



**LATINOAMERICA:
CONSTITUCION, PROCESO
Y
DERECHOS HUMANOS**

HECTOR FIX ZAMUDIO

LATINOAMÉRICA:
CONSTITUCIÓN, PROCESO Y DERECHOS HUMANOS

OTROS TÍTULOS DE ESTA MISMA SERIE:

Capital y tecnología en México y América Latina
Mecanismos de dependencia y subdesarrollo económico
MIGUEL S. WIONCZEK

Derecho penal y derechos humanos
SERGIO GARCÍA RAMÍREZ

Las empresas públicas en México
ALEJANDRO CARRILLO CASTRO / SERGIO GARCÍA RAMÍREZ

El nuevo derecho del mar
Guía introductiva a la Convención de Montego Bay
ALONSO GÓMEZ - ROBLEDO VERDUZCO

La reforma administrativa en México. Tres tomos.

Tomo 1: *Base metodológica, antecedentes e institucionalización del proceso (1821-1971)*

Tomo 2: *Evolución de la reforma administrativa en México (1971-1979)*

Tomo 3: *Su difusión, análisis y defensa ante la opinión pública (1976-1982).*

ALEJANDRO CARRILLO CASTRO

Tecnología y derecho económico.

Régimen jurídico de la apropiación y transferencia de tecnología.
RAFAEL PÉREZ MIRANDA / FERNANDO SERRANO MIGALLÓN

Temas y problemas de la administración de justicia en México.
Varios autores

Sobre el Origen de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
JOSÉ LUIS SOBERANES F.

HÉCTOR FIX ZAMUDIO

LATINOAMERICA:
CONSTITUCION, PROCESO
Y
DERECHOS HUMANOS



Miguel Ángel Porrúa

MÉXICO

MCMLXXXVIII

Primera edición, 1988

UDUAL
K 6520
F 59 1788
ij 2

CLAS. 83

ADQ. UDUAL

FECH. 5/7/11/89

PRECIO Donación

Código de Barras
CIDU 1711 00 86

Nº de Inventario
1711 00 83

© 1988 por
HÉCTOR FIX ZAMUDIO
© Las características
son propiedad de los editores.

ISBN. 968-842-149-9

Derechos reservados conforme a la ley

Impreso en México

Printed in Mexico

UDUAL
UNION DE UNIVERSIDADES
DE AMERICA LATINA
Ciudad Universitaria
México, D. F.

GRUPO EDITORIAL
MIGUEL ANGEL PORRUA, S. A.
Amargura 4, San Angel,
07000 México, D.F.

PRESENTACIÓN

AL TENER la honra de pergeñar estas líneas con el fin de presentar este nuevo libro del distinguido jurista latinoamericano Héctor Fix-Zamudio, la primera idea que me viene a la cabeza es de agradecimiento al ilustre maestro por permitir a la Unión de Universidades de América Latina el publicar conjuntamente esta serie de estudios de derecho latinoamericano, así como agradecerle cordialmente al querido maestro el que me haya pedido que redactara esta presentación.

Los trabajos que ahora se publican reunidos en este volumen no constituyen un mosaico heterogéneo, sino una serie de trabajos que responden a una misma línea de pensamiento y de acción: reflexiones en torno al derecho de la libertad y la democracia, cual no es otro que el derecho constitucional, y su protección procesal; y dentro de éste, los derechos humanos, y de modo especial su amparo jurisdiccional. Todas ellas han sido las líneas maestras de la investigación durante más de seis lustros del doctor Héctor Fix-Zamudio.

El gran drama de los pueblos latinoamericanos desde que alcanzaron su independencia ha sido la pertinaz lucha por su libertad, por la democracia y en general por la vigencia real de los derechos humanos fundamentales, fines primarios del derecho constitucional. Por ello, la Unión de Universidades de América Latina, desde su fundación en el recinto de la Universidad de San Carlos de Guatemala en 1949, ha manifestado una clara y decidida vocación hacia la libertad, la democracia, el prevailecimiento de los derechos humanos y la justicia social, haciendo de éstos el objeto de sus afanes y el faro de su lucha permanente en favor de las mejores causas de la universidad latinoamericana. Por todo ello, el publicar ahora esta serie de trabajos de Héctor Fix-Zamudio, no resulta nada extraño a la UDUAL y se inscribe perfectamente dentro del marco de su querer y de su obrar.

Por otro lado, la figura de Héctor Fix-Zamudio no es extraña a la UDUAL, y decimos ello porque, en primer lugar, se trata de uno de los más destacados juristas latinoamericanos de la segunda mitad del siglo xx, reconocido mundialmente; porque, además, ha sido ponente oficial en diversas conferencias convocadas por la UDUAL, así como en la VIII Asamblea General; porque ha sido consejero académico permanente de la Secretaría General de la UDUAL desde la época del doctor Efrén C. del Pozo, colaborando siempre de manera entusiasta y gratuita; en fin, porque es querido y apreciado en muchas universidades de la región.

Por todo lo anteriormente expresado, creemos hacer un valioso servicio a las universidades y a los universitarios latinoamericanos al publicar en un solo volumen esta serie de trabajos de Héctor Fix-Zamudio sobre la Constitución, los derechos humanos y la protección jurisdiccional de ambas en América Latina. Vaya, pues, nuestro agradecimiento a tan ilustre maestro latinoamericano por entregarnos este libro para su edición por la UDUAL, y en lo personal, como discípulo y amigo de Fix-Zamudio por haberme permitido escribir estas letras que sirven de presentación.

JOSÉ LUIS SOBERANES FERNÁNDEZ

PRÓLOGO

SE REÚNEN en este volumen trece trabajos de carácter comparativo que poseen en común el examen de los ordenamientos latinoamericanos en el campo de la tutela jurídica y procesal de los derechos humanos, así como ciertos aspectos de los lineamientos constitucionales que regulan las instituciones procesales, y sólo uno de ellos, el número IX, se refiere a los instrumentos de armonización jurídica, pero también en América Latina.

Algunos de estos estudios tienen un ámbito más extenso al rebasar nuestro continente, para analizar también los sistemas jurídicos de España y Portugal y por ello tienen carácter "iberoamericano", pero debido a la razón evidente de que los países latinoamericanos se encuentran estrechamente vinculados con la tradición jurídica de la península ibérica, no sólo por tres siglos de dominación colonial, sino por las relaciones también muy próximas que hemos conservado con las antiguas metrópolis con posterioridad a la independencia y hasta nuestros días.

También debemos aclarar que los citados trabajos que ahora se reúnen han sido publicados con anterioridad, con exclusión de los dos últimos, presentados en dos eventos académicos recientes y que por lo mismo, todavía se encuentran en prensa.

Los propios trabajos que se compilan han aparecido en un amplio periodo que va desde el año de 1967 hasta el de 1982, por lo que deben tomarse en cuenta las fechas de su publicación ya que sería imposible poner al día la información que en ellos se contiene debido a que las materias que se examinan son muy dinámicas y en ellas se observa una evolución doctrinal, legislativa y jurisprudencial cada vez más aceleradas.

En relación con la evolución de la materia que hemos calificado como *derecho constitucional procesal*, es decir, aquella que comprende

las normas constitucionales que regulan los instrumentos procesales, los estudios que se consignan en esta compilación y que estudian dicha disciplina, se actualizan en lo posible en el último de los trabajos que se refiere a las garantías constitucionales de la eficacia del proceso.

Para aquellos que tienen interés en conocer las aportaciones recientes en relación con la figura del *Ombudsman* de origen escandinavo, considerado como el organismo técnico que tiene la función de recibir, investigar y procurar la resolución rápida de las reclamaciones de los gobernados contra los actos de la administración pública, y que se conoce con diversas denominaciones como las de Comisionado Parlamentario, *Médiateur*, *Difensore Civico* o Defensor del Pueblo, entre otras; pueden consultar la evolución reciente de esta institución protectora en el penúltimo estudio que se incluye en este volumen, en el cual se señala la introducción paulatina del citado organismo protector de los administrados en nuestra región.

En el sector en el cual se advierte un desarrollo muy acelerado es el relativo a la justicia constitucional iberoamericana, por lo que proporcionamos algunos datos actuales para complementar, así sea de manera superficial, los últimos datos que se proporcionan en el trabajo sobre "Justicia constitucional y régimen democrático en Iberoamérica", publicado en el año de 1982.

I. Por lo que se refiere a los instrumentos protectores de los derechos humanos que podemos considerar como peculiares de Iberoamérica, es decir, el derecho de amparo e instituciones similares, podemos señalar brevemente las siguientes modificaciones recientes:

A) Se han expedido tres nuevas leyes de amparo: la nicaragüense de 28 de mayo de 1980, la Ley peruana de *Habeas Corpus* y Amparo, promulgada el 7 de diciembre de 1982, así como la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, expedida por la Asamblea Nacional Constituyente de Guatemala el 8 de enero de 1986.

Por otra parte, si bien se han expedido nuevas Constituciones en Honduras (11 de enero de 1982) y en El Salvador (15 de diciembre de 1983), no se modificaron sustancialmente las Leyes Reglamentarias de los Derechos de Amparo, *Habeas Corpus* y Constitucionalidad, de 1933 y 1960, respectivamente.

Tampoco se introdujeron modificaciones esenciales a la legislación panameña con motivo de la importante reforma que se hizo a la Constitución de 1972 por el llamado acto constitucional de 4 de mayo de 1983.

B) El gobierno militar chileno introdujo un instrumento específico de protección de los derechos fundamentales, con el nombre de "recurso de protección", para sustituir el anterior recurso de amparo (equivalente en realidad al *habeas corpus*) de la Constitución de 1925.

Este recurso de protección fue consagrado por el acta institucional número 3 publicada el 13 de septiembre de 1976 y fue reglamentado por el auto acordado de la Corte Suprema de Justicia de 2 de abril de 1977. Según estos ordenamientos dicho instrumento tiene por objeto proteger los derechos humanos consagrados constitucionalmente, contra los actos violatorios de las autoridades públicas. El propio instrumento fue incorporado al artículo 20 de la Constitución aprobada por plebiscito de 11 de septiembre de 1980, promulgada el 21 de octubre siguiente. Sobre este tema puede consultarse el documentado libro del distinguido jurista chileno Eduardo Soto Kloss, *El recurso de protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1982.

C) En el artículo 6º, inciso E) del decreto constitucional número 19 de 15 de agosto de 1984, expedido por el gobierno militar uruguayo como instrumento de restauración de la normalidad constitucional en el año de 1985, se introdujo la *acción de amparo* que puede ser interpuesta por cualquier persona contra todo acto u omisión de las autoridades o de particulares que en forma actual o inminente lesionen, restrinjan, alteren, con ilegitimidad manifiesta, cualesquiera de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución, con excepción de la libertad personal tutelada por el *habeas corpus*.

Si bien todavía no se ha expedido la ley reglamentaria correspondiente, los tribunales uruguayos han conocido y resuelto los juicios de amparo que se han promovido de acuerdo con esta disposición, al sostener la tesis de que la falta de dicho ordenamiento no puede ser obstáculo para el cumplimiento del precepto de rango constitucional invocado, debiendo llenarse las lagunas existentes por integración mediante el fundamento de leyes análogas, principios generales de derecho y doctrinas generalmente admitidas.

II. En relación con el *sistema continental europeo de Tribunales Constitucionales*, también se observa una evolución significativa, en particular por lo que respecta a su creciente influencia en los ordenamientos latinoamericanos:

A) Como se expresó en varios de los trabajos que se incluyen en esta obra, el Tribunal Constitucional establecido en la reforma cons-

tucional de 1970 a la carta chilena de 1925, fue suprimido por el golpe militar de septiembre de 1973. Sin embargo, el mismo régimen castrense 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 suspenso debido a varias disposiciones transitorias de dicha carta fundamental, con fecha 12 de mayo de 1981, la Junta de Gobierno expidió la Ley Orgánica del propio Tribunal, el cual ya entró en funciones.

B) El Tribunal de Garantías Constitucionales establecido por los artículos 256 y 297 de la Constitución peruana de 1979, que entró en vigor en julio de 1980, fue regulado por su Ley Orgánica expedida por el Congreso de la República el 19 de mayo de 1982.

C) También ha sufrido modificaciones el régimen jurídico del Tribunal de Garantías Constitucionales establecido en la Constitución ecuatoriana de enero de 1978, en virtud de la reforma al artículo 141 de dicha carta fundamental, promulgada el primero de septiembre de 1983, que considera como punible toda resistencia de las autoridades para cumplir con las resoluciones de dicho Tribunal sobre la inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas o de los actos violatorios de los derechos humanos. Esta reforma entró en vigor el 10 de agosto de 1984.

D) Deben destacarse cambios significativos en el ordenamiento de Guatemala, en virtud de la reciente Constitución Política expedida el 31 de mayo de 1985, que entró en vigor en febrero de 1986, al restablecerse la normalidad constitucional. En efecto, los artículos 268 a 272 de dicha ley fundamental establecen una *Corte de Constitucionalidad*, pero con el carácter de permanente, en sustitución del Tribunal anterior del mismo nombre de la carta de 1965. Su función esencial, de acuerdo con el citado artículo 268, es la defensa del orden constitucional. La organización y competencia del mencionado Tribunal Constitucional está reglamentada por el título cinco, artículos 149-177 de la mencionada Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, de 8 de enero de 1986.

E) Finalmente, se han producido importantes modificaciones en el sistema portugués de justicia constitucional, en virtud de las reformas constitucionales promulgadas el 24 de septiembre de 1982 y publicadas el 30 siguiente, en las que se suprimió el Consejo de la Revolu-

ción, de integración militar, así como su organismo consultivo, es decir, la Comisión Constitucional, y sus funciones de control fueron transferidas al Tribunal Constitucional, regulado por los artículos 284 y 285 actualmente en vigor, el cual se integra con trece magistrados, diez de ellos designados por la Asamblea de la República y los otros tres nombrados por el propio Tribunal.

[Ciudad Universitaria de México, julio de 1986.]

HÉCTOR FIX-ZAMUDIO

I

DIVERSOS SIGNIFICADOS JURIDICOS DEL AMPARO
EN EL DERECHO IBEROAMERICANO

Publicado en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núm. 52, enero-abril de 1965, pp. 119-152, reproducido en *Rivista di Diritto Agrario*, Milán, julio-septiembre de 1967, pp. 502-542. Este trabajo fue redactado como tema de examen para el curso superior de derecho público, impartido por el doctor Octavio A. Hernández, en la División del Doctorado de la Facultad de Derecho de la UNAM.

SUMARIO: I. *Genealogía del vocablo.* II. *Acepciones en el derecho hispánico.* III. *El amparo en el derecho indiano.* IV. *Trascendencia del amparo en el derecho iberoamericano:* A) *Como recurso o medio de impugnación de las resoluciones judiciales.* B) *Como interdicto posesorio.* C) *El amparo de pobreza.* D) *Como procedimiento sumario para proteger los derechos de la persona humana.* V. *Complejidad del amparo mexicano.* VI. *Posibilidad de establecer un amparo americano.*

I. GENEALOGÍA DEL VOCABLO

1. La primera interrogante que se nos presenta ante el extraordinario éxito del vocablo "amparo" para designar diversas instituciones jurídicas de Iberoamérica, se refiere al origen de esta palabra, que posee para los habitantes de la América de habla española un significado libertario, de tal manera que va obteniendo cada vez mayor aceptación en el derecho de todos estos pueblos hermanados en la raza, en el lenguaje, en los ideales y en el espíritu.

2. Pero la cuestión llega a ser apasionante para los mexicanos, para quienes el juicio de amparo constituye la institución jurídica más querida, ya que representa la conquista más apreciada de nuestra atormentada lucha por la defensa jurídica de la libertad.

3. ¿Cuál fue el motivo consciente o inconsciente que llevó a Manuel Crescencio Rejón a adoptar esta denominación para bautizar al instrumento procesal que introdujo en el proyecto de Constitución yucateca de 1840,¹ instrumento que utilizó para la protección de los derechos de la persona humana y de las normas supremas de la ley fundamental? ¿Cuál fue la causa que movió al segundo padre de nuestro juicio constitucional, Mariano Otero² para adoptar el mismo término en el artículo 25 del Acta de Reformas de 1847, que consagró nuestra institución libertaria en el ámbito nacional?

¹ Suprema Corte de Justicia, *Homenaje a Manuel Crescencio Rejón*, México, 1960, pp. 86 y ss.

² Cfr. E. Jorge Gaxiola, *Mariano Otero, creador del juicio de amparo*, México, 1937, pp. 137 y ss.

4. La cuestión no es tan sencilla como a primera vista pudiera pensarse, si tomamos en consideración que previamente a la consagración del amparo, se hicieron numerosos ensayos para establecer en nuestro país instrumentos procesales destinados a la defensa de los derechos del hombre y de la supremacía de las disposiciones constitucionales, y que por lo tanto, debemos considerarlos como antecedentes inmediatos de nuestro juicio de garantías, y en esos ensayos se utilizó una diversa terminología, que finalmente desapareció ante la fuerza sugestiva de un vocablo, que con toda justicia ha sido calificado por el tratadista mexicano Felipe Tena Ramírez como "castizo, evocador y legendario".³

5. En primer lugar, debemos señalar, a este respecto, una diferencia de nuestro derecho público en relación con la inmensa mayoría de las naciones iberoamericanas, e inclusive del Brasil, en cuanto en México no tuvo éxito el intento que se hizo para introducir la institución angloamericana del *habeas corpus*, para defender la libertad personal contra detenciones arbitrarias.

6. En efecto, en los *Elementos constitucionales* redactados en 1811 por Ignacio López Rayón, uno de los adalides del movimiento insurgente, documento que se considera como un antecedente inmediato de la Constitución promulgada en Apatzingán el 22 de octubre de 1814,⁴ en la base número 31a., se expresaba lo siguiente: "Cada uno se respetará en su casa como en un asilo sagrado y se administrará con las ampliaciones y restricciones que ofrezcan las circunstancias, la célebre *Ley Corpus Habeas* de la Inglaterra".

7. Esto no significa que nuestro sistema jurídico desconociera los nobles principios del derecho angloamericano en cuanto a la protección de la libertad individual, sino que sencillamente los incorporó a la institución del "amparo", adoptando así una terminología más de acuerdo con nuestra tradición hispánica.

8. Sobre el particular, el tratadista brasileño J. M. Othon Sidou considera que la fuerza de esta tradición española se dejó sentir en México con mayor pujanza que en otros países de Latinoamérica, haciendo innecesario parangonar la institución inglesa del *habeas corpus*.⁵

³ *Derecho constitucional mexicano*, 7a. ed., México, 1964, p. 458, nota 412.

⁴ Cfr. Ernesto Lemoine Villacaña, *Zitácuaro, Chilpancingo, Apatzingán. Tres grandes momentos de la insurgencia mexicana*, sobretiro del "Archivo General de la Nación", 2a. serie, t. IV, núm. 3, México, 1963, pp. 411 y ss.; Héctor Fix-Zamudio, "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, 1964, pp. 606-607.

⁵ *Do mandado de segurança*, 2a. ed.; Rio-São Paulo, 1959, p. 16.

9. No obstante y como lo veremos más adelante (núm. 6-c), la generalización de la terminología del *habeas corpus*, ya sea en su acepción original, o en su traducción española de "exhibición personal" (esta última menos usada que la primera), en la casi totalidad de las legislaciones latinoamericanas, no ha podido borrar completamente el término castizo, y por ello es que en numerosas ocasiones tanto la doctrina como la jurisprudencia de esos países designan esta misma institución con el nombre de "recurso, acción o juicio de amparo".

10. Por otra parte también se utilizó en nuestro derecho constitucional y repetidas veces, el nombre de "reclamo", el cual, como el de *habeas corpus*, tampoco prosperó, no obstante que fue empleado por Mariano Otero muy pocos años antes de aquel en que se decidió definitivamente por la acepción española.

11. Esta denominación de "reclamo" la descubrimos primeramente en el artículo 2o., fracción III, de la Primera Ley Constitucional de 1836, para calificar la única garantía jurisdiccional establecida por dicho documento fundamental, y que en principio protegía a los ciudadanos mexicanos que hubieren sido afectados por la expropiación de su propiedad en virtud de la existencia de una causa de utilidad pública.⁶

12. Encontramos nuevamente al "reclamo" para designar al instrumento de naturaleza judicial que José Fernando Ramírez propone en su clásico voto particular redactado el 30 de junio de 1840, y que tutelaba las disposiciones constitucionales contra las leyes o actos de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, contrarios a la carta fundamental, siempre que fueren impugnados por un cierto número de diputados, de senadores o de juntas departamentales, ante la Suprema Corte de Justicia.⁷

⁶ Dicho precepto establecía lo siguiente: "No podrá [el mexicano] ser privado de su propiedad, ni de su libre uso y aprovechamiento de ella en todo ni en parte. Cuando algún objeto de general y pública utilidad exija lo contrario, podrá verificarse la privación, si tal circunstancia fuere calificada por el presidente y sus cuatro ministros en la capital, por el gobierno y la Junta Departamental en los Departamentos, y el dueño, sea corporación eclesiástica o secular, sea individuo particular, previamente indemnizado a tasación de dos peritos nombrados el uno de ellos por él y según las leyes, el tercero en discordia, en caso de haberla. La calificación dicha podrá ser reclamada por el interesado ante la Suprema Corte de Justicia en la Capital y en los Departamentos ante el Superior Tribunal respectivo. El reclamo suspenderá la ejecución hasta el fallo".

⁷ En la parte relativa de dicho voto particular se expresaba lo siguiente: "...Yo, como he dicho antes, no estoy por la existencia del Supremo Poder Conservador: ninguna otra medida podría, en mi concepto, reemplazar su falta, que conceder a la Suprema Corte de Justicia una nueva atribución por la que, cuando cierto número de Diputados, Senadores, de Juntas Departamentales reclaman alguna ley o acto del Ejecutivo, como opuesto a la Constitución, se diese a ese reclamo el carácter de contencioso y se sometiese

13. Finalmente, nos tropezamos otra vez con el mismo "reclamo" en el artículo 81 del proyecto elaborado por los miembros de la "minoría" (Mariano Otero, Octaviano Muñoz Ledo y Juan José Espinoza de los Monteros) del Constituyente de 1842, cuya redacción se atribuye al primero,⁸ y que contiene de manera incipiente los principios que después iba a desarrollar el propio Otero, ya bajo el nombre de "amparo" en el artículo 25 del Acta de Reformas de 1847.⁹

14. Este reclamo procedía ante la Suprema Corte de Justicia contra todo acto de los Poderes Legislativo o Ejecutivo de alguno de los estados de la Federación que afectara a una persona determinada en los derechos que la Constitución consignaba a su favor.¹⁰

15. Sin embargo, resulta significativo que ni *habeas corpus* ni *reclamo* fueron los términos utilizados para designar en definitiva nuestra institución libertaria, ya que en nuestro concepto la preferencia por el amparo no fue caprichosa o accidental, sino que se explica porque este vocablo formaba parte de la terminología tradicional hispánica, con el significado principal (además de otros secundarios) de "instrumento protector de la libertad y de los derechos de la persona humana", a tal extremo que el ilustre Emilio Rabasa consideró que éste es el sentido propio de la palabra española.¹¹

16. Efectivamente, el vocablo "amparo" poseía en el derecho hispánico tradicional una profunda raigambre jurídica, y esta tradición determinó que los publicistas mexicanos que establecieron nuestro juicio constitucional, educados en el derecho español, tomaran la palabra del medio en el cual se habían formado, no obstante su decidida admiración por el derecho público de Francia y particularmente, el de los Estados Unidos.

al fallo de la Corte de Justicia". Cfr. Tena Ramírez, *Leyes fundamentales de México, 1808-1957*, México, 1957, p. 298.

⁸ Cfr. J. Jorge Gaxiola, *Mariano Otero, creador del juicio de amparo*, cit., pp. 331-333.

⁹ Dicho precepto establecía lo que a continuación se transcribe: "Los Tribunales de la Federación *amparán* a cualquier habitante de la República en el ejercicio y conservación de los derechos que le concedan 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 lo motivare".

¹⁰ El citado artículo 81, fracción I, preceptuaba: "Todo acto de los Poderes Legislativo o Ejecutivo de alguno de los Estados que se dirijan a privar a una persona determinada de alguna de las garantías que otorga esta Constitución, puede ser *reclamado* por el ofendido ante la Suprema Corte de Justicia, la que deliberando a mayoría absoluta de votos decidirá definitivamente el reclamo. Interpuesto el recurso, pueden suspender la ejecución los Tribunales Superiores respectivos...".

¹¹ *El juicio constitucional*, 2a. ed., México, 1955, p. 232, nota 1.

17. Sin embargo, no se ha podido determinar con precisión si Manuel Crescencio Rejón, quien como es bien sabido fue el primero en utilizar el vocablo para calificar nuestra institución, lo hizo de manera consciente, pensando en su significación tradicional, o bien si utilizó la palabra amparo de manera insensible, sumergido, como estaba, en el ambiente jurídico hispánico.

18. Lo cierto es que empleó un término afortunado, que por su clara significación liberal se ha extendido en una gran parte de los pueblos iberoamericanos, y aun ha adquirido recientemente carácter universal al ser introducido en los artículos XVIII y 80, respectivamente, de las Declaraciones Americana y Universal de los Derechos del Hombre, ambas promulgadas en el año de 1948.

II. ACEPCIONES EN EL DERECHO HISPÁNICO

La palabra "amparo" que con toda justicia puede considerarse como castiza, evocadora y legendaria, según lo expresó nuestro constitucionalista Tena Ramírez (ver nota 3), poseía una significación jurídica muy amplia en el derecho tradicional español, y que pasó posteriormente a los ordenamientos de las naciones de Iberoamérica.

19. Un examen, así sea superficial, nos lleva al convencimiento de que han sido tres las acepciones tradicionales del término "amparo" según el derecho hispánico:

20. a) Como recurso o medio de impugnación de las resoluciones judiciales.

21. b) Como interdicto posesorio.

22. c) Como procedimiento sumario destinado a la protección de la libertad personal.

23. En primer término podemos observar que en la parte introductiva del título XXIII de la partida tercera, se habla de "amparo" y "amparamiento" para designar los medios de impugnación de las sentencias judiciales, o sea que para este importantísimo cuerpo legal, la palabra amparo tenía un significado de recurso procesal, en estricto sentido.¹²

¹² En la parte relativa de la introducción al mencionado título XXIII se consignaba: "...bien otrosi han grand conorte, e gran folgura, aquellos contra quien dan juyzios de que se tienen por agraviados, quando fallan alguna carrera, porque cuydan estorcer, o *ampararse* de aquellos a quien se agravian. E este *amparamiento* es en quatro maneras: ca o es por alçada, o por pedir merced al Rey, o por entregamiento que demandan los menores por razón de algun juyzio que sea dado contra ellos, o por querrela de algun juyzio que digan que fue dado falsamente, o contra