobiernos autoritarios de carácter militar en numerosos países de América Latina. De esta manera, dicha Comisión ha realizado investigaciones de carácter general en aquellos países en los cuales se denunciaron y en aquellos en los que todavía se señalan violaciones masivas de Derechos Humanos; ha intervenido con visitas *in loco* en aquellos Estados que dieron su aprobación, o ha establecido misiones especiales, etcétera. Todo ello ha sido muy significativo en los 35 años de la dinámica e intensa actividad de la Comisión.

226. Como resultaría muy difícil, por la índole de este trabajo, hacer referencia, así sea muy breve, a las diversas funciones y actividades de la Comisión, nos centraremos en la relativa a las reclamaciones de carácter individual, respecto de las cuales existe similitud con la Comisión Euro-

⁷⁴ "México. La Comisión Interamericana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos", en la obra *La protección internacional de los derechos del hombre. Balance y perspectivas*, cit. *supra* nota 69, pp. 199-230; *id.* "Los derechos del hombre en su proyección internacional", en la obra *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, cit. *supra* nota 15, pp. 827-845.

⁷⁵ Cfr. Héctor Gros Espiell, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos*, cit. *supra* nota 44, pp. 141-160.

pea. De acuerdo con el artículo 44 de la Convención Americana: "Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado Parte".

227. Por otra parte, el artículo 51 del Reglamento de la Comisión Interamericana dispone que: "La Comisión recibirá y examinará la petición que contenga una denuncia sobre presuntas violaciones de los Derechos Humanos consagrados en la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre en relación con los Estados miembros de la Organización que no sean partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos". A este respecto debe destacarse que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la opinión consultiva número 10, resuelta el 14 de julio de 1989, estableció que si bien dicha Declaración Americana no podía considerarse un tratado en sentido propio, lo anterior no conducía a la conclusión de que carezca de efectos jurídicos.

228. En tal virtud, la competencia de la Comisión Interamericana es bastante amplia, incluso en relación con las reclamaciones de carácter individual, debido a que puede conocer no sólo de las violaciones cometidas por los Estados Parte en la Convención a los derechos consagrados en la misma, sino también de infracciones a la Declaración Americana realizadas por los Estados miembros de la Organización que no hubiesen suscrito la propia Convención. Para la tramitación de las denuncias apoyadas en la citada Declaración, el actual Reglamento de la Comisión establece un procedimiento específico (artículos 51 a 54).

229. El procedimiento en la tramitación de reclamaciones individuales es más flexible que la que se sigue todavía ante la Comisión Europea, en cuanto el artículo 34 del Reglamento de la Comisión Interamericana, relativo a la tramitación inicial de las peticiones, se ha interpretado por la Corte Interamericana en el sentido de que no exige un pronunciamiento expreso sobre la admisibilidad de la petición, que sí se requiere en el organismo europeo, pues basta que la Comisión Interamericana acepte en principio dicha admisibilidad.⁷⁶

⁷⁶ Cfr. Héctor Gros Espiell, *op. ult. cit.*, pp. 152-155.

230. En forma similar al sistema europeo, para que una petición individual pueda ser admitida por la Comisión Interamericana, es preciso que sea presentada dentro del plazo de seis meses a partir del momento en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión final y que se hayan interpuesto y agotado los recursos de la jurisdicción interna, de acuerdo con los principios de derecho internacional generalmente reconocidos. Como ocurre también en el sistema europeo, la decisión final sobre el agotamiento de los citados recursos corresponde a la Corte Interamericana (ver *supra* párrafo 213) (artículos 46 y 47 de la Convención y 31 a 37 del Reglamento).

231. En teoría, la Comisión posee poderes de instrucción y de investigación bastante extensos (artículos 46 y 47 de la Convención y 31 a 37 del Reglamento mencionado), es decir, que si no declara inadmisibles de manera preliminar la petición individual, puede solicitar informes al Estado demandado, pedir documentos y practicar todas las diligencias que considere convenientes, incluso una investigación *in loco*, para lo cual solicitará que los Estados respectivos proporcionen todas las facilidades necesarias. También de acuerdo con el modelo europeo, la citada Comisión, a solicitud de cualquiera de las partes o por iniciativa propia, se pondrá a disposición de las mismas en cualquier etapa del examen de una petición, a fin de llegar a una *solución amistosa* del asunto, fundada en el respeto de los Derechos Humanos establecidos en la Convención Interamericana (artículos 48, apartado 1, inciso f), de la Convención, y 46 del Reglamento).

232. Sin embargo, las facultades de instrucción y de investigación de la Comisión Interamericana son menos eficaces en la práctica que las del órgano similar europeo, ya que, por una parte, no dispone de los instrumentos técnicos para realizar esas delicadas actividades, y por la otra, no cuenta en todos los casos con la cooperación de los Estados demandados, conducta que si bien se ha modificado lentamente, en particular a partir del restablecimiento de los gobiernos democráticos en muchos de los países que fueron dominados por dictaduras militares, todavía no se ha transformado en una franca colaboración, como ocurre con el régimen europeo. Esta situación negativa, que era evidente hace algunos años, determinó la elaboración del artículo 42 del Reglamento, cuya aplicación es ya menos frecuente:

Se presumirán verdaderos los hechos relatados en la petición y cuyas partes pertinentes hayan sido transmitidas al Gobierno del Estado aludido si, en el plazo máximo fijado por la Comisión en el artículo 34, párrafo 5 (que exige proporcionar la información solicitada por la Comisión dentro de los 90 días contados a partir de la fecha del envío de la propia solicitud), dicho Gobierno no suministrare la información correspondiente, siempre y cuando de otros elementos de convicción no resultare una conclusión diversa.⁷⁷

233. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 46 del Reglamento, de no llegarse a una solución amistosa, la Comisión examinará las pruebas que suministren el Gobierno involucrado y el peticionario, las que recoja de los testigos de los hechos o que obtenga por medio de documentos, registros, publicaciones oficiales o mediante una investigación *in loco*. Una vez examinadas las pruebas, la misma Comisión Interamericana debe preparar un informe en el que expondrá los hechos y las conclusiones respecto al caso sometido a su consideración. El artículo 47 reglamentario señala que al transmitir el informe, la Comisión podrá formular las proposiciones y recomendaciones que juzgue pertinentes.

234. Como en el sistema interamericano no existe un órgano equivalente al Comité de Ministros del Consejo de Europa, al cual pueda turnarse el citado informe con las recomendaciones pertinentes (ver *supra* párrafo 218), los artículos 50 y 51 de la Convención, así como los artículos 47 a 50 del Reglamento, adolecen de imprecisión, lo que ha motivado una situación de incertidumbre en cuanto a la tramitación final de las peticiones individuales sometidas al conocimiento de la Comisión Interamericana.

235. En efecto, dichos preceptos establecen la posibilidad de dos informes. Uno es el mencionado por el artículo 50, en el cual se establecen las primeras conclusiones y recomendaciones que se transmiten al Estado interesado, que no está facultado para publicarlo. En el artículo 51 de la Convención se fija un plazo de tres meses contados a partir de la transmisión al Estado interesado del primer informe mencionado, a fin de que la Comisión decida si somete el caso a la Corte Interamericana, o bien continúa la tramitación del mismo y formula un segundo informe con las conclusiones y recomendaciones definitivas, en el cual se señale un plazo para que el Estado respectivo tome las medidas que le competan para

⁷⁷ Cfr. Héctor Gros Espiell, *op. ult. cit.*, pp. 154-157.

remediar la situación examinada. Transcurrido el citado periodo, la Comisión decidirá si el Estado ha tomado las medidas adecuadas y si publica o no el informe.

236. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al decidir el 13 de julio de 1993 la opinión consultiva número 13, que le fue solicitada conjuntamente por los Gobiernos de Argentina y Uruguay sobre ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana, estableció la interpretación, entre otros preceptos, de los citados artículos 50 y 51 de la Convención, respecto de los cuales señaló, en esencia, que dichas disposiciones se refieren a dos documentos que, de acuerdo con la conducta asumida en el ínterin por el Estado al cual se dirigen, pueden o no coincidir en sus conclusiones y recomendaciones, y a los cuales la Convención ha dado el nombre de "informes", que tienen el carácter, uno preliminar y el otro definitivo.

237. En la citada opinión consultiva la Corte Interamericana señaló que puede existir una tercera etapa con posterioridad al informe definitivo. En efecto, vencido el plazo que la Comisión hubiese otorgado al Estado para cumplir las recomendaciones contenidas en el citado segundo informe, sin que se acaten, la Comisión Interamericana decidirá si lo publica o no, decisión ésta que debe apoyarse en la alternativa más favorable para la tutela de los Derechos Humanos. Concluye la Corte que el documento preliminar y reservado del artículo 50 no puede ser publicado. El único que puede ser objeto de publicación es el informe definitivo previsto por el artículo 51 de la Convención y esto por decisión que tome la Comisión con posterioridad al plazo señalado al Estado para cumplir con las recomendaciones contenidas en el documento definitivo.

238. E) De acuerdo con el modelo de la Comisión Europea, pero con algunos matices derivados de las características peculiares de los Estados africanos, se estableció la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, con apoyo en los artículos 30 a 63 de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, aprobada el 27 de julio de 1981 y en vigor desde el 21 de octubre de 1986. Dicha Carta se apoya, a su vez, en la Carta de la Organización de la Unidad Africana (OUA), aprobada el 25 de mayo de 1963 y en vigor desde el 13 de septiembre de ese año, que establece las autoridades de dicha Organización (Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno, Consejo de Ministros, Secretaría General y

la Comisión de Mediación, Conciliación y Arbitraje) con las cuales dicha Comisión debe actuar.

239. La Comisión Africana se compone de 11 miembros elegidos a título individual y por un periodo de seis años, con posible reelección, por la Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno, en votación secreta, de entre los candidatos propuestos por los Estados Parte. Dichos candidatos deben ser personalidades africanas de la más alta reputación, conocidas por su alta moral, integridad, imparcialidad y competencia en materia de Derechos Humanos y de los pueblos, con especial consideración de las personas que tengan experiencia jurídica. Dicha Comisión posee autonomía respecto de las autoridades de la organización africana y elige a su Presidente y Vicepresidente por un lapso de dos años y pueden ser reelectos (artículos 30 a 44 de la Carta Africana de Derechos Humanos). Sus funciones son muy amplias, pues comprenden la promoción, investigación, enseñanza y tutela de los Derechos Humanos y de los pueblos africanos, así como la interpretación de los preceptos de la Carta Africana de Derechos Humanos a petición de un Estado miembro o de un órgano de la OUA (artículo 45 de la Carta). También conoce la Comisión de los informes que deben rendir cada dos años los Estados miembros de la OUA sobre las medidas legislativas y de otro carácter tomadas con objeto de dar vigencia a los derechos y libertades reconocidos y garantizados por la Carta Africana de Derechos Humanos (artículo 62).

240. Para los fines de este trabajo interesan especialmente sus atribuciones de investigación de las violaciones a los Derechos Humanos que son planteadas directamente por los Estados miembros contra otros, así como su examen, en vía indirecta, de las reclamaciones de personas individuales o de grupos. Puesto que los individuos y grupos no tienen acceso directo a la Comisión, ésta escoge libremente las quejas. Respecto de estos conflictos, la Comisión realiza un procedimiento similar al del modelo europeo y formula recomendaciones a los Estados involucrados por conducto de la Conferencia de los Jefes de Estado y de Gobierno, ante la cual destacan las situaciones que el estudio de las reclamaciones revelen como constitutivos de la existencia de una serie de graves y masivas violaciones a los Derechos Humanos, que desafortunadamente no son infrecuentes en los países africanos. En este supuesto, la Conferencia mencionada puede ordenar a la Comisión emprender un estudio con profundidad y formular un informe sobre los hechos, acompañado de pruebas

y recomendaciones. Aun cuando estas investigaciones son confidenciales, pueden ser publicadas por el Presidente de la Comisión por decisión de la propia Conferencia (artículos 46 a 59). Se considera que todavía es lejana la posibilidad de que se introduzca en el ámbito africano un organismo jurisdiccional similar a los que funcionan en Europa y en el Continente Americano, pero ya es un avance que aun con dificultades se hubiesen iniciado las actividades de la citada Comisión Africana.⁷⁸

241. F) Otra institución no jurisdiccional de la cual resulta conveniente hacer una mención es el *Ombudsman* europeo, establecido recientemente con apoyo en lo previsto por el artículo 138, inciso e, del Tratado de Roma de 1957, reformado por el Tratado de Maastricht, en el cual se dispone:

El Parlamento Europeo nombrará un *Ombudsman* con la facultad de recibir reclamaciones de cualquier ciudadano de la Unión (Europa) o de cualquier persona física o jurídica que resida o hubiese registrado su domicilio en un Estado miembro, respecto de actos de administración indebida (*Maladministration*) realizados por los órganos de la Comunidad con motivo de sus actividades, con la excepción del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia en ejercicio de sus funciones judiciales.

El Parlamento Europeo aprobó el 9 de marzo de 1994 el Estatuto del citado *Ombudsman* (denominado Defensor del Pueblo en la versión castellana de dicha decisión), relativo a las condiciones generales del ejercicio de sus funciones, el que fue publicado en *Periódico Oficial* de las Comunidades Europeas el 4 de mayo del mismo año. De acuerdo con el artículo 6 del citado Estatuto, el *Ombudsman* es nombrado por el Parlamento Europeo después de cada elección de éste y hasta el final de su legislatura y puede ser reelecto.⁷⁹

242. Un gran número de países europeos ha establecido organismos de acuerdo con el modelo escandinavo de Comisionado Parlamentario,⁸⁰

⁷⁸ Cfr. Antonio Manuel Mascarenhas Gomes Monteiro, "La Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples", en la obra *Judicial Protection of Human Rights at the National and International Level*, cit. *supra* nota 67, tomo I, pp. 467-483; Thomas Buergenthal, Claudio Grossman y Pedro Nikken, *Manual internacional de Derechos Humanos*, cit. *supra* nota 12, pp. 115-127.

⁷⁹ Cfr. Carlos María Bru, *La ciudadanía europea*, Madrid, Editorial Sistema, 1994, pp. 73-77.

⁸⁰ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "La solución escandinava: el *Ombudsman*", en su libro *Protección procesal de los Derechos Humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Madrid, UNAM-Civitas, 1982, pp. 282-344; *id.*, "Reflexiones comparativas sobre el *Ombudsman*", en su libro *Protección jurídica de los Derechos Humanos. Estudios comparativos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991, pp. 189-213.

con diversas denominaciones, tales como Parliamentary Commissioner for Administration, Médiateur, Bürgerbeauftragter, Volksanwaltschaft, Provedor de Justiça, Defensor del Pueblo, etcétera. Además, dicha institución se ha extendido a ordenamientos pertenecientes a diversas familias o tradiciones jurídicas, incluyendo a países en vías de desarrollo, y muy recientemente también a los Estados de Europa oriental que a partir de 1989 se independizaron del modelo soviético y se aproximaron a los regímenes de Europa occidental. Incluso se ha introducido este instrumento en la Constitución de la República Rusa de 1993 (artículo 103, apartado 1, inciso e) y en la Carta Provisional de Sudáfrica del mismo año (*Public Protector*) (artículo 110). Por este motivo se ha considerado que la figura del *Ombudsman*, aun cuando con distintos nombres y matices, tiene carácter prácticamente universal.⁸¹ El recientemente creado cargo de Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos está inspirado de cierta manera en el *Ombudsman*, pero sus funciones se vinculan más con la protección de estos derechos en las diversas regiones y países que con reclamaciones individuales.

243. Para no extendernos en esta materia, hay que destacar que, si bien estos organismos están relacionados con el paradigma escandinavo, se pueden distinguir dos categorías esenciales, la de carácter clásico, que tiene como función esencial la tutela de los derechos e intereses legítimos de los administrados, y la más reciente, que surgió en Portugal (1976-1982) (*Provedor de Justiça*) y España (1978) (Defensor del Pueblo), y que ha tenido una extraordinaria repercusión en los ordenamientos latinoamericanos (especialmente el Defensor del Pueblo español), la que además de la tutela de las normas de derecho administrativo a nivel ordinario, se concentra esencialmente en la protección de los derechos fundamentales, tanto los consagrados en los preceptos constitucionales como los reconocidos en los tratados internacionales de la materia.⁸²

⁸¹ Cfr. André Legrand, "Une institution universelle: l'Ombudsman?", en *Revue Internationale de Droit Comparé*, París, 1983, pp. 851-856. La bibliografía sobre este organismo, tanto en relación con las instituciones nacionales como desde un enfoque comparativo, es impresionante e incluso se ha hablado de una "Ombudsmanía". Por su carácter general y comparativo nos limitamos a señalar la extensa obra colectiva editada por Gerald E. Caiden, *International Handbook of the Ombudsman*, dos volúmenes: I. *Country Surveys*. II. *Evolution and Present Functions*, Westport, Connecticut-London, Greenwood Press, 1983.

⁸² Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "Posibilidad del *Ombudsman* en el derecho constitucional latinoamericano", en su libro *Justicia constitucional, Ombudsman y Derechos Humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993, pp. 403-422.

244. De acuerdo con los Tratados de la Unión Europea y el Estatuto correspondiente, el *Ombudsman* europeo corresponde al modelo clásico, ya que su función principal es conocer, de oficio o mediante instancia de parte, de las reclamaciones presentadas por los afectados dentro del plazo de dos años contados a partir de que tengan conocimiento de los hechos, en las que aleguen la violación de sus derechos e intereses legítimos por una indebida actividad administrativa (*Maladministration*) que provenga de las autoridades de la propia Unión (artículos 138, inciso e) del Tratado de Roma de 1957, reformado por el de Maastricht, y 2 del Estatuto). Dicho organismo posee las características del modelo escandinavo, ya que está vinculado, pero con autonomía, al Parlamento Europeo. Puede realizar las investigaciones necesarias sobre las violaciones denunciadas, y los organismos comunitarios tienen la obligación de proporcionar la información que les solicite; buscará de común acuerdo con el organismo de la Unión respectivo una solución que permita eliminar los casos de mala administración y satisfacer la reclamación del demandante. Cuando esto no sea posible y la institución tutelar constate la existencia de conductas administrativas indebidas, dirigirá proyectos de recomendación a las autoridades comunitarias involucradas, y las propias autoridades deberán transmitirle un informe detallado en el plazo de tres meses. Posteriormente, el *Ombudsman* someterá un informe sobre el caso al Parlamento Europeo y al órgano demandado, en el cual puede formular recomendaciones debidamente motivadas. También deberá comunicar al reclamante los resultados de la investigación realizada y las recomendaciones respectivas. Al fin de cada periodo anual de sesiones el organismo protector deberá presentar al Parlamento Europeo un informe sobre los resultados de sus investigaciones (artículo 3 del Estatuto).

245. Como casi todos los ordenamientos de los 15 países que integran actualmente la Unión Europea han establecido organismos nacionales de acuerdo con el modelo del *Ombudsman*, el artículo 5 del Estatuto dispone que el organismo comunitario, a fin de reforzar la eficacia de sus investigaciones y proteger mejor los derechos y los intereses de las personas que le presenten reclamaciones, podrá cooperar con las instituciones que existen en los Estados miembros, respetando las legislaciones nacionales aplicables. De esta manera se coordina una labor preventiva y correctiva de las conductas administrativas de las autoridades internas y las comunitarias, dentro de las esferas de competencia de los organismos respectivos.

246. Finalmente, debemos hacer notar que en nuestra opinión y de acuerdo con la práctica que se ha establecido en un buen número de ordenamientos, si bien la institución comunitaria europea no tiene competencia para examinar la conducta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal de Primera Instancia en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, sí puede fiscalizar sus actividades de carácter administrativo.⁸³

247. La razón de tomar en cuenta en este trabajo la figura del *Ombudsman* comunitario europeo se debe a que esta institución, si bien emite recomendaciones no obligatorias, en la práctica soluciona de manera preventiva un conjunto importante de conflictos que de otra manera deberían plantearse ante los órganos jurisdiccionales, por lo que en nuestro concepto esta institución europea, que además debe coordinarse con las instituciones similares de carácter interno, servirá de apoyo y de auxilio al Tribunal de Justicia y al Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea.

248. G) Queda por hacer una brevísima referencia a las funciones de la Comisión de la Unión Europea y a la Junta del Acuerdo de Cartagena, en virtud de que ambos organismos comunitarios, el europeo y el andino, realizan actividades relacionadas con las funciones de los tribunales comunitarios respectivos, ya sea promoviendo las impugnaciones sobre el incumplimiento de los Estados miembros de las decisiones de las autoridades comunitarias, o como órganos conciliadores, tratándose de las demandas interpuestas entre los propios Estados, como lo señalamos en su oportunidad (ver *supra* párrafos 198 y 204).

VIII. LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS INTERNACIONALES Y TRANSNACIONALES EN EL ÁMBITO INTERNO

249. Éste es uno de los temas más complejos del derecho procesal supranacional, en virtud de que los avances recientes en cuanto a la creación de organismos jurisdiccionales internacionales y de carácter transnacional o comunitario, así como en cuanto al reconocimiento, por parte de un número importante de ordenamientos nacionales, de la supremacía, así sea

⁸³ Cfr. Comisión Nacional de Derechos Humanos, *El Ombudsman judicial. Perspectivas internacionales*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993.

parcial, del derecho supranacional, ha modificado las reglas tradicionales sobre la ejecución interna de sentencias dictadas por tribunales extranjeros, pero sin llegarse todavía a la creación de normas y reglas relativamente uniformes sobre la materia, ya que como hemos dicho con anterioridad, se trata de una rama del derecho procesal muy reciente (ver *supra* párrafos 88 a 95).

250. La situación varía según se trate del cumplimiento de las resoluciones de los tribunales internacionales o de las de los tribunales supranacionales. Ambos tipos de tribunal comparten la característica de que sus fallos son obligatorios para los Estados que se han sometido a su jurisdicción, pero se distinguen en lo relativo a la ejecución directa de sus resoluciones en el ámbito interno. Por lo que respecta a los tribunales internacionales, trataremos de establecer brevemente los lineamientos del cumplimiento de las sentencias de la Corte Internacional de Justicia y de las Cortes Europea y Americana de Derechos Humanos por los Estados respectivos y, en su caso, por los tribunales internos.

251. A) En relación con la Corte Internacional de Justicia, el artículo 94 de la Carta de las Naciones Unidas dispone que los Estados miembros de la Organización se comprometen a cumplir la decisión de dicha Corte en todo litigio en que sean partes, pero si una de ellas dejara de cumplir las obligaciones que le imponga una sentencia de la Corte, la otra parte podrá acudir al Consejo de Seguridad, el cual podrá, si lo cree necesario, hacer recomendaciones o dictar medidas con objeto de que se lleve a efecto la ejecución del fallo. A su vez, el Estatuto de la Corte sólo de manera indirecta establece la imperatividad de los fallos de la misma en su artículo 58, el cual establece que: "La decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido". El reglamento de dicho tribunal de 1972 sólo consigna dos disposiciones al respecto, en los artículos 81 y 82. El primero dispone que la decisión tiene fuerza obligatoria a partir del día en se le da lectura en audiencia pública, y el segundo establece que la parte que ha obtenido en su favor el pago de las costas debe presentar la liquidación de las mismas dentro de los 10 días siguientes al pronunciamiento del fallo, y en caso de ser objetada, la Corte resuelve sobre el particular.

252. Lo anterior significa que las resoluciones de la Corte Internacional de Justicia vinculan a los Estados que se han sometido a su jurisdic-

ción, de acuerdo con el principio *pacta sunt servanda* que fue consagrado en el artículo 26 de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados. Además, en el artículo 27 de dicha Convención se establece que un Estado Parte no puede invocar disposiciones de su derecho interno como justificación para no cumplir un tratado. Sin embargo, los fallos de la Corte Internacional carecen de carácter ejecutivo, ya que dicho tribunal no tiene la potestad de imponer coactivamente las obligaciones establecidas en sus decisiones, como sí lo poseen, por regla general, los órganos jurisdiccionales internos. Como lo señala la doctrina, tanto la práctica como la jurisprudencia reconocen esta situación, puesto que el cumplimiento forzado sólo puede lograrse por medios que ha calificado de “políticos”, es decir, por la intervención del Consejo de Seguridad, o bien por medidas tomadas por el Estado que ha obtenido el fallo favorable (*self help*). También se ha sostenido que si se trata de resoluciones dictadas durante el procedimiento, por ejemplo, medidas cautelares, la Corte puede imponerlas al Estado contra el cual se dictan, pero en realidad no se trata de una medida coercitiva, sino de una *carga procesal* (imperativo del propio interés), según los principios generales del derecho procesal, ya que se traducen en una situación desfavorable para la parte incumplida.⁸⁴

253. Un problema muy difícil de resolver es el del valor de las sentencias de la Corte Internacional para los tribunales internos. Sobre el particular no puede darse una respuesta general, pues ello depende de si el ordenamiento interno adopta un criterio monista o dualista en relación con el derecho internacional. La cuestión se complica, por un lado, porque las controversias ante la Corte Internacional se entablan entre Estados y las personas físicas o jurídicas no participan sino en forma muy indirecta, y por el otro, debido a la independencia de los órganos jurisdiccionales internos. Lo cierto es que en algunos países los jueces aplican cada vez con mayor frecuencia las normas de derecho internacional, tanto consuetudinarias como convencionales, especialmente si se han incorporado a su ordenamiento nacional, pero en otros impera el desconocimiento de estas disposiciones.

254. B) Por lo que respecta a la situación de los fallos de la Corte Europea de Derechos Humanos, el artículo 53 de la Convención de Roma de 1950 dispone que: “Las Altas Partes contratantes se comprometen a

⁸⁴ Cfr. Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, cit. *supra* nota 40, tomo I, pp. 115-162.

conformarse a las decisiones del Tribunal en los litigios en que sean parte”, pero también se debe tomar en consideración que, de acuerdo con la propia Convención, los Estados deben someterse expresamente a la competencia de dicho tribunal internacional, en los términos del artículo 48 del mismo ordenamiento (lo que han hecho los Estados Parte del Consejo de Europa). Esto significa un doble compromiso de los propios Estados para dar cumplimiento a las sentencias de la Corte. Por otra parte, el artículo 50, que ha tenido una aplicación frecuente, establece que:

Si la decisión de la Corte declara que una resolución tomada o una medida ordenada por una autoridad judicial o cualquier otra autoridad de una Parte contratante se encuentra total o parcialmente en oposición con obligaciones que se derivan del presente Convenio, y si el derecho interno de dicha Parte sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de esta resolución o medida, la decisión de la Corte concederá, si procede, una satisfacción equitativa a la parte lesionada.

A su vez, el artículo 53 del Reglamento de la Corte regula el procedimiento para determinar la reparación conforme al artículo 50 de la Convención, la que puede ordenarse en la sentencia de fondo, o bien por medio de una resolución posterior.

255. Lo anterior significa claramente que las decisiones de la Corte Europea tienen carácter imperativo, ya que deben ser cumplidas obligatoriamente por los Estados respectivos, pero carecen de carácter ejecutivo, puesto que no pueden ser impuestas coactivamente por el tribunal, como ocurre en el ámbito interno. Por ello es que el artículo 54 de la Convención confía a un órgano político, es decir, el Comité de Ministros, la vigilancia de la citada ejecución (ver *supra* párrafos 218 a 220), función similar a la del Consejo de Seguridad respecto del cumplimiento de los fallos de la Corte Internacional de Justicia (ver *supra* párrafo 251).

256. En virtud de lo anterior, tanto un sector de la doctrina como la jurisprudencia de dicho organismo jurisdiccional internacional europeo han sostenido que las decisiones de la Corte Europea tienen carácter exclusivamente *declarativo*.⁸⁵ A nuestro modo de ver, salvo el supuesto de las decisiones absolutorias, que sí son puramente declarativas, los fallos

⁸⁵ Cfr. Juan Carlos Hitters, *Derecho internacional de los Derechos Humanos*, cit. *supra* nota 4, tomo I, pp. 333-339; Eduardo García de Enterría y otros, *El sistema europeo de protección de los Derechos Humanos*, cit. *supra* nota 43, pp. 130-134.

de la Corte Europea en los cuales se establece que un Estado ha infringido los derechos establecidos en la Convención de Roma, y con mayor razón cuando otorgan al afectado una "satisfacción equitativa", es decir, una reparación que generalmente es de carácter monetario, tienen naturaleza de *sentencias de condena*, de acuerdo con los principios de la teoría o doctrina general del derecho procesal, si se toma en consideración que imponen una determinada conducta o prestación al Estado involucrado, aun cuando el tribunal internacional no lo pueda exigir coactivamente. En este sentido, nadie discute que las sentencias de carácter penal, cuando imponen una sanción, tienen carácter condenatorio, aun cuando desde hace mucho tiempo y como ocurre todavía en numerosos ordenamientos, su ejecución queda a cargo de las autoridades administrativas, pues no es sino hasta hace poco que se han establecido en algunas legislaciones la vigilancia de la ejecución de las penas a cargo de jueces ejecutores.

257. Lo cierto es que corresponde a los Estados precisar los términos en que deben cumplir las decisiones de la Corte Europea, de acuerdo con los lineamientos de sus ordenamientos internos y por conducto de sus organismos nacionales, incluyendo los tribunales. Precisamente por ello es que el artículo 50 de la Convención de Roma establece la posibilidad de una reparación en beneficio del afectado, cuando una resolución tomada o una medida ordenada por una autoridad judicial o cualquier autoridad de dicho Estado se encuentre en total o parcial oposición con las obligaciones que derivan del tratado europeo sobre Derechos Humanos.

258. Lo anterior significa que para determinar los efectos de las sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos en el ámbito de los Estados Parte, es preciso examinar los ordenamientos nacionales respectivos, pues son ellos los que señalan, ya sea específicamente o de acuerdo con sus disposiciones generales, la forma de cumplir con los fallos internacionales respectivos. En este sentido resulta muy útil el estudio comparativo que sobre esta materia ha realizado el tratadista español Carlos Ruiz Miguel,⁸⁶ quien analiza cuidadosamente los ordenamientos constitucionales de aquellos países que adoptan la doctrina dualista, como Dinamarca, Irlanda, Islandia, Suecia, Noruega y Reino Unido, en los

⁸⁶ *Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su ejecución en el ordenamiento español*, todavía inédito, y que complementan las agudas reflexiones que hace al respecto en su informe el profesor Fernández Segado. Ver *supra* párrafos 42 y 43 del texto.

cuales, al no haber sido incorporada la Convención Europea al derecho interno por medio de una ley, su vigencia se produce sólo en el plano internacional. En otros ordenamientos, dicho instrumento internacional ha sido transformado en derecho interno mediante la correspondiente norma estatal; entre ellos se encuentran los de Chipre, Finlandia, Grecia, Italia, San Marino, República Federal de Alemania, Luxemburgo y Malta, pero no por ello las sentencias de la Corte de Estrasburgo poseen carácter ejecutivo en el ámbito nacional. Es decir, se transforman esencialmente las normas sustantivas, ya que los órganos encargados de su protección se mantienen en el plano internacional y no se vinculan directamente con los órganos internos. El modelo monista, que es tan debatido, establece en algunos supuestos la primacía del derecho internacional y en otros la preeminencia del ordenamiento interno. En el primer supuesto se halla Países Bajos, que es el único miembro del Consejo de Europa que establece la primacía del derecho internacional. En la situación opuesta, de primacía del derecho interno, especialmente el constitucional, sobre el derecho supranacional se encuentran España, Francia, Liechtenstein, Portugal, Turquía, Austria (país en el cual a partir de la reforma constitucional de 4 de marzo de 1964 el Convenio Europeo tiene rango de ley constitucional), Bélgica y Suiza. Sin embargo, y a pesar de ciertas disposiciones que en algunos de dichos ordenamientos pudieran interpretarse en el sentido de que permiten reconocer el carácter ejecutivo de los fallos de la Corte Europea, en la práctica no se llega a este resultado. El autor llega a la conclusión, que compartimos, en el sentido de que independientemente del modelo dualista o monista que adopten los ordenamientos internos en relación con el derecho internacional, es preciso un procedimiento y una declaración expresa del carácter ejecutivo de las sentencias de la Corte Europea para que éstas pudiesen cumplirse de manera coactiva en el ámbito interno.

259. C) Por lo que respecta a las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la situación es similar a la de su homóloga europea, y así se desprende claramente de la misma Convención Americana, si se toma en cuenta que el artículo 68 preceptúa que los Estados Parte de la Convención (y que se hubiesen sometido expresamente a la competencia jurisdiccional de la Corte Interamericana) se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean parte, y que la parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para

la ejecución de sentencias contra el Estado. Ya hemos visto que la mayoría de los países del Continente, en particular de Latinoamérica, han seguido el modelo dualista y han incorporado a su derecho interno los tratados sobre Derechos Humanos, con tendencia a reconocer el carácter constitucional de los derechos que contienen dichos instrumentos internacionales (ver *supra* párrafos 121 a 134). Sin embargo, fuera del caso de Perú, que en su legislación interna apoyada en la anterior Constitución de 1979 establecía en la Ley de Hábeas Corpus y de Amparo, del 7 de diciembre de 1982, que las resoluciones de los organismos jurisdiccionales supranacionales no requerían para su validez y eficacia de reconocimiento, revisión ni de examen alguno, en los restantes ordenamientos, que sepamos al menos, no existen disposiciones que reconozcan expresamente el carácter ejecutivo de los fallos de la Corte Interamericana. Coincidimos con el distinguido internacionalista uruguayo Héctor Gros Espiell⁸⁷ en cuanto a la similitud que existe entre las disposiciones relativas de la Convención Europea y de la Americana, incluso por lo que se refiere a la “satisfacción equitativa” del artículo 50 de la primera y la “indemnización compensatoria” del artículo 68, apartado 2, de la segunda, esto es, que tanto en el sistema europeo como en el interamericano las sentencias de los organismos jurisdiccionales internacionales de protección de Derechos Humanos tienen carácter obligatorio pero no ejecutivo.⁸⁸

260. En esta materia existe una diferencia; entre la Corte Europea y la Interamericana, en relación con el órgano político encargado de vigilar la ejecución de sus sentencias. En efecto, en el sistema europeo esa función corresponde al Comité de Ministros del Consejo de Europa, como lo hemos señalado en varias ocasiones (ver *supra* párrafos 218 a 220), en tanto que en el régimen interamericano la misma se atribuye, de manera imprecisa, a la Asamblea General de la OEA, ya que los artículos 65 de la Convención y 30 del Estatuto de la Corte Interamericana establecen que en el informe anual que debe presentar a la consideración de la citada Asamblea, la Corte señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a su decisión. Esto lo ha hecho dicho tribunal en una o dos

⁸⁷ *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos*, cit. *supra* nota 43, pp. 191-193.

⁸⁸ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, “Lineamientos procesales de los procedimientos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, cit. *supra* nota 13, pp. 182-183; Juan Carlos Hitters, *Derecho internacional de los Derechos Humanos*, cit. *supra* nota 4, tomo II, pp. 509-511; Osvaldo Alfredo Gozani, *El proceso transnacional*, cit. *supra* nota 14, pp. 89-93.

ocasiones, sin pronunciamiento alguno por parte de aquel órgano, por lo que este procedimiento es más débil que el europeo.

261. Lo cierto es que como ocurre con la Corte Internacional de Justicia y la Corte Europea de Derechos Humanos, corresponde al ordenamiento interno de cada Estado regular la forma en que se da cumplimiento a las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana, y en este sentido sólo existía una disposición expresa en una ley ordinaria en el ordenamiento peruano, según se ha mencionado anteriormente (ver *supra* párrafo 259). Por otra parte, como lo señala el profesor Ayala Corao en su informe sobre Venezuela (y una situación similar existe en la mayoría de las legislaciones latinoamericanas), no resulta práctica la forma de exigir el cumplimiento de los fallos de la Corte Interamericana conforme al artículo 68, apartado 2, de la Convención, por parte de los afectados, a través del procedimiento interno vigente para la ejecución de las sentencias contra el Estado, en virtud de que generalmente las leyes procesales otorgan a los organismos públicos un conjunto de privilegios que hacen muy difícil el cumplimiento de sentencias condenatorias de tribunales internos contra las autoridades (ver *supra* párrafo 22).

262. Por lo que se refiere a la eficacia de las sentencias de los tribunales transnacionales, su régimen parece ser diferente al que regula a los tribunales internacionales. Así, las sentencias de los Tribunales de la Unión Europea y del Acuerdo de Cartagena no sólo son obligatorias, sino que también se consideran ejecutivas. Pero la diferencia entre ambos sistemas, en cuanto a sus consecuencias prácticas, resulta más aparente que real, pues en última instancia son los órganos internos de los Estados Parte, incluyendo por supuesto a los tribunales internos, los que están encargados del cumplimiento de los fallos.

263. D) El artículo 187 del Tratado de Roma de 1957, reformado por el de Maastricht de 1992, dispone que las decisiones del Tribunal de la Unión Europea tienen carácter ejecutivo, pero lo cierto es que dicho tribunal no puede por sí mismo ordenar el cumplimiento forzoso de dichas resoluciones, sino que son los órganos internos de los Estados, entre ellos los tribunales, los encargados de realizar la ejecución, pues son los propios Estados los que tienen el monopolio de la fuerza pública.⁸⁹ Aun cuan-

⁸⁹ Cfr. Louis Cartou, *L'Union Européenne*, cit. *supra* nota 19, pp. 164-165.

do es exacto que las normas comunitarias son jerárquicamente superiores a las disposiciones internas, incluyendo las de carácter constitucional de los Estados Parte de la Unión, y que los jueces internos deben preferir las primeras sobre las segundas, son éstos los que en último extremo deben decidir sobre la contradicción y desaplicar en su caso los preceptos internos que se opongan al derecho comunitario y sólo en caso de duda pueden o deben plantear la consulta ante el Tribunal Europeo para que establezca la interpretación definitiva y obligatoria (artículo 177 del referido Tratado de Roma) (ver *supra* párrafos 196 y 197).

264. Coincidimos con el tratadista Louis Cartou, en el sentido de que el citado Tribunal de Luxemburgo realiza las funciones de *jurisdicción interna* de la Unión Europea, y por ello no tiene un carácter propiamente internacional,⁹⁰ pero tampoco puede considerarse como el órgano jurisdiccional de mayor jerarquía de los tribunales internos de los Estados respecto del derecho comunitario, es decir, una Corte Suprema de todos estos tribunales. Son muy agudas las observaciones de Mauro Cappelletti, en cuanto señala las diferencias entre un tribunal supremo de un país federal, como por ejemplo la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, que puede imponer coactivamente sus sentencias, y la situación del Tribunal de Luxemburgo, que sólo está en posibilidad de hacer cumplir sus fallos por medio de los tribunales nacionales. Por ello estima que los fallos del Tribunal de Luxemburgo tienen naturaleza predominantemente *declarativa*.⁹¹

265. En tal virtud no existe una diferencia sustancial en cuanto al cumplimiento de las sentencias de los tribunales internacionales y los de carácter transnacional, ya que en última instancia son los órganos internos, entre ellos los jurisdiccionales, los que pueden darles cumplimiento, aun cuando, por supuesto, el derecho comunitario posee una mayor fuerza obligatoria que las normas propiamente internacionales. Por lo que respecta a los Derechos Humanos relacionados con las materias comuni-

⁹⁰ *Op. ult. cit.*, p. 165.

⁹¹ En varios trabajos, pero especialmente en su libro *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford, Clarendon Press, 1989, pp. 363-401. Como lo señala el destacado comparatista italiano, la jurisprudencia del citado Tribunal comunitario ha restringido su competencia para decidir respecto a las consultas sobre cuestiones preliminares que pueden o deben plantear los tribunales nacionales con apoyo en el artículo 177 del Tratado de la Unión Europea, a cuestiones de "interpretación" y de "validez", pp. 369-370.

tarias ya habíamos señalado que la mayoría de los ordenamientos europeos otorgan preeminencia a las normas constitucionales internas que consagran dichos derechos, que no pueden ser menoscabados, pero sí reforzados, por las decisiones del tribunal comunitario⁹² (ver *supra*, párrafos 198 y 199). Podemos recordar como un ejemplo la categórica disposición del artículo 19, párrafo 2, de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, el cual establece: "En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su esencia".

266. E) No requiere mayor reflexión la naturaleza de las sentencias del Tribunal del Acuerdo de Cartagena, ya que tanto el Tratado de creación de dicho organismo jurisdiccional transnacional como su Reglamento Interno se inspiran claramente en el modelo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de manera que lo que hemos sostenido al respecto es aplicable a la ejecución de las decisiones del tribunal andino, aun cuando debido a su incipiente actividad no se cuenta con las aportaciones de una abundante doctrina y una extensa jurisprudencia, como las que existen en Europa (ver *supra* párrafos 200 a 204).

IX. LA JURISPRUDENCIA SUPRANACIONAL Y LOS TRIBUNALES NACIONALES

267. Del superficial examen que hemos hecho sobre la ejecución en el ámbito de los organismos jurisdiccionales internos, de las sentencias pronunciadas por las cortes y tribunales internacionales y transnacionales, podemos concluir que no obstante la obligatoriedad de las mismas para los Estados Parte, son los órganos de estos últimos los encargados de su cumplimiento: a pesar de la imperatividad que se atribuye a las decisiones de los tribunales transnacionales, como los de las comunidades europea y andina, son también los jueces nacionales los que se encargan de su efectividad, ya que los primeros no pueden modificar o revocar las resoluciones judiciales de carácter interno.

268. Siendo esto así, aun cuando por supuesto con matices, ya que los procedimientos para la ejecución de las resoluciones supranacionales dependen en mucho de los ordenamientos internos, uno de los aspectos más importantes en las relaciones de los tribunales internacionales y

⁹² Cfr. Mauro Cappelletti, *op. ult. cit.*, pp. 376-382.

transnacionales con los de carácter nacional es el relativo a la influencia, directa o indirecta, de la *jurisprudencia* de los primeros sobre los segundos. Por supuesto que esa relación es más intensa en la esfera comunitaria, por medio del control difuso de los jueces nacionales, que deben preferir el derecho comunitario sobre el interno, incluso el de mayor jerarquía, como es el de carácter constitucional. Por eso es que la aprobación de los tratados de integración implica la necesidad de realizar reformas constitucionales para armonizar el derecho interno con el supranacional, como ocurrió evidentemente con motivo de la aprobación del Tratado de Maastricht en varios ordenamientos europeos (ver *supra* párrafos 107 a 113).

269. Por medio de la instancia calificada como de *interpretación prejudicial*, corresponde a los tribunales europeo y andino establecer el alcance de las normas comunitarias con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de la comunidad respectiva, a través de las consultas que facultativamente o de manera obligatoria le hacen los jueces nacionales cuando en un proceso deben aplicar normas de integración. La interpretación hecha por dichos tribunales, que debe limitarse al ordenamiento comunitario, es obligatoria de manera general para los tribunales nacionales y no sólo para aquellos que han elevado los asuntos ante las jurisdicciones transnacionales, pero por supuesto estas últimas no pueden interpretar el contenido y alcances del derecho nacional ni calificar los hechos materia del proceso, lo que nos confirma en nuestra convicción de que los tribunales comunitarios no constituyen un grado superior que pueda revisar las decisiones de los jueces nacionales (artículos 177 del Tratado de Roma de 1957, reformado por el de Maastricht, y 28 a 31 del Tratado que creó el Tribunal del Acuerdo de Cartagena) (ver *supra* párrafos 196 y 204, respectivamente).

270. De esta manera se ha creado una jurisprudencia muy abundante del Tribunal de la Unión Europea (que todavía, por su carácter incipiente, no ha establecido el Tribunal Andino), que es obligatoria para los tribunales internos y que ha permitido criterios uniformes sobre el alcance del derecho comunitario. Pero como toda jurisprudencia debe ser dinámica para adaptar las normas a los cambios de la realidad jurídica, en este caso, de la integración, los jueces nacionales han contribuido con sus consultas a un perfeccionamiento de la propia jurisprudencia, que podemos calificar de “comunitaria”. Así, lo que se podría denominar “activismo

judicial” es el resultado de una permanente colaboración entre el Tribunal de la Unión Europea y los tribunales nacionales.⁹³

271. En el campo de la tutela de los Derechos Humanos, al cual ya hemos hecho referencia con anterioridad (ver *supra* párrafo 265), la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo adquiere mayor trascendencia respecto de lo que se ha calificado como “declaración de derechos no escrita”, es decir, aquella que se integra con derechos que no han sido precisados suficientemente en los ordenamientos constitucionales internos, y que se han perfeccionado con los lineamientos establecidos en los fallos de dicho organismos jurisdiccional de carácter supranacional. Pueden aquí recordarse las observaciones del profesor Kargados en su informe (ver *supra* párrafo 73). El destacado jurista italiano Mauro Cappelletti ha señalado algunos de estos derechos delineados por la jurisprudencia del Tribunal de la Unión Europea, como los relativos a *non bis in idem*, certidumbre legal, igualdad y proporcionalidad.⁹⁴

272. Ha sido muy importante la jurisprudencia establecida por la Corte Europea de Derechos Humanos, e incluso por la Comisión Europea respecto de aquellos casos que turnó al Comité de Ministros del Consejo de Europa y no sometió al conocimiento de la Corte. Aun cuando en sus primeros años dicho tribunal internacional conoció de pocos casos, de manera paulatina se incrementaron los asuntos resueltos, que actualmente son numerosos (ver *supra* párrafo 163), lo que se ha traducido en una abundante y sólida jurisprudencia que cada vez con mayor frecuencia es aplicada en las controversias sobre Derechos Humanos que se someten a los tribunales internos. En el cuidadoso estudio realizado por Marc-André Eissen, quien durante bastantes años desempeñó el cargo de Secretario de la citada Corte Europea, se señala con precisión la eficacia de la labor de dicho tribunal internacional, tanto de manera preventiva como correctiva, en lo que se refiere a la modificación de disposiciones generales lo mismo que respecto de los criterios aplicados por los tribunales nacionales.⁹⁵

273. Dos disposiciones constitucionales han propiciado la aplicación interna de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, y en algunos casos también de la Comisión. Se trata de los artículos 16

⁹³ Cfr. Louis Cartou, *L'Union Européenne*, cit. *supra* nota 19, p. 175.

⁹⁴ *The Judicial Process in Comparative Perspective*, cit. *supra* nota 91, pp. 377-382.

⁹⁵ *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, cit. *supra* nota 43, pp. 906-107.

de la Constitución portuguesa de 1976-1982 y 10 de la Carta española de 1978, preceptos que de manera similar disponen que la interpretación de las normas constitucionales relativas a los Derechos Humanos debe hacerse de acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y con los tratados y acuerdos internacionales sobre esta materia ratificados por los gobiernos respectivos. Entre ellos, por supuesto la Convención de Roma sobre Derechos Humanos de 1950 (ver *supra* párrafo 118). Por ello es frecuente que los Tribunales Constitucionales de ambos países invoquen los criterios jurisprudenciales de la Corte de Estrasburgo. Ello es todavía más patente en los fallos del Tribunal Constitucional español, en virtud de que resuelve de manera definitiva los recursos de amparo que se interponen precisamente por violación de derechos fundamentales.⁹⁶

274. Al respecto debemos recordar la aguda observación del profesor Francisco Fernández Segado en el informe español, en cuanto sostiene que lo dispuesto por el artículo 10 antes mencionado significa que la citada Constitución hace suya la interpretación de los derechos y libertades realizada por la Corte Europea (ver *supra* párrafo 49). Incluso en el Reino Unido, en donde se sigue, como hemos visto, la doctrina dualista y el derecho internacional no se incorpora directamente al ordenamiento británico, los tribunales aplican cada vez con mayor frecuencia la jurisprudencia de la Corte Europea, como lo señala el profesor Christopher Greenwood (ver *supra* párrafo 61). También el profesor Thomas Buergenthal menciona en su informe un caso británico en el cual se aplicó la jurisprudencia de la Corte Europea (ver *supra* párrafo 25).

275. Aun cuando la Corte Interamericana tiene sólo 15 años de haber entrado en funciones y ha resuelto relativamente pocos casos, si se le compara con los numerosos asuntos decididos por la Corte Europea (ver *supra* párrafo 188), la jurisprudencia que ha establecido no sólo en los casos contenciosos sino también en las opiniones consultivas (ver *supra* párrafo 174) ha tenido influencia, en épocas muy recientes, en las resoluciones de los tribunales internos latinoamericanos, especialmente en los fallos de los tribunales y cortes constitucionales.⁹⁷

⁹⁶ Cfr., entre otros, G. Fernández Farreres, *El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional*, Madrid, 1994.

⁹⁷ Cfr. Rafael Nieto Navia, *Introducción al sistema interamericano de protección a los Derechos Humanos*, cit. *supra* nota 47, pp. 89-158.

276. En dos casos argentinos resueltos por la Corte Suprema de ese país en el año de 1992, que citan los profesores Thomas Buergenthal (ver *supra* párrafo 26) y Juan Carlos Hitters (ver *supra* párrafo 66), se consideró que la Convención Americana sobre Derechos Humanos era directamente aplicable al ordenamiento constitucional argentino (*self executing*), todavía con anterioridad a la reforma de agosto de 1994 que otorgó a varios tratados internacionales de Derechos Humanos jerarquía de normas constitucionales (ver *supra* párrafos 131 y 132). Destaca el caso *Ekmekdjian v. Sofovich*, en el cual la Corte Suprema argentina aplicó el criterio sustentado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva número 7, resuelta el 29 de agosto de 1987, solicitada por el Gobierno de Costa Rica, sobre la exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta previsto por el artículo 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

277. Otro ejemplo significativo lo podemos consultar en la sentencia número 2313, resuelta por la Sala Constitucional de la Corte de Suprema de Costa Rica el 9 de mayo de 1995, en la acción de inconstitucionalidad interpuesta por Róger Ajún Blanco. Dicha Sala Constitucional (ver *supra* párrafo 124), que ha aplicado con frecuencia de manera directa preceptos de la Convención Americana, así como las tesis jurisprudenciales de la Corte Interamericana que han interpretado varios de dichos preceptos, estableció en dicho fallo que era obligatorio para el Gobierno de Costa Rica el criterio sentado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al resolver, el 13 de noviembre de 1985, la opinión consultiva número 5 sobre la colegiación obligatoria de los periodistas en relación con el artículo 13 de la mencionada Convención Americana, ya que fue solicitada por Costa Rica. Según la citada Sala Constitucional dicha opinión consultiva “no puede menos que obligar al país que puso en marcha mecanismos complejos y costosos del sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos”.

278. Finalmente, podemos destacar que el artículo 93 de la Constitución colombiana de 1991 y la disposición final cuarta de la Carta peruana de 1993, que tomaron como modelo lo dispuesto por los artículos 16 y 10 de las Leyes Fundamentales de Portugal y España a las que nos hemos referido anteriormente (ver *supra* párrafo 118), establecen que las normas relativas a los derechos y libertades que dichas Constituciones reconocen se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de

Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por dichos países (ver *supra* los párrafos 125 y 126). Lo anterior significa que la Corte y el Tribunal Constitucionales de Colombia y de Perú deben tomar en consideración, como ha ocurrido con los modelos (ver *supra* párrafo 273), la jurisprudencia, esta vez de la Corte Interamericana. Así lo ha iniciado la Corte Colombiana al conocer la llamada “acción de tutela” (derecho de amparo).⁹⁸

X. CONCLUSIONES

279. De acuerdo con las reflexiones anteriores podemos llegar a las siguientes conclusiones:

280. *Primera.* Uno de los aspectos más dinámicos de la evolución jurídica en los últimos años ha sido el de la relación entre los tribunales nacionales y los supranacionales, los que, con algunos antecedentes después de la primera posguerra, han experimentado un notable desarrollo después de la Segunda Guerra Mundial, especialmente en Europa.

281. *Segunda.* De los informes nacionales utilizados para elaborar esta ponencia (Argentina, Colombia, España, Estados Unidos, Grecia, México, Reino Unido y Venezuela) se deduce, en términos generales, la importancia creciente que tienen los organismos jurisdiccionales y no jurisdiccionales supranacionales respecto del ámbito interno. Sin embargo, también se desprende que las relaciones entre ambos niveles presentan cuestiones complicadas que no son resueltas de manera uniforme por cada país.

282. *Tercera.* Los complejos problemas que se presentan en las relaciones entre los tribunales nacionales y los supranacionales sólo podrán solucionarse gracias al esfuerzo conjunto de los cultivadores de los derechos internacional, constitucional y procesal, que hasta hace poco tiempo se encontraban relativamente aislados.

283. *Cuarta.* Dentro del campo del derecho supranacional empieza a formarse una nueva disciplina, distinta del derecho procesal internacio-

⁹⁸ Cfr. Arenas Salazar, *La tutela. Una acción humanitaria*, 2a. ed., Santa Fe de Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 1993; J. M. Charry, *La acción de tutela*, reimpresión, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1992; Marcela Monroy Torres y Fernando Álvarez Rojas, *Jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la acción de tutela*, Santa Fe de Bogotá, Iuris Editores, 1993, 2 vols.

nal tradicional, que puede calificarse como *derecho procesal supranacional*. Esta disciplina comprende el estudio y la sistematización de la normativa adjetiva, no sólo de las instituciones del derecho internacional clásico, sino también de las del derecho comunitario y de la integración económica, y, en forma especial, de las que corresponden al campo de los Derechos Humanos.

284. *Quinta*. Sin embargo, debe considerarse que el derecho procesal supranacional abarca, además del estudio de las normas instrumentales que regulan la organización y funcionamiento de los organismos jurisdiccionales supranacionales, también el análisis de los procedimientos ante los órganos no jurisdiccionales o parajudiciales supranacionales, como son las Comisiones Europea e Interamericana de Derechos Humanos; ya que cumplen funciones de instrucción de las reclamaciones individuales susceptibles de someterse a las respectivas Cortes de Derechos Humanos y realizan una labor de interpretación y aplicación de los respectivos instrumentos, que pueden tener influencia en el ámbito interno.

285. *Sexta*. El sector más dinámico del derecho procesal supranacional es el relativo a la solución de controversias en materia de Derechos Humanos. Este sector, hasta hace unos cuantos años, había sido relativamente poco estudiado por los procesalistas, y su análisis se había dejado más bien a los internacionalistas. Sin embargo, el importante desarrollo que ha experimentado en las últimas décadas nos autoriza a hablar de la existencia del que se puede denominar como *derecho procesal internacional de los Derechos Humanos*.

286. *Séptima*. Las relaciones entre los tribunales nacionales y los supranacionales no pueden estudiarse ni entenderse cabalmente sin plantear previamente la cuestión de las relaciones entre el derecho supranacional y el orden jurídico interno. Si bien en este terreno existen múltiples aspectos y dimensiones, en términos generales puede afirmarse que a partir de la Segunda Guerra Mundial se advierte una vigorosa tendencia a reconocer de manera expresa la supremacía, así sea parcial, del derecho internacional general sobre las disposiciones del derecho interno, no sólo las de carácter convencional incorporadas al derecho nacional, sino incluso las de carácter consuetudinario (o generalmente reconocidas), algunas de las cuales han adquirido el carácter de *ius cogens*.

287. *Octava.* La mayoría de los ordenamientos de Europa occidental han establecido disposiciones de una decidida orientación internacionalista. En particular, los ordenamientos de los 15 países que constituyen la Unión Europea reconocen, expresa o implícitamente, la supremacía del derecho comunitario sobre el derecho interno, incluso el derecho constitucional, si bien en materia de derechos fundamentales ha habido algunas resistencias que se han ido superando.

288. *Novena.* Por su parte, los países latinoamericanos se han mostrado tradicionalmente renuentes a admitir la superioridad del derecho internacional en el derecho interno, debido a las dolorosas experiencias de las intervenciones de las grandes potencias y de laudos internacionales desfavorables. Sin embargo, en tiempos recientes se ha producido un cambio de actitud, pues de manera paulatina se advierte la tendencia a reconocer cierta preeminencia de las normas supranacionales. Esta tendencia ha sido más acentuada en materia de Derechos Humanos, y así algunos ordenamientos constitucionales latinoamericanos otorgan expresamente jerarquía de ley superior, e incluso de rango constitucional, a los tratados sobre Derechos Humanos que ratifiquen los respectivos países. Este reconocimiento se ha dado también en otros ordenamientos, como los de Europa oriental, sometidos hasta hace pocos años a gobiernos autoritarios o dictatoriales.

289. *Décima.* Para fines del análisis, los tribunales supranacionales pueden clasificarse en *tribunales internacionales* y *tribunales transnacionales*. Los primeros serían aquéllos cuyas decisiones tienen carácter obligatorio, pero no ejecutivo, mientras que los segundos tienen la posibilidad, así sea teórica, de que sus fallos tengan cumplimiento coactivo en el ámbito interno. Se trata de una distinción que no es absoluta y que varía de acuerdo con las disposiciones de los ordenamientos nacionales, que son los que en última instancia deciden sobre el grado y la extensión que confieren a la supremacía de las normas supranacionales.

290. *Decimoprimer.* Entre los tribunales internacionales debe citarse y examinarse, en primer término, la Corte Internacional de Justicia, con sede en La Haya. Igualmente pertenecen a esta categoría las Cortes Europea e Interamericana de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo y San José, Costa Rica, respectivamente. Son tribunales transnacionales en el sentido apuntado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con

sede en la ciudad de Luxemburgo, y el Tribunal del Acuerdo de Cartagena, también llamado Tribunal Andino, con sede en la ciudad de Quito, Ecuador, y que ha seguido el modelo del Tribunal Europeo.

291. *Decimosegunda.* Los organismos no jurisdiccionales internacionales que resulta conveniente examinar, debido a su vinculación o relación de complementariedad con los tribunales supranacionales, así como por la importancia de las recomendaciones, doctrinas y principios que han elaborado, son las Comisiones Europea e Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el *Ombudsman* europeo y, en cierta medida, la Comisión de la Unión Europea y la Junta Andina.

292. *Decimotercera.* El problema de la ejecución de las sentencias internacionales y transnacionales en el ámbito interno ha modificado las reglas tradicionales sobre la ejecución interna de sentencias dictadas por tribunales extranjeros, pero sin llegarse todavía a la creación de normas y reglas relativamente uniformes sobre la materia.

293. *Decimocuarta.* En teoría, existen diferencias en cuanto a la ejecución de las sentencias de los tribunales internacionales y de los transnacionales. Los fallos de los primeros son obligatorios, pero son los ordenamientos nacionales los que señalan la forma de cumplir con ellos en el ámbito interno. Las resoluciones de los segundos, además de obligatorias para las partes, son ejecutivas en el ámbito interno. Sin embargo, la diferencia en las consecuencias prácticas de ambos sistemas es más aparente que real, ya que los tribunales transnacionales tampoco pueden lograr la ejecución interna forzosa de sus sentencias, que quedan nuevamente a cargo de los órganos internos, entre ellos los tribunales.

294. *Decimoquinta.* En particular, las decisiones de los tribunales comunitarios, como el Tribunal de Justicia Europeo y el Tribunal Andino, son obligatorias para los tribunales internos de los países miembros en lo que se refiere a las normas comunitarias. Aunque dichos tribunales supranacionales son *tribunales internos* de la Comunidad respectiva, no constituyen una especie de Corte Suprema para los tribunales nacionales y por tal motivo no pueden revisar, modificar o revocar las resoluciones de estos últimos cuando tienen carácter interno.

295. *Decimosexta.* El ámbito en el que se advierte una creciente influencia, tanto directa como indirecta, de los tribunales supranacionales sobre los nacionales es en el de la jurisprudencia. Si bien los tribunales internacionales se han nutrido de muchas de las doctrinas jurídicas elaboradas por los tribunales del nivel nacional, el fenómeno contrario se produce cada vez con mayor frecuencia. Esto es así no sólo cuando los tribunales nacionales están obligados a seguir los criterios de un tribunal supranacional, como es el caso de los países miembros de la Unión Europea respecto del Tribunal de Luxemburgo, o cuando la Constitución nacional de un país incorpora la interpretación que realicen órganos internacionales, como ocurre con España, Portugal, Perú o Colombia en materia de derechos fundamentales, sino también cuando los tribunales internos adoptan o reciben voluntariamente esos criterios y los aplican en sus sentencias internas. De esa manera se produce una colaboración recíproca entre los tribunales nacionales y los internacionales.

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LA JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA*

En memoria del ilustre jurista y magistrado español Manuel García Pelayo

SUMARIO. I. Introducción. II. El problema de las cuestiones políticas como no justiciables. III. Justicia y política. IV. Las transformaciones en los últimos años. V. Los tribunales y cortes constitucionales como organismos jurisdiccionales especializados en la resolución de cuestiones políticas fundamentales. VI. La judiciabilidad de las declaraciones de estados de emergencia y de sus actos de aplicación. VII. La tendencia hacia la judicialización de los conflictos electorales.

I. INTRODUCCIÓN

1. En este año 2000, con el cual da inicio el siglo XXI, se conmemora el cincuentenario de la aparición de una obra fundamental en el constitucionalismo contemporáneo, nos referimos al *Derecho constitucional comparado* del insigne jurista y politólogo español Manuel García Pelayo.¹ Esta magnífica obra, de la cual se publicaron varias ediciones, representa el inicio de la evolución de un nuevo concepto del derecho constitucional posterior a la Segunda Guerra Mundial, que se analiza no sólo en sus

* Publicado primeramente en el libro *Constitución y constitucionalismo hoy. Cincuentenario del derecho constitucional comparado de Manuel García Pelayo*, Caracas, Fundación Manuel García Pelayo, 2000, pp. 557-591. Se publica con autorización de los editores.

¹ Madrid, *Manuales de la Revista de Occidente*, 1950, del cual aparecieron varias ediciones bajo el mismo sello editorial, en 1959, 1961, 1964 y 1967. En 1984 se publicó una nueva edición, Madrid, Alianza Editorial, que constituye la reimpresión de la última mencionada. Finalmente esta obra tan importante fue incluida en las *Obras completas*, de Manuel García Pelayo, en tres volúmenes, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, vol. I, pp. 223-734.

lineamientos esenciales de carácter teórico (teoría de la Constitución), sino también en el derecho positivo de los principales paradigmas del constitucionalismo de nuestra época, con lo que dio lugar a una corriente importante de los estudios comparativos.

2. Esta disciplina, inspirada en el método jurídico comparativo, ha sido denominada por el notable jurista italiano Paolo Biscaretti di Ruffia como *ciencia del derecho constitucional comparado*, que en su concepto es una de las ciencias jurídicas cuyo objeto es el estudio profundo de los ordenamientos constitucionales de los Estados, que en su última fase de construcción y elaboración doctrinal culmina en la determinación posterior de principios que encuentren una efectiva aplicación de los diversos ordenamientos estatales, y permite transformar lo que a primera vista aparece como un *estricto método de investigación* en una verdadera y propia *ciencia jurídica autónoma*.²

3. A partir de la fundamental obra de don Manuel García Pelayo se han publicado otros estudios similares, entre los cuales podemos mencionar los del constitucionalista español Luis Sánchez Agesta,³ el italiano Giuseppe de Vergottini,⁴ e incluso en México se ha seguido el ejemplo del ilustre García Pelayo, con las obras de Salvador Valencia Carmona⁵ y José Guillermo Vallarta Plata.⁶ También podemos mencionar algunas obras en las cuales se combina el análisis del derecho constitucional nacional con el comparado, como ocurre, como antecedente remoto, con el clásico libro del conocido jurista francés A. Esmein,⁷ y en época más reciente, con los trabajos del destacado jurista argentino Segundo V. Linares Quintana⁸ y de los mexicanos Héctor Fix-Zamudio y Salvador Valencia Carmona.⁹

² *Introducción al derecho constitucional comparado*, trad. y estudio preliminar de Héctor Fix-Zamudio, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.

³ *Curso de derecho constitucional comparado*, 7a., ed., Madrid, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 1988.

⁴ *Diritto costituzionale comparato*, 4a., ed., Padova, 1993.

⁵ *Manual de derecho constitucional general y comparado*, 2a., ed., Jalapa, 1987.

⁶ *Introducción al estudio del derecho constitucional comparado*, México, Porrúa, 1998.

⁷ *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 7a., ed., revisada por Henry Nézard, París, Recueil Sirey, 1921, 2 vols.

⁸ *Tratado de la ciencia de derecho constitucional argentino y comparado*, 2a., ed., Buenos Aires, Editorial Plus Ultra, 1977-1987, 9 vols.

⁹ *Derecho constitucional mexicano y comparado*, México, Porrúa-UNAM, 1999.

4. Hemos elegido el debatido tema del dinámico desarrollo que se advierte en el creciente sometimiento de las tradicionalmente cuestiones políticas al conocimiento de los jueces y tribunales, ya que debe considerarse comprendido dentro de la materia del derecho constitucional comparado y, por tanto, vinculado con los estudios del homenajado don Manuel García Pelayo. Estas cuestiones políticas habían sido excluidas del examen judicial, de acuerdo con un criterio tradicional que paulatinamente se ha transformado en un principio contrario, es decir, que sólo excepcionalmente los conflictos de carácter político, cuando los mismos afectan normas jurídicas, son excluidos del conocimiento de los órganos jurisdiccionales, y estas excepciones son cada vez menores, en virtud de que las constituciones contemporáneas establecen disposiciones para su regulación, y por ello este tipo de conflictos están comprendidos dentro del concepto cada vez más amplio de la *justicia constitucional*.¹⁰ A este respecto podemos invocar el lúcido pensamiento de don Manuel García Pelayo, cuando al comentar las relaciones entre el derecho y la política consideró que “el derecho es la medida de legitimidad de la acción política garantizada a través de los adecuados *medios jurisdiccionales*, de modo que por invocación a la Constitución y a la ley pueden limitarse o rectificarse ciertas líneas de acción política...”¹¹

5. Ha existido una muy larga evolución para lograr la limitación de aquellas cuestiones que al haber sido calificadas como “políticas” habían sido sustraídas del conocimiento de los tribunales. El jurista español Eduardo García de Enterría ha señalado la constante y paulatina lucha iniciada en el campo del derecho administrativo para reducir las numerosas materias que se consideraban inmunes al conocimiento de los tribunales *por provenir del poder político*,¹² tales como los poderes discrecionales, los actos políticos o de gobierno y los poderes normativos reglamentarios. El destacado autor concluye su exposición en el sentido de que la lucha por el Derecho debe culminar con el establecimiento de un Estado de Justicia, entendido como *justicia judicial plenaria*.¹³

¹⁰ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1965)*, México, UNAM, 1968, especialmente pp. 9-18; Mauro Cappelletti, *Justicia constitucional. Estudios comparativos*, México, UNAM, 1987.

¹¹ “Sobre la Historia y otros temas. Entrevista”. en *Obras completas*, cit. *supra* nota 1, vol. III, p. 3293.

¹² *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (Podares discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, 3a. ed., reimpresión, Madrid, Civitas, 1989.

¹³ *Op. ult. cit.*, pp. 97-99.

6. Esto había ocurrido al calificarse de "políticas" numerosas materias que se consideraban no justiciables, lo que se advierte incluso en la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, en la cual se establecía una limitación para el conocimiento de las calificadas *political questions*, las cuales no podían someterse al conocimiento de los tribunales federales ni podía pronunciarse sobre ellas el más alto tribunal.¹⁴

7. Respecto del derecho continental europeo, en el cual había predominado la tradición que provenía de la Revolución francesa en el sentido de prohibir a los jueces decidir acerca de cuestiones de carácter constitucional, la discusión sobre la posibilidad de que un órgano jurisdiccional conociera sobre los conflictos derivados de las normas fundamentales, en virtud de la innovación de la Constitución austriaca de 1920, que por influencia del pensamiento del ilustre jurista Hans Kelsen estableció la Corte Constitucional como órgano especializado para conocer y decidir conflictos de naturaleza constitucional, se planteó en una famosa polémica en la tercera década del siglo XX, entre el notable constitucionalista alemán Carl Schmitt y el mismo Kelsen.

8. Podemos citar al respecto las agudas reflexiones del jurista francés Jean Rivero, quien destacó una paradoja en los estudios sobre los estudios constitucionales de nuestra época, en cuanto la ciencia política posee todavía la tendencia a realizar un análisis no jurídico de la vida pública, en tanto que *el derecho constitucional se judicializa* de manera creciente y vigorosa, como anteriormente había ocurrido con otras ramas jurídicas, es decir, los derechos civil y administrativo. Dicho autor concluye en el sentido de que sorprendentemente el derecho constitucional se convierte en un verdadero derecho, siendo así que durante mucho tiempo se había cuestionado si podría ser un derecho como los demás, sancionado por el juez y por conducto de una auténtica jurisprudencia.¹⁵

¹⁴ Cfr. Bernard Schwartz, *Los poderes del gobierno. Comentario sobre la Constitución de los Estados Unidos*, trad. de José Juan de Olloqui Labastida, México, UNAM, 1966, tomo I, pp. 576-579; Charles Evans Hughes, *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, trad. de Roberto Molina Pasquel y Vicente Herrero, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1971, pp. 56-58; Enrique Alonso García, "El Tribunal Burger y la doctrina de las 'Political Questions' en Estados Unidos", en *Revista de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 1, enero-abril de 1981, pp. 287-299.

¹⁵ Cfr. "A modo de síntesis", en la obra editada por Louis Favoreu, *Tribunales Constitucionales europeos y derechos fundamentales*, trad. de Luis Aguiar de Luque y María Gracia Rubio de Casas, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 681-682.

II. EL PROBLEMA DE LAS CUESTIONES POLÍTICAS NO JUSTICIABLES

9. Durante un largo periodo prevaleció el principio de que numerosos actos y disposiciones expedidas o dictadas por los órganos del gobierno y de la administración no podían ser revisados por los tribunales por constituir *actos y normas de gobierno o de carácter político*, que únicamente podrían ser apreciados por órganos políticos y además en virtud de que un sector de los mismos tenía naturaleza discrecional.¹⁶

10. Respecto de los “actos de gobierno” en materia administrativa debe tomarse en consideración que debido a la reforma judicial francesa, por conducto de las leyes expedidas por la Asamblea Nacional del 6 al 11 de octubre 1790, se dispuso que los jueces ordinarios no debían conocer de los actos y decisiones de las autoridades administrativas, en virtud de que del principio que imperó en esa época era en el sentido de que “juzgar a la administración es también administrar”.¹⁷ Como es bien sabido, y en forma diversa al derecho inglés, según el cual los actos y decisiones de las autoridades administrativas se sometían al conocimiento de los jueces ordinarios,¹⁸ se estableció una jurisdicción administrativa encomendada al *Consejo de Estado* dentro de la esfera formal de la administración, primero como órgano de jurisdicción retenida, es decir, que sus decisiones estaban sometidas a la aprobación de las autoridades administrativas de mayor jerarquía, pero a partir de la ley del 24 de mayo de 1872 adquirió el carácter de jurisdicción delegada, o sea, que resolvía de manera autónoma pero a nombre de la administración. Lo cierto es que en la realidad el Consejo de Estado, no obstante su encuadramiento formal, adquirió de manera paulatina una gran independencia, aun cuando en un principio no podía conocer de los citados “actos de gobierno” ni de aquellos considerados de carácter discrecional.¹⁹

¹⁶ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, “Función del Poder Judicial en los sistemas judiciales latinoamericanos”, en el libro del mismo nombre, México, UNAM, 1977, pp. 37-43.

¹⁷ Cfr. Pierre Sandevóir, *Études sur le recours de pleine juridiction*, París, 1964, especialmente pp. 115 y ss.

¹⁸ Cfr. A. V. Dicey, *Introduction of the Study of the Law of the Constitution*, 10a. ed., 9a. reimpresión, London, The MacMillan Press, 1979, pp. 328-405.

¹⁹ Cfr. Maxime Letourner, “El Consejo de Estado francés”, en *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Ginebra, diciembre de 1967, pp. 96-100.

11. En cuanto a las normas y actos propiamente políticos, se introdujo en Estados Unidos una sustancial diferenciación (que posteriormente trascendió a los ordenamientos latinoamericanos), en relación con los países de Europa occidental, cuyos ordenamientos, no obstante provenir de un origen común, el racionalismo iusnaturalista desarrollado por los enciclopedistas, tuvieron en la práctica un desarrollo muy diverso. En efecto, la Constitución de los Estados Unidos de 1787 otorgó a dicha Carta Fundamental el carácter de *norma jurídica*, de acuerdo con el principio de la *supremacía constitucional* regulado por su artículo VI,²⁰ en tanto que a partir de las primeras constituciones liberales de fines del siglo XVIII y principios del XIX, debido al peso del pensamiento del filósofo ginebrino Juan Jacobo Rousseau sobre la ley como expresión de la “voluntad general”,²¹ se otorgó al citado principio de “supremacía constitucional” un carácter eminentemente político, que sólo podía ser aplicado por los órganos políticos del Estado, y se estableció la prohibición terminante a los jueces y tribunales para conocer de las cuestiones de inconstitucionalidad de los actos y de las disposiciones legislativas.

12. Esta dicotomía fue precisada con gran profundidad por el jurista español Eduardo García de Enterría en un estudio clásico, en el cual señaló que la técnica de atribuir a la Constitución valor normativo superior, inmune a las leyes ordinarias y más bien determinante de la validez de éstas, pero además, valor superior judicialmente tutelado, es en opinión de este autor la más importante creación, con el sistema federal, del constitucionalismo norteamericano y su gran innovación frente a la tradición inglesa de la que surgió. Esta doctrina de la supremacía normativa de la Constitución fundamentó el establecimiento a su favor de la *judicial review*, que reconoció el poder de los tribunales de declarar nulas, a efectos de su inaplicación, las leyes que contradijeran la Constitución, principio básico desarrollado por la jurisprudencia, en particular de la Corte Suprema Federal a partir del famoso asunto *Marbury versus Madison* resuelto en 1803.²²

²⁰ Dicho artículo VI, dispone en lo conducente: “Esta Constitución, las leyes de los Estados Unidos que emanen de ella y los tratados internacionales que estén de acuerdo con la misma, son la *Ley Suprema de la Unión*. Los jueces de los Estados están obligados a sujetarse a dicha Ley Suprema no obstante disposiciones en contrario de las Constituciones y leyes de los propios Estados”.

²¹ En su clásico ensayo *El contrato social*, trad. de Enrique de la Rosa, Buenos Aires, 1961, pp. 177-178, libro II, capítulo VI.

²² En el libro *La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981, especialmente pp. 49-55.

13. El mismo jurista español destaca en su excelente estudio que de manera sorprendente los ordenamientos europeos continentales quedaron totalmente al margen de la formidable construcción del constitucionalismo norteamericano, debido a diversos factores, entre ellos la prevalencia del principio monárquico como fuente formal de la Constitución, y posteriormente la larga lucha de los parlamentos contra los regímenes monárquicos condujo al sistema de la soberanía de los órganos legislativos, que se tradujo en la superioridad absoluta de las leyes y su relativa inmunidad judicial. Con toda razón dicho autor estima que no fue sino hasta la expedición de la Constitución austriaca de 1920, reformada en 1929, debido a la influencia decisiva del pensamiento (y de la acción, ya que fue miembro de la comisión redactora del texto original de dicha Carta Fundamental) del ilustre Hans Kelsen, cuando se produjo la recepción en Europa del principio jurídico de la supremacía constitucional.²³

14. Históricamente podemos señalar otras dos instituciones en las cuales se advierte la influencia de la inmunidad judicial de las cuestiones políticas, ya sea en forma directa o indirecta. En el primer supuesto debemos mencionar las *declaraciones de emergencia* o *de excepción* en situaciones de graves conflictos internos o externos, ya que en esos supuestos se ha restringido en forma casi absoluta la intervención de los tribunales, tanto por la calificación de las relaciones entre las medidas adoptadas, generalmente muy restrictivas en el campo de los derechos fundamentales (la gravedad de la situación misma), como por las afectaciones concretas de la emergencia.²⁴

15. En segundo y último término podemos mencionar la clásica y radical separación entre *los tribunales militares* respecto de los tribunales ordinarios, y si bien para establecer esa división no se ha invocado en forma expresa la naturaleza política de los conflictos castrenses, se apoyó indirectamente en ella, debido al rígido concepto de la disciplina militar, que la hacía inmune a los principios del *debido proceso*, y lo que es más grave, en las situaciones de emergencia los civiles han sido sometidos a la jurisdicción de los tribunales castrenses, lo que ha sido muy frecuente en los regímenes militares latinoamericanos, en los cuales los

²³ *Op. ult. cit.*, pp. 55-59.

²⁴ *Cfr.* Pedro Cruz Villalón, *Estado de sitio y la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1980, pp. 179-365; Diego Valadés, *La dictadura constitucional en América Latina*, México, UNAM, 1974, pp. 91-121.

miembros de las fuerzas armadas han desarrollado *una función política activa*, que va desde la simple influencia en el ejercicio del poder, hasta la sustitución de los civiles en las decisiones de carácter político.²⁵

III. JUSTICIA Y POLÍTICA

16. Puede afirmarse que la reflexión sistemática sobre las relaciones de la jurisdicción con las cuestiones políticas se inició en los años treinta del siglo XX, con la controversia académica entre dos grandes juristas de la época, es decir, por una parte Carl Schmitt y por la otra Hans Kelsen (ver *supra* párrafo 7). En efecto, la famosa polémica comenzó con la aparición del clásico libro de Carl Schmitt *Der Hüter der Verfassung (El protector de la Constitución)*, cuya primera edición se publicó en Alemania en 1931 y fue traducida al español en el mismo año por Manuel Sánchez Sarto, con el título *La defensa de la Constitución*.²⁶

17. Las ideas de Schmitt fueron objeto de réplica por el ilustre fundador de la Escuela de Viena, Hans Kelsen, por medio de un profundo estudio intitulado *Wer soll der Hüter der Verfassung sein? (¿Quién debe ser el protector de la Constitución?)*.²⁷ La controversia se refirió esencialmente a la tesis del profesor alemán sobre la necesidad de que el órgano tutelar de las normas constitucionales, por regular instituciones políticas, debería radicar en un órgano del poder también político, que en su concepto debía ser el Presidente del *Reich*, con apoyo en las facultades extraordinarias que le fueron conferidas por el artículo 48 de la Carta Fundamental alemana de 1919. El propio Schmitt consideraba que no debía conferirse la función de proteger o tutelar las disposiciones fundamentales a los jueces ordinarios (como ocurría en Estados Unidos por medio del control difuso), o bien a un tribunal especial (como la Corte Constitucional

²⁵ Cfr., entre otros, Giuseppe Vergottini, "El Estado militar", en la obra colectiva, *Jurisdicción militar y Constitución en Iberoamérica (Libro-Homenaje a Domingo García Belaúnde)*, Lima, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana)-Grijey, 1997, pp. 233-252.

²⁶ Carl Schmitt, *La defensa de la Constitución*, Barcelona, Labor, 1931. Reimpresión con un excelente prólogo del constitucionalista español Pedro de Vega, Madrid, Tecnos, 1983.

²⁷ Publicada originalmente en la revista *Der Justiz*, 1930-1931, cuadernos 11-12, pp. 576-628. Traducción italiana de Carmelo Geraci, que con el título "Chi dev'essere il custode della Costituzione", en el volumen recopilativo de estudios del propio Kelsen, *La giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 231-291. El mismo artículo fue traducido al español por Roberto J. Brie, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, con un estudio preliminar de Guillermo Gasís y supervisión técnica de Eugenio Bulygin, Madrid, Tecnos, 1995.

de la Carta Federal austriaca de 1920), porque ello no significaría la *judicialización de la política*, sino por el contrario la *politicación de la justicia*, que dicho autor consideraba inconveniente.

18. A su vez, Kelsen postulaba que la tesis de Schmitt era ideológica, y que por el contrario, de acuerdo con el ejemplo de la citada Corte Constitucional austriaca promovida por el jurista vienés,²⁸ el conocimiento de los conflictos constitucionales debía corresponder a un tribunal especializado que no tendría que considerarse como cualitativamente diverso de cualquier otro órgano jurisdiccional. Una diferencia, sin embargo, radicaba en que la sentencia que declaraba la inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas poseía efectos generales, o sea, *erga omnes*, por lo que desde su punto de vista dicho tribunal especializado funcionaba en este aspecto como “legislador negativo”.

19. Schmitt representó la tesis tradicional europea de las normas constitucionales como disposiciones de contenido político y por lo tanto no justiciables, ya que someter dichos preceptos fundamentales al conocimiento de los tribunales ordinarios o especializados significaba “politizar” la justicia, lo que desvirtuaba la función jurisdiccional. Por el contrario, Kelsen inició una transformación en el derecho europeo, similar al que se introdujo en la Carta de los Estados Unidos de 1787, en el sentido de otorgar a las disposiciones de la Carta Fundamental una dimensión jurídica (ver *supra* párrafo 12),²⁹ al aplicar al derecho constitucional su teoría general sobre la garantía de las normas jurídicas, como se verá más adelante (ver *infra* párrafos 27-28), con lo cual hizo surgir el concepto contemporáneo de las *garantías constitucionales*.³⁰

20. Kelsen veía hacia el futuro, en tanto que Schmitt no comprendió el retroceso que significaban sus ideas, pues en tanto que la aplicación del procedimiento político de las facultades de emergencia del Presidente de

²⁸ Cfr. Charles Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*, prefacio de Hans Kelsen, París, Economica, 1986 (reimpresión de la edición original de 1928), con un prólogo de Georges Vedel y un apéndice de Louis Favoreu, pp. 471-515.

²⁹ Cfr. Guillermo Gasió, “Estudio preliminar” citado en la nota 27, pp. IX-XLIII, y Carlos Miguel Herrera, “La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 86, Madrid, octubre-diciembre de 1994, pp. 195-227.

³⁰ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, 2a., ed., México, UNAM, 1998, pp. 55-66.

la República de Weimar desembocó en la dictadura totalitaria de Hitler, el pensamiento del jurista austriaco ha tenido una gran repercusión en nuestra época, en la cual se advierte un desarrollo muy dinámico de los Tribunales y Cortes Constitucionales como las instituciones más significativas de los regímenes democráticos contemporáneos (ver *infra* párrafos 29-33).

IV. LAS TRANSFORMACIONES DE LOS ÚLTIMOS AÑOS

21. Respecto de las últimas décadas del siglo XIX se puede destacar la meritoria labor de interpretación extensiva de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés en lo relativo a la apreciación judicial de los actos de gobierno y de carácter discrecional. Además, de manera un tanto incierta en la primera posguerra, y muy dinámica en los años que siguieron a la terminación de la Segunda Guerra Mundial, se advierte una transformación en cuanto a la *judicialización progresiva de las cuestiones políticas*, cuya inmunidad se ha reducido de manera considerable en la actualidad.

22. a) En lo concerniente a la *justicia administrativa* ha tenido un gran significado la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, respecto al sometimiento de las cuestiones políticas, insertas en la calificación de "actos de gobierno", así como de las facultades discrecionales de la administración pública a la apreciación judicial. El aspecto más importante de esa evolución fue la creación jurisprudencial del recurso de *desviación de poder* (*détournement de pouvoir*), que implica la revisión de los actos y resoluciones administrativas dictados en ejercicio de las *facultades discrecionales*, respecto de las cuales se puede examinar si la autoridad se ajustó a la finalidad del acto o a los motivos legales del mismo.³¹

23. Esta creación jurisprudencial francesa, si bien ha sufrido transformaciones por la evolución constante de la actividad de la administración pública contemporánea, ha influido de manera notoria en la competencia de los tribunales, crecientemente especializados, en cuanto a su conocimiento de las facultades discrecionales, en los cuales se aplica un crite-

³¹ Aun cuando la bibliografía es impresionante, sólo mencionamos en vía de ejemplo la conocida obra del jurista francés Charles Debash, *Contentieux administratif*, 2a., ed., París, Dalloz, 1978, pp. 724-730.

rio de *razonabilidad* relativo a los fines jurídicos que se persiguen en su aplicación.³²

24. El conocido administrativista y procesalista español Jesús González Pérez ha puesto de relieve los difíciles problemas a los cuales tiene que enfrentarse todo ordenamiento jurídico que pretende someter los actos (y resoluciones) administrativos a los estrictos principios de la legalidad, y en esta dirección el proceso administrativo en la vía judicial es el único instrumento que, no obstante sus limitaciones (que se han reducido de manera paulatina), puede lograr el sometimiento de la administración cada vez más poderosa a los principios jurídicos, para la tutela de los derechos cada vez más exiguos de los administrados.³³

25. b) En cuanto a la *apreciación judicial de las cuestiones políticas*, su evolución ha sido muy dinámica en las últimas décadas, si se toma en consideración que en la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, no obstante que estaba regida por el principio fundamental de la *Constitución como norma jurídica* al cual nos hemos referido con anterioridad (ver *supra* párrafos 11 y 12), se adoptó una actitud muy cauta en esta materia y se estableció una autolimitación judicial en cuanto a las *political questions*, estimadas en forma más limitada que en los órganos jurisdiccionales europeos anteriores a la creación de los tribunales constitucionales.³⁴

26. La concepción estricta de estas cuestiones políticas empezó a cambiar en los años sesentas con el famoso caso *Baker versus Carr* (1962), en el cual bajo la ponencia del juez William Joseph Brennan Jr. (en funciones 1956-1990), quien encabezó la mayoría de seis contra dos, se consideró que la Corte Suprema Federal podía conocer y resolver sobre la desproporción de los distritos electorales establecidos por la legislatura del Estado de Tennessee, de acuerdo con la disposición constitucional de la protección equitativa. Este fallo fue seguido por el de *Powell ver-*

³² Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Introducción a la justicia administrativa en el ordenamiento mexicano*, México, El Colegio Nacional, 1983.

³³ *Administración pública y libertad*, México, UNAM, 1971, pp. 76-90.

³⁴ Sobre la evolución progresiva de la judicialización de las *political questions*, puede consultarse el penetrante análisis de este concepto redactado por Joel B. Grossman, en la obra editada por Kermitt L. Hall, *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, New York, Oxford University Press, 1992, pp. 651-653.

sus McCormak (1969), respecto de la decisión de la Cámara de Representantes del Congreso Federal de excluir por conducta impropia la toma de posesión del que había sido electo como uno de sus miembros, materia que fue considerada por la Corte Suprema Federal como justiciable cuando no se tratara de reglas de exclusión establecidas por la Constitución Federal. A partir de entonces no puede considerarse desaparecida la regla de autolimitación de dicha Corte Suprema respecto de las cuestiones políticas, pero ha quedado bastante restringida.³⁵

27. En Europa continental la judicialización de las cuestiones políticas se inició con la creación de la Corte Constitucional en la Constitución Federal austriaca de 1920, con apoyo en las ideas del destacado Hans Kelsen, fundador de la Escuela de Viena, quien aplicó al derecho constitucional los criterios que estableció en su clásico libro *Teoría pura del derecho*, sobre la norma que calificó de primaria, considerada como la *garantía* para lograr el cumplimiento coactivo, por parte del destinatario, de la disposición (secundaria), que establece la obligación jurídica, así como su concepto de la Constitución como fundamento de validez de todo el ordenamiento jurídico.³⁶

28. Con apoyo en los anteriores razonamientos, el jurista vienés desarrolló específicamente sus ideas sobre la *garantía jurisdiccional de la Constitución* en el clásico estudio que publicó en 1928,³⁷ en el cual sistematizó de manera precisa y particularizada las ideas que lo llevaron a proponer la creación de la Corte Constitucional en la Carta Federal austriaca de 1920, cuyo título VI, sobre la organización, competencia y funcionamiento de la Corte Administrativa Federal (*Verfassungsgerichtshof*), y de la mencionada Corte Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*), recibió la denominación de *Garantías de la administración y de la Constitución (Garantien der Verwaltung und der Verfassung)*.

³⁵ Además de los trabajos mencionados en la nota 14 de este trabajo, véase el estudio de Karl Loewenstein, "La función política del Tribunal Supremo de los Estados Unidos", en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 133, enero-febrero de 1964, pp. 5-38.

³⁶ Cfr. Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, 2a., ed., México, UNAM, 1968, pp. 129 y ss., 201 y ss.; *id.*, *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Máynez, 2a., ed., 3a., reimpresión, México, UNAM, 1983, pp. 68-75.

³⁷ Cfr. del mismo Hans Kelsen, su clásico estudio "La garantie juridictionnelle de la Constitution. (La justice constitutionnelle)", en *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, París, 1928, pp. 52-143, publicado posteriormente en *Annuaire de l'Institut de Droit Public*, 1929, este último traducido al español por Rolando Tamayo y Salmorán, "La garantía jurisdiccional de la Constitución. (La justicia constitucional)", en *Anuario Jurídico*, México, I, 1974, pp. 471-515.

V. LOS TRIBUNALES Y CORTES CONSTITUCIONALES COMO ORGANISMOS JURISDICCIONALES ESPECIALIZADOS EN LA RESOLUCIÓN DE CUESTIONES POLÍTICAS FUNDAMENTALES

29. Con la creación de esta Corte Constitucional en la Carta Federal austriaca (por cierto antecedida en unos meses con la introducción de un organismo similar en la Corte Constitucional de Checoslovaquia del 29 de febrero de 1920, ya que la austriaca se promulgó el 1 de octubre siguiente), se inició un amplio desarrollo sobre el *concepto jurídico de las normas constitucionales*, que por regular instituciones políticas se consideraban tradicionalmente como no justiciables. A partir de entonces y de manera creciente se judicializaron varias instituciones antes consideradas estrictamente políticas, como las controversias entre los órganos centrales y periféricos sobre su competencia legislativa, los llamados *conflictos de atribución* entre los órganos del poder, la protección de los Derechos Humanos consagrados constitucionalmente, el enjuiciamiento de algunos funcionarios de alta jerarquía e, incluso, algunos conflictos de carácter electoral.

30. El modelo austriaco tuvo repercusión en la Constitución Republicana española de diciembre de 1931, en la cual se estableció un *Tribunal de Garantías Constitucionales*,³⁸ pero especialmente en la segunda posguerra, en la cual se generalizó el establecimiento de Cortes y Tribunales Constitucionales para resolver las controversias derivadas de la aplicación de las normas fundamentales, pues además de la Corte Constitucional austriaca (suprimida desde 1934, pero restablecida en 1945), se introdujeron estos órganos jurisdiccionales en las Cartas Supremas de Italia (1948), República Federal de Alemania (1949), Turquía (1961-1982), en la antigua Yugoslavia (1963-1974), Portugal (1966-1982), España (1978) y Bélgica (1980, denominado Tribunal de Arbitraje); en esa misma dirección se puede mencionar el Consejo Constitucional francés, que inició sus actividades como un órgano político, pero que en la actualidad la doctri-

³⁸ Cfr. José Luis Cascajo Castro, "Kelsen y la Constitución española de 1931", en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, enero-febrero de 1978, pp. 243-255; Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, "Significado y funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales", en su obra *Ensayos de derecho procesal civil, penal y constitucional*, Buenos Aires, Revista de Jurisprudencia Argentina, 1944, pp. 503-505, y Pedro Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, pp. 232-419.

na considera que realiza funciones predominantes de jurisdicción constitucional.³⁹

31. En años recientes el paradigma europeo continental ha tenido influencia considerable, en especial en los ordenamientos constitucionales de los países de Europa del Este que con anterioridad a las transformaciones iniciadas en 1989 seguía el modelo soviético, y en la actualidad se han creado Tribunales y/o Cortes Constitucionales, por medio de reformas o expedición de nuevas Cartas Constitucionales en los siguientes países citados por orden alfabético: Albania (1992), Bosnia-Herzegovina (1995), Bulgaria (1991), Croacia (1990), República Checa (1992), Eslovaquia (1992), Eslovenia (1991), Estonia (1992), Hungría (1989), Letonia (1996), Lituania (1992), Macedonia (1992), Moldavia (1994), Polonia (1982-1986, ahora en su nueva Carta Fundamental de 1997), Rumania (1991) y Yugoslavia (1992).⁴⁰

32. Incluso en la República Federativa Rusa, formada al desaparecer la Unión Soviética, y también en la República de Ucrania, que antes formaba parte de esta última y ahora de la Comunidad de Estados Independientes, se han establecido organismos de jurisdicción constitucional; la primera al establecer la Corte Constitucional en su Carta Federal de 1993, y la segunda un Tribunal Constitucional en su Ley Suprema de 1996.⁴¹ También podemos mencionar que las Constituciones sudafricanas, provisional de 1994 y definitiva de 1997, establecieron una Corte Constitucio-

³⁹ Cfr. Louis Favoreu, *Los Tribunales Constitucionales*, trad. de Vicente Villacampa, Barcelona, Ariel, 1994, pp. 43-136; Dominique Rousseau, *La justice constitutionnelle en Europe*, París, Montchrestien, 1992, pp. 51-156.

⁴⁰ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "Estudio preliminar" a la traducción del libro de Paolo Biscaretti di Ruffia, *Introducción al derecho constitucional comparado*, cit. *supra* nota 2, pp. 26-28; Sergio Bartole y otros, "Transformazione costituzionali nell'Este europeo", en *Quaderni Costituzionali*, Padua, Il Molino, diciembre de 1992, pp. 383-397; Peter Häberle, "Constitutional Developments in Eastern Europe from the Point of View of Jurisprudence and Constitutional Theory", en *Law and State*, Tübingen, vol. 46, pp. 66-67; Mercedes Torres Pérez y Carlos Flores Juberías, "Materiales para un estudio comparado de la justicia constitucional en la Europa central y oriental", en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 20-21, Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política de la Universidad de Valencia, España, 1997, pp. 221-265.

⁴¹ Cfr. Sergei Beliaev, "The Evolution of Constitutional Debates in Russia in 1990-1993. A Comparative Review", en *Review of Central and East European Law*, núm. 3, 1993, pp. 305-319; Patrice Gélard, "La actualité constitutionnelle en Russie (novembre 1993-janvier 1994)", en *Revue Française de Droit Constitutionnelle*, núm. 17, 1994, pp. 185-186; Manuel Becerra Ramírez, *La Constitución rusa de 1993*, México, UNAM, 1994, pp. 11-13.

nal, la que entre otras importantes actividades formuló un dictamen sobre el proyecto de la última Carta mencionada.

33. Ha existido, pues, una verdadera explosión de Tribunales y Cortes Constitucionales en Europa continental en los últimos años, lo que equivale a que en todos los países que hemos mencionado y también en otros ordenamientos se ha establecido la judicialización de las cuestiones políticas consideradas en la Constitución, que anteriormente no se admitía ni en la tradición europea anterior ni tampoco en los países que habían adoptado el modelo soviético, por razones diversas.

34. Debe recordarse que entre el sistema de justicia constitucional adoptado por la influencia de Estados Unidos y el establecido en Europa continental debido al modelo austriaco, existen varias diferencias que son bien conocidas y que habían sido señaladas por el notable jurista italiano Piero Calamandrei, cuando afirmó que los lineamientos del binomio aparecen de ordinario agrupados según cierta necesidad lógica, de modo que el control judicial, es decir, el americano, es necesariamente *difuso, incidental, especial y declarativo*, y a la inversa, el sistema que dicho autor califica como "autónomo", o sea el austriaco o europeo continental, es *concentrado, principal, general y constitutivo*.⁴²

35. Por muchos años prevaleció el modelo estadounidense en la mayor parte, por no decir en la totalidad de los ordenamientos constitucionales de los países de América, desde Canadá hasta Argentina, y particularmente en Latinoamérica, pero con diversas modalidades,⁴³ y por eso ha sido calificado como *sistema americano*,⁴⁴ pero en los últimos años se advierte una creciente proximidad con el paradigma austriaco o continental europeo, con la introducción creciente de Tribunales, Cortes y Salas Constitucionales, sin que por ello se prescindiera de la revisión judicial de origen estadounidense, sino que se ha realizado una combinación de ambos sistemas, ya que por un lado se ha conservado el principio de que todos o algunos de los tribunales ordinarios puedan desaplicar las disposi-

⁴² "La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile", en *Opere giuridiche*, del mismo autor, Napoli, Morano, 1968, tomo III, p. 350.

⁴³ Cfr. Phanor J. Eder, "Judicial Review in Latin America", en *Ohio Law Journal*, otoño de 1960, pp. 570-615.

⁴⁴ Cfr. Mauro Cappelletti, *Judicial Review in the Contemporary World*, Indianapolis-Kansas City-New York, Bobbs-Merryl, 1971, pp. 36-40.

ciones legislativas que consideran inconstitucionales en los procesos concretos de que conocen, y por la otra se han creado organismos jurisdiccionales especializados y concentrados, de acuerdo con el modelo europeo, para decidir en último grado sobre la aplicación de las normas constitucionales, incluyendo la declaración general de la inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas.

36. De manera paulatina dichos organismos especializados se han introducido en los ordenamientos fundamentales latinoamericanos, y al respecto podemos mencionar la Corte de Constitucionalidad de Guatemala (1965 y 1985); el Tribunal Constitucional chileno (1970-1973 y 1980-1989); los Tribunales de Garantías Constitucionales de Ecuador (1948) y Perú (1979), ambos transformados en Tribunales Constitucionales en las reformas constitucionales de Ecuador de 1996-1998 y en la vigente Carta Fundamental de Perú de 1993; la Corte Constitucional de Colombia (1991), y el Tribunal Constitucional de Bolivia (reformas constitucionales de 1994). También se han establecido Salas Constitucionales autónomas en las Cortes Supremas de El Salvador (1983-1991), Costa Rica (1989) y Paraguay (1992), así como en el actual Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (1999).⁴⁵ Al respecto, también debe hacerse mención de la Corte Suprema de Justicia de México, que en las reformas de 1988 y 1995 a la Carta Federal de 1917 se ha transformado en un Tribunal Constitucional desde el punto de vista material, en virtud de que se le confirió la facultad exclusiva de decidir sobre las cuestiones de inconstitucionalidad, ya que con anterioridad a estas modificaciones también funcionaba como organismo jurisdiccional de legalidad de último grado, es decir, como Tribunal Federal de Casación.⁴⁶

VI. LA JUDICIABILIDAD DE LAS DECLARACIONES DE LOS ESTADOS DE EMERGENCIA Y DE SUS ACTOS DE APLICACIÓN

37. Uno de los sectores que se mantuvo por más tiempo en el sector de las cuestiones políticas no justiciables fue el relativo a las declaraciones

⁴⁵ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Los tribunales y salas constitucionales en América Latina", en la obra *Estudios jurídicos en homenaje a don Santiago Barajas Montes de Oca*, México, UNAM, 1995, pp. 59-74; Allan R. Brewer Carías, *El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2000.

⁴⁶ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "La Suprema Corte como tribunal constitucional", en los libros, *Las nuevas bases constitucionales y legales del sistema judicial mexicano. La reforma judicial de 1986*. México,

de los estados de excepción o de emergencia, ya que se consideró que se trataba de situaciones excepcionales en las cuales se encontraba en riesgo la existencia misma del Estado y por ello debía quedar a cargo del Ejecutivo de manera discrecional y aplicarse las medidas de emergencia por las autoridades militares, y en todo caso sólo procedía el control político por parte del organismo legislativo.

38. En este sector ha sido fundamental la experiencia de los ordenamientos latinoamericanos con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, ya que, especialmente en los sesentas y setentas del siglo XX, predominaron en la región los gobiernos autoritarios, en particular las juntas militares, que con frecuencia decretaron estados de excepción o de emergencia, de tal manera que la excepción se transformó en permanente, no obstante que su duración debe ser temporal. Es precisamente en Latinoamérica en donde se advierte una clara evolución hacia la intervención de los organismos jurisdiccionales en el conocimiento de las declaraciones de emergencia, además de que las Constituciones más recientes han establecido una serie de situaciones graduales que culminan con el estado de sitio, que es el que asume mayor gravedad.⁴⁷

39. Desde un enfoque teórico, las declaraciones de los estados de excepción o de emergencia asumen la finalidad, en casos de graves situaciones de peligro o conflicto, de preservar el ordenamiento constitucional democrático, y por ello son indispensables su vigencia temporal y su relación directa y proporcional con la gravedad de la situación que pretende superarse,⁴⁸ pero como lo ha destacado la doctrina, en Latinoamérica los estados de emergencia que también se han calificado como suspensión de garantías (en su sentido tradicional de equivalente de derechos de la persona humana), durante el predominio de los gobiernos autoritarios, generalmente de carácter castrense, asumieron una modalidad que puede considerarse *patológica*, puesto que su propósito no era la conservación y la defensa del régimen democrático, sino todo lo contrario, reforzar a las autoridades militares, así como desalentar o hasta destruir a la oposición política, y para ello se restringieron de manera considerable los de-

Porrúa, 1987, pp. 345-390; y *Reformas constitucionales de la renovación nacional*, México, Porrúa, 1987, pp. 223-272.

⁴⁷ Cfr. el volumen colectivo, *Estados de emergencia en la región andina*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1987.

⁴⁸ Cfr. Diego Valadés, *La dictadura constitucional en América Latina*, cit. *supra*, nota. 24, pp. 123-154.

rechos fundamentales e incluso se sometió a los civiles a la jurisdicción castrense y por supuesto se estableció la improcedencia de los recursos de amparo y de hábeas corpus para tutelar los propios derechos ante los jueces y tribunales.⁴⁹

40. De manera implícita, en esos años trágicos en algunos de esos países afectados por los gobiernos autoritarios de carácter militar los tribunales asumieron, así fuera tímidamente, el conocimiento de las declaraciones de emergencia o de excepción, y establecieron algunos criterios para determinar su conformidad con las normas constitucionales. En esta dirección podemos señalar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Argentina y la del Tribunal Supremo Federal del Brasil, aunque con mayor consistencia la primera que el segundo.⁵⁰

41. a) En forma muy resumida se puede destacar que por conducto del concepto de *razonabilidad* la Suprema Corte argentina señaló los lineamientos por medio de los cuales los tribunales podían examinar si las disposiciones legislativas, generalmente emitidas por el Ejecutivo durante los estados de emergencia y así como su aplicación concreta, se habían expedido y ejercitado dentro de los límites establecidos por la Constitución Nacional, aun cuando no pudieran decidir sobre la oportunidad y discrecionalidad políticas de las propias medidas de excepción.⁵¹

42. Como ejemplo podemos destacar dos fallos que pronunció la citada Corte Suprema durante el último y prolongado régimen militar instaurado en 1966 y que no finalizó sino hasta 1984 al restaurarse el régimen civil democrático, resoluciones que se pueden considerar esenciales para la revisión judicial de la constitucionalidad y legalidad de las situaciones de emergencia. En el resuelto el 9 de agosto de 1977, *Carlos Mariano Zamorano*, el más alto tribunal argentino confirmó la sentencia

⁴⁹ Cfr. Héctor Gros Espiell, "Medidas prontas de seguridad y delegación de competencias", en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, año XVII, núm. 2-4, 1966; Domingo García Belaúnde, "Regímenes de excepción en las Constituciones latinoamericanas", en el volumen *Normas internacionales sobre Derechos Humanos y derecho interno*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1984, pp. 4-111.

⁵⁰ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "La protección procesal de los derechos humanos en América Latina y las situaciones de emergencia", en *El Foro*, México, abril-junio de 1973, pp. 63-75 y 29-45, respectivamente.

⁵¹ Cfr. Eduardo Vocos Conesa, "El estado de sitio en la jurisprudencia de la Corte Suprema desde 1863 hasta el 30 de junio de 1870", en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 1 de septiembre de 1970, pp. 57-63.

de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Federal, de abril del mismo año, y el más conocido de *Jacobo Timmerman*, pronunciado por la Corte el 20 de julio de 1978. En ambos fallos se sostuvo, con motivo de la detención de los promoventes por el órgano Ejecutivo con apoyo en facultades de emergencia, que si bien los tribunales no podían juzgar los motivos políticos de dichas facultades por medio del citado concepto de *razonabilidad*, sí tenían competencia, de acuerdo con los artículos 23 y 95 de la Carta Federal, para decidir sobre la situación de los detenidos a disposición del citado Poder Ejecutivo, ya que los afectados no podían quedar librados a su suerte y al margen de todo control por parte de los jueces de la nación, sea cual fuere el tiempo en el cual se prolongara el arresto.⁵²

43. Un intento similar al de la Corte argentina se produjo, así sea esporádicamente, en el Supremo Tribunal Federal brasileño entre 1964 y 1969, durante la época en que el gobierno militar de ese país adoptó una actitud persecutoria contra los miembros de la oposición política. En efecto, durante ese difícil periodo el citado Tribunal Supremo Federal admitió y resolvió varios recursos de hábeas corpus contra actos lesivos para los Derechos Humanos emitidos por el citado gobierno militar con apoyo en declaraciones de emergencia y el desorbitado concepto de la seguridad nacional. Por medio de esas resoluciones se protegió no sólo la libertad personal sino también las de expresión y de pensamiento. Esta actitud judicial provocó un serio enfrentamiento con el Ejecutivo, el cual, además de expedir, en uso de facultades constituyentes, varios Actos Institucionales, incluyendo las sustanciales modificaciones de 1969, para reformar la Constitución de 1967 en un sentido todavía más autoritario, presionó al propio Tribunal Federal de tal manera que tres de los magistrados más independientes fueron obligados a pedir su retiro y otros dos renunciaron a sus cargos por inconformidad con esas medidas de excepción.⁵³

44. c) También podemos señalar como un precedente de la judicialidad de las declaraciones de emergencia la regulación de la Constitución colombiana anterior de 1886, reformada en 1968, cuyos artículos 121 y

⁵² Cfr. Segundo V. Linares Quintana, "Control judicial de los gobiernos *de facto*", en la obra *Festschrift für Karl Loewenstein (Libro de homenaje a Karl Loewenstein)*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1971, pp. 302-325; *id.*, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, cit. *supra* nota 8, tomo VI, 1980, pp. 207-220.

⁵³ Cfr. Norman J. Nardoff, "Habeas Corpus and the Protection of Political and Civil Rights in Brazil", en *Lawyer of the Americas*, Miami, otoño de 1982, pp. 297-333.

122 disponían que los decretos legislativos expedidos por el Presidente de la República con autorización del Congreso durante los estados de sitio o de emergencia económica y social debían ser enviados por el Ejecutivo a la Corte Suprema de Justicia al día siguiente de su expedición, y en caso de no hacerlo, la propia Corte los conocería de oficio, con objeto de que esta última declarase, con carácter definitivo, si dichos decretos se expidieron de acuerdo con los requisitos formales previstos por las citadas normas fundamentales y si las disposiciones legislativas correspondientes se ajustaban a las facultades del gobierno durante los propios estados de excepción, lo que ocurrió en varias oportunidades, pues si bien Colombia no ha padecido sino excepcionalmente gobiernos militares, debido a problemas económicos o de grupos subversivos se ha acudido con frecuencia a estas declaraciones de emergencia.⁵⁴

45. Una vez restablecidos los regímenes democráticos de carácter civil en los países que habían padecido dictaduras de carácter militar, se introdujeron cambios constitucionales y legales, o bien se expidieron nuevas Cartas Fundamentales, en los cuales se ha procurado regular de una manera más precisa las situaciones de emergencia y la intervención de los organismos jurisdiccionales en el conocimiento de la constitucionalidad y legalidad de las declaraciones de emergencia, para lo cual se tomaron en cuenta las valiosas experiencias que hemos señalado con anterioridad y en ciertos supuestos los tratados internacionales sobre Derechos Humanos.

46. En el ordenamiento argentino se observa claramente esa tendencia hacia la judicialización de las cuestiones derivadas de las declaraciones de excepción y su aplicación, ya que al poco tiempo de tomar posesión el gobierno democrático se expidió la Ley Nacional de Hábeas Corpus promulgada el 24 de octubre de 1984, en cuyo artículo 4o., incisos 1 y 2, se consagró el principio de *razonabilidad* que pueden aplicar los tribunales federales y locales al conocer de las demandas de hábeas corpus contra las detenciones ordenadas durante el estado de sitio, ya que con motivo de las mismas dichos juzgadores pueden examinar tanto la legalidad como la constitucionalidad de las disposiciones legislativas que sirven

⁵⁴ Cfr. Carlos Restrepo Piedrahita, *Las facultades extraordinarias*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1973, especialmente pp. 153-259; Luis Carlos Sáchica, *Constitucionalismo colombiano*, 7a., ed., Bogotá, Temis, 1983, pp. 207-220; Gustavo Gallón G., "La experiencia colombiana en los estados de emergencia y la viabilidad de su control internacional", en el libro *Estados de emergencia en la región andina*, cit. *supra* nota 47, pp. 79-92.

de apoyo a las medidas concretas contra las cuales se interpone la impugnación, incluyendo la declaración de la emergencia.⁵⁵ Pero además, los jueces que conozcan de dichos recursos de hábeas corpus pueden declarar de oficio en el caso concreto la inconstitucionalidad cuando la limitación de la libertad se lleve a cabo por orden escrita de una autoridad que obra en virtud de un precepto legal contrario a la Constitución nacional, de acuerdo con lo establecido por el artículo 60. del mismo ordenamiento.⁵⁶

47. La Corte Suprema argentina tuvo la ocasión de pronunciarse sobre estas cuestiones en su sentencia del 3 de diciembre de 1985, con motivo del recurso de hábeas corpus promovido por Jorge H. Granada contra el arresto decretado por el titular del Poder Ejecutivo con apoyo en la declaración de estado de sitio expedida ya dentro del régimen democrático. El voto pronunciado por el magistrado y conocido jurista Carlos S. Fayt, sostuvo, en esencia, que el citado control de constitucionalidad de los arrestos autoriza a verificar judicialmente si el acto respectivo guarda proporción con los fines perseguidos mediante la declaración del estado de sitio y, en cada caso concreto, si la privación de la libertad lo es por tiempo breve y limitado.⁵⁷

48. Por otra parte, en la reforma sustancial a la Constitución argentina en agosto de 1994, se introdujo en el artículo 99, inciso 3, el nuevo concepto de decretos de necesidad y urgencia que se atribuyen al Presidente de la República, cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Carta Federal para la sanción de las leyes, excluyendo las materias penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos. Dichos decretos deben enviarse posteriormente a la aprobación del Congreso y pueden también someterse al conocimiento de los tribunales, y en ese sentido la Corte Suprema

⁵⁵ De acuerdo con dicho precepto: "*Estado de Sitio*. Cuando sea limitada la libertad de una persona en virtud de la declaración prevista por el artículo 23 de la Constitución Nacional, el procedimiento de hábeas corpus podrá tender a comprobar en el caso concreto: 1. *La legitimidad de la declaración del estado de sitio*. 2. *La correlación entre la orden de privación de la libertad y la situación que dio origen al estado de sitio*".

⁵⁶ Cfr. Néstor Pedro Sagués, "Declaración judicial de la declaración de estado de sitio y de los arrestos consecuentes", en *La Ley*, Buenos Aires, 23 de diciembre de 1985, pp. 1-3. *id.*, capítulo IX, "Hábeas corpus y el estado de sitio", *Derecho procesal constitucional. Hábeas corpus*, 2a., ed., Buenos Aires, Editorial Astrea, 1988, pp. 233-300.

⁵⁷ Cfr. Germán Bidart Campos, "Lo viejo y los nuevo en la jurisprudencia actual de la Corte sobre el estado de sitio", en *El Derecho*, Buenos Aires, 4 de febrero de 1986, pp. 1-3.

argentina ha establecido en varios fallos que corresponde a los jueces decidir en casos judiciales en cuanto a su legalidad, especialmente por lo que concierne a su confrontación con la Constitución Nacional, pero no respecto de su acierto, oportunidad o conveniencia. Sin embargo, la doctrina considera que en algunas ocasiones también se han apreciado los últimos aspectos cuando resultaban indispensables para decidir sobre la constitucionalidad de los decretos respectivos.⁵⁸

49. En forma muy breve podemos señalar que en los últimos años, tanto los ordenamientos constitucionales latinoamericanos como la jurisprudencia de los tribunales de mayor jerarquía o los especializados en materia constitucional han establecido como principio general que con independencia del control político por parte los órganos legislativos las declaraciones de emergencia en sus diversas modalidades están sujetas a la revisión judicial en sus aspectos de legalidad y de constitucionalidad, no sólo en sus aspectos formales sino también en los de fondo. Como ejemplos podemos mencionar que la Constitución colombiana de 1991 reiteró en su artículo 214, inciso 6, la disposición de la Carta anterior de 1886, mencionada anteriormente (ver *supra* párrafo 44), en el sentido de que con independencia del control legislativo el gobierno debe enviar a la Corte Constitucional, al día siguiente de su expedición, los decretos legislativos sobre el estado de excepción, en sus diversas modalidades, para que dicha Corte decida definitivamente sobre su constitucionalidad, pero en el supuesto de que el gobierno no cumpliera con el deber de enviarlos, la propia Corte Constitucional conocerá de oficio en forma inmediata sobre dichos decretos de emergencia.⁵⁹ Por otra parte, dicha Corte Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones reiterando el control judicial que ejerce sobre los decretos de emergencia, tanto en la forma como en el contenido.⁶⁰

50. Por su parte, durante la vigencia de la Constitución anterior de 1961, la Corte Suprema de Justicia de Venezuela consideró en su senten-

⁵⁸ Cfr. Alejandro Pérez Hualde, *Decretos de necesidad y urgencia. Límites y control. En la doctrina, en la jurisprudencia y en la reforma constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1995. pp. 263-292.

⁵⁹ Cfr. Luis Carlos SÁCHICA, *Nuevo derecho constitucional colombiano*, 10a., ed., Santafé de Bogotá, Temis, 1992, pp. 118-128.

⁶⁰ Cfr. Carlos Ayala Corao, "El control jurisdiccional de los estados de excepción", en la obra *Los Estados de excepción en Chile*, Santiago, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, 1996, pp. 222-224.

cia del 11 de marzo de 1993 que los decretos de emergencia sobre suspensión de garantías debían someterse al control judicial de inconstitucionalidad no sólo en sus elementos formales sino también en su contenido en cuanto a su razonabilidad y la veracidad de las circunstancias de hecho que los motiven.⁶¹ En la nueva Carta Fundamental del 30 de diciembre de 1999, expresamente se estableció el doble control político y constitucional para la declaración de los estados de excepción, que ahora están divididos en varias categorías: alarma, emergencia económica, de conmoción, todos los cuales están comprendidos dentro del concepto general establecido por el artículo 337, que considera como estados de excepción las circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico que afecten gravemente la seguridad de la nación, de las instituciones y de los ciudadanos y ciudadanas, a cuyo respecto resultan insuficientes las facultades de las cuales se disponen para hacer frente a tales hechos.

51. De acuerdo con lo dispuesto por el citado precepto de la Carta de 1999, la declaración del estado de excepción corresponde al Presidente de la República, en Consejo de Ministros, y además *debe cumplir con las exigencias, principios y garantías establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Por otra parte, el artículo 339 de dicha Constitución establece que el Decreto que declare el estado de excepción debe ser presentado, dentro de los ocho días siguientes de haberse dictado, a la Asamblea Nacional o a la Comisión Delegada, para su consideración, y a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que se pronuncie por su constitucionalidad.⁶²

52. Como puede observarse, la evolución constitucional latinoamericana, debido a la dolorosa experiencia de las constantes y prolongadas declaraciones de los estados de emergencia o de excepción, ha limitado paulatinamente su carácter discrecional y las ha sometido no sólo al control político del órgano legislativo, sino también y de manera progresiva a la revisión judicial. Pero también se advierte la referencia cada vez más evidente a las reglas del derecho internacional (ver *infra* párrafo 55).

⁶¹ Cfr. *Op. ult. cit.*, pp. 220-222.

⁶² Cfr. Allan R. Brewer Carías, *La Constitución de 1999. Comentada*, Caracas, Editorial Arte, 2000, pp. 235-237.

53. Uno de los ejemplos más evidentes del sometimiento de las declaraciones de emergencia al control jurisdiccional se produjo en Guatemala con motivo del golpe de Estado realizado por el Presidente de la República Jorge Antonio Serrano Elías, quien en el decreto dictado el 25 de mayo de 1993 con el nombre de Normas Temporales de Gobierno ordenó la disolución del Congreso, del Tribunal Supremo y de la Corte de Constitucionalidad, y además asumió facultades extraordinarias.⁶³

54. En respuesta a este Decreto, la citada Corte de Constitucionalidad se reunió y en uso de sus facultades ese mismo día decidió que el citado decreto de emergencia y todos los actos que del mismo se derivaran transgredían disposiciones terminantes de la Carta Fundamental y representaban el rompimiento del orden constitucional, de manera que todos estos actos adolecían de nulidad *ipso jure* y debían quedar sin efecto, por lo que dicha resolución debía publicarse en el *Diario Oficial* para su acatamiento. En un auto del día siguiente, es decir, del 26 de mayo, la Corte de Constitucionalidad requirió a los ministros de Gobernación y de la Defensa Nacional a fin de que prestaran el auxilio necesario para que se ejecutara la sentencia de la propia Corte. El ejército decidió acatar lo ordenado por la Corte, y restablecer al Congreso Nacional y a la Corte Suprema de Justicia. Como el Presidente de la República abandonó el país, el Vicepresidente pretendió asumir la titularidad, pero la mencionada Corte de Constitucionalidad, por medio de su auto del 4 de junio, estimó que el citado Vicepresidente era corresponsable del golpe de Estado, por lo que no podía ocupar la Presidencia, la que por lo mismo quedaba acéfala y fijó un plazo para que el Congreso designara a los sustitutos, lo que dicho órgano legislativo cumplió, de manera que se restauró en su totalidad el orden constitucional. Con lo anterior es evidente que se realizó lo que anteriormente era muy difícil de concebir en la experiencia latinoamericana, es decir, sujetar a revisión judicial un Decreto de disolución de los órganos constitucionales emitida por el titular del Ejecutivo para asumir la totalidad del gobierno.⁶⁴

⁶³ Cfr. Epaminondas González Dubón y Matías Hierdegen, *Defensa de la Constitución, libertad y democracia*, Guatemala, Corte de Constitucionalidad, 1994; Midori Papadópolo, *Del 25 de mayo hasta las reformas de la Constitución. Análisis jurídico-constitucional del golpe de estado del 25 de mayo de 1993 hasta las reformas a la Constitución*, Guatemala, Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales de la Universidad Rafael Landívar, 1995.

⁶⁴ Cfr. Jorge Mario García Laguardia, Miguel Rodríguez Piñeiro y Bravo Ferrer y Ulises Schmill Ordóñez, *Tribunales Constitucionales y defensa del orden constitucional*, México, UNAM-Corte de

55. Finalmente haremos una breve mención a la reglamentación internacional de los estados de emergencia o de excepción, que han sido regulados por los artículos 4 y 27 del Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, respectivamente. Con ligeras variantes dichos preceptos establecen que cuando se presenten situaciones excepcionales de guerra o conflicto público, o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado o que ponga en peligro la vida de la nación, los Estados Partes de dichos tratados pueden tomar medidas que suspendan las obligaciones previstas en dichas convenciones en la proporción estricta (y por el tiempo limitado) a lo que exija la situación y cuando tales providencias no sean opuestas a las otras obligaciones que derivan del derecho internacional. En ambos preceptos se establece que no se autoriza la suspensión de ciertos derechos esenciales a la vida y a la integridad personal; prohibición de la tortura, de la esclavitud, del encarcelamiento por el incumplimiento de obligaciones contractuales o por actos u omisiones que no fueran delitos en el momento de cometerse; derechos a la personalidad jurídica, libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; del niño, al nombre, entre otros (que son más amplios en la Convención Americana). Además, la citada Convención Americana agrega que *tampoco pueden suspenderse las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos*.⁶⁵

56. Estas disposiciones de fuente internacional son directamente aplicables a los ordenamientos nacionales, ya sea por asumir carácter constitucional como en la Constitución argentina reformada en agosto de 1994, o de manera expresa en la Carta venezolana de 1999, como lo señalamos anteriormente (ver *supra* párrafo 51). A este respecto es importante señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus Opiniones Consultivas números Ocho y Nueve, emitidas los días 30 de enero y 6 de octubre de 1987, consideraron que los recursos de amparo y de hábeas corpus no pueden suspenderse durante los estados de emergencia o de excepción porque constituyen garantías judiciales indispensables para

Constitucionalidad de Guatemala, 1994 (Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, núm. 8); Jorge Mario García Laguardia, "Justicia constitucional y defensa de la democracia. El golpe de Estado en Guatemala en 1993", en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 2, enero-junio de 2000, pp. 3-21.

⁶⁵ Cfr. Despouy, Leandro, *Los derechos humanos y los estados de excepción*, México, UNAM, 1999.

proteger derechos y libertades que tampoco pueden suspenderse con motivo de estas situaciones excepcionales como lo establece la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como lo señalamos con anterioridad.

VII. LA TENDENCIA HACIA LA JUDICIALIZACIÓN DE LOS CONFLICTOS ELECTORALES

57. Tradicionalmente la solución de los conflictos electorales se encomendaba a organismos de naturaleza política, pero en los últimos años se ha iniciado la tendencia a atribuir el conocimiento y decisión de estas controversias de claro contenido político pero con regulación jurídica a órganos autónomos de carácter administrativo, a tribunales ordinarios o a órganos jurisdiccionales especializados, con predominio de estos últimos en los años más recientes. Para sólo proporcionar algunos ejemplos latinoamericanos, se puede destacar un modelo judicial encomendado a tribunales ordinarios pero especializados establecido en el ordenamiento brasileño a partir de la Carta Federal de 1934 (con exclusión de la Constitución autoritaria de 1937), ordenamiento en el cual se introdujo y todavía regula una verdadera jurisdicción electoral integrada por jueces y tribunales especializados para conocer y decidir los conflictos surgidos en los procedimientos electorales.

58. El artículo 118 de la Constitución brasileña vigente promulgada el 5 de octubre de 1988 considera como órganos de la justicia electoral al Tribunal Superior, los tribunales regionales, los jueces y las juntas, todos ellos de carácter electoral.⁶⁶

59. En varios ordenamientos constitucionales latinoamericanos se observa una orientación hacia el establecimiento de tribunales electorales especializados, algunos de ellos independientes del Poder Judicial y de los otros órganos del Estado. En esta dirección es posible señalar, entre otros, el Tribunal Calificador de Elecciones y los tribunales regionales electorales de Chile (Constitución de 1980, artículos 84 y 85), el Tribunal Supremo de Elecciones de Costa Rica (Constitución de 1949, artículos 99-104), el Tribunal Supremo Electoral de Ecuador (Constitución de

⁶⁶ Cfr. José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, 9a., ed., 3a., reimpressão, São Paulo, 1993, pp. 497-498.

1948, texto de 1998, artículos 209-210), Tribunal Electoral de Panamá (Constitución de 1972-1983, artículos 136-139) y el Tribunal Superior de Justicia Electoral y otros tribunales de menor jerarquía de Paraguay (Constitución de 1992, artículos 273-275).⁶⁷

60. Además de los anteriores, existen otros tribunales electorales que no están regulados constitucionalmente, como ocurre con los de Guatemala y de Honduras, y algunos consejos o jurados de elecciones, que no pueden considerarse como órganos estrictamente judiciales, pero que deciden de manera definitiva sobre los resultados de la calificación respectiva, según las legislaciones de Colombia, El Salvador, Perú y Venezuela (Constitución de 1961). En la nueva Carta Fundamental de Venezuela de 1999 se establece en el artículo 297 una *jurisdicción contencioso electoral*, que será ejercitada por la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales que determine la ley.⁶⁸

61. Esta orientación progresiva se observa también en el ordenamiento mexicano, ya que tradicionalmente se establecieron, tanto a nivel federal como de las Entidades Federativas, organismos administrativos para la tramitación de los procedimientos electorales, pero la decisión final correspondía a las Cámaras del Congreso de la Unión respecto de sus propios miembros y del titular del Ejecutivo Federal, así como a las legislaturas de los Estados en cuanto a sus integrantes y los gobernadores respectivos. Ésta era la orientación del texto original de la Constitución de 1917.

62. Sin embargo, de manera paulatina se ha transformado el sistema electoral mexicano y se ha encaminado hacia la judicialización por conducto de tribunales especializados. Esta evolución se inicia con la reforma de 1977 a la Constitución por medio de un recurso de reclamación

⁶⁷ Cfr. Dieter Nohlen (ed.), *Elecciones y sistemas de partidos en América Latina*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1993; José de Jesús Orozco Henríquez, "Los sistemas de justicia electoral desde una perspectiva comparativa", en *Tendencias contemporáneas de justicia electoral en el mundo (Memoria del II Congreso Internacional de Derecho Electoral)*, México, UNAM, 1993, pp. 815 y ss.; *id.*, "Los sistemas contenciosos electorales en América Latina", en *Justicia Electoral*, México, vol. I, núm. 7, 1996, pp. 5-40.

⁶⁸ Cfr. Héctor Fix-Zarnudio, "Introducción a la teoría de los recursos en el contencioso-electoral", en *Manual sobre los medios de impugnación en el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales*, México, Instituto Federal Electoral-UNAM, 1992, pp. 6-9; Diego Valadés, "La calificación electoral en América Latina", en su libro *Constitución y política*, 2a., ed., México, UNAM, 1994, pp. 97-116.

contra la decisión final de los órganos administrativos electorales ante la Suprema Corte de Justicia, que no tuvo resultados prácticos,⁶⁹ por lo que en las modificaciones constitucionales de 1986 se creó el *Tribunal de lo Contencioso Electoral*, que se integraba y funcionaba únicamente durante los periodos electorales.⁷⁰ En las siguientes reformas de 1990 se perfeccionó el sistema al sustituir al citado Tribunal de lo Contencioso Electoral por el *Tribunal Federal Electoral*, de carácter permanente.

63. Si bien dicho tribunal poseía plena autonomía para dictar sus fallos y sus magistrados eran designados a propuesta del Presidente de la República y aprobados por la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, se conservó, sin embargo, el sistema original de calificación política por parte del Congreso Federal, de manera que las decisiones de dicho Tribunal sobre los resultados electorales podían ser revisados en ciertos supuestos por las Cámaras Federales que pronunciaban el fallo final (artículos 41 y 60 de la Ley Fundamental).⁷¹

64. El desarrollo hacia la jurisdicción electoral continuó en el ordenamiento mexicano por medio de la reforma constitucional publicada el 3 de septiembre de 1993, que suprimió el sistema de autocalificación definitiva para las Cámaras de Diputados y Senadores del Congreso de la Unión y sólo conservó la decisión final sobre la elección del Presidente de la República por parte de la Cámara de Diputados (artículo 74, fracción I, de la Constitución Federal). De acuerdo con las disposiciones de la citada reforma de 1993, el Tribunal Federal Electoral era un órgano autónomo y la máxima autoridad jurisdiccional electoral.⁷²

65. Este desarrollo de las instituciones político-electorales ha culminado con la reforma constitucional del 22 de agosto de 1996. La innovación de mayor trascendencia, según nuestro punto de vista, consiste en la

⁶⁹ Cfr. Jorge Carpizo, "La reforma político-electoral de 1977", en el libro del mismo autor, *Estudios constitucionales*, 7a., ed., México, Porrúa, 1999, pp. 351-405.

⁷⁰ Cfr. Enrique Sánchez Bringas, "El contencioso electoral en México", en la obra *La renovación política y el sistema electoral mexicano*, México, Porrúa, 1987, pp. 243-249.

⁷¹ Cfr. Arturo Núñez Jiménez, *El nuevo sistema electoral mexicano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1991, pp. 239-311.

⁷² Cfr. respecto al funcionamiento de dicho tribunal en la resolución de conflictos derivados de las elecciones federales de 1994, legislativas y presidenciales, la *Memoria 1994*, México, Tribunal Federal Electoral, 1995, 2 vols.

incorporación formal del anterior Tribunal Federal Electoral al Poder Judicial Federal, ahora con el nombre de *Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*. Este nuevo Tribunal es considerado por el texto actual del artículo 99 constitucional (con excepción de lo dispuesto en la fracción II del artículo 105 de la Carta Federal, que establece la impugnación ante la Suprema Corte de Justicia de la inconstitucionalidad de las leyes electorales por las dirigencias de los partidos políticos por medio de la acción de inconstitucionalidad) como la *máxima autoridad jurisdiccional en la materia y órgano especializado del Poder Judicial de la Federación*. De acuerdo con lo anterior, la estructura y funciones de este organismo jurisdiccional especializado están reglamentadas actualmente por el título undécimo de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (artículos 184-241), en los términos de las reformas a dicho ordenamiento publicadas el 22 de noviembre de 1996. Entre sus funciones más importantes está la de decidir de manera firme sobre las impugnaciones en las elecciones de los diputados y senadores federales, así como las que se presenten sobre la elección del Presidente de la República.⁷³

66. Por primera vez en el sistema constitucional mexicano se atribuye a un tribunal electoral el cómputo final de la elección, no sólo de los senadores y diputados federales, sino la del Presidente de la República, una vez resueltas, en su caso, las impugnaciones que se hubieran interpuesto, con lo que procede a formular la declaración de validez de la elección del Presidente electo respecto del candidato que hubiese obtenido el mayor número de votos, y a la Cámara de Diputados corresponde únicamente expedir el bando solemne para dar a conocer en toda la República la declaración de Presidente electo que hubiere hecho el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (artículo 74, fracción IV, del texto vigente de la Carta Federal).⁷⁴

67. Es significativo el desarrollo de los procedimientos jurisdiccionales, ya que esta materia se independizó de las normas sustantivas y se

⁷³ Cfr. Flavio Galván Rivera, *Derecho procesal electoral mexicano*, México, McGraw-Hill, 1997, pp. 79-338; Mario Melgar Adalid, *La justicia electoral*, México, UNAM, 1999. (Cuadernos para la Reforma de la Justicia, 6).

⁷⁴ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "¿Constitución renovada o nueva Constitución", en la obra *Ochenta Aniversario. Homenaje a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, Comisión Plural Organizadora del LXXX Aniversario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos-Senado de la República-UNAM, 1997, pp. 108-109.

concentró en un ordenamiento específico denominado *Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral*, publicada el 22 de noviembre de 1996, la que constituye un verdadero código procesal electoral.⁷⁵ A partir de la citada reforma de 1996 numerosas Entidades Federativas han actualizado sus normas procesales electorales y han encomendado a tribunales especializados incorporados a los poderes judiciales locales la decisión de los conflictos respectivos.

⁷⁵ Cfr. Edmundo Elías Musi (coordinador), *Estudio teórico-práctico del sistema de medios de impugnación en materia electoral*, México, Centro de Capacitación Judicial Electoral del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 1997; Flavio Galván Rivera, *Derecho procesal electoral mexicano*, cit. *supra* nota 73, pp. 232-393.

Justicia constitucional, Ombudsman y Derechos Humanos, editado por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, se terminó de imprimir en mayo de 2001 en los talleres de IMPRESOS CHÁVEZ, S. A., Valdivia 31, col. Del Carmen, C. P. 03540, México, D. F. El cuidado de la edición estuvo a cargo de la Dirección de Publicaciones de esta Comisión Nacional. El tiraje consta de 2,000 ejemplares.

FIN DE DOCUMENTO

Esta hoja fue insertada intencionalmente.

Favor de presionar el botón de menú para regresar a la portada principal o el botón de ayuda para recibir instrucciones adicionales.

Menú

Ayuda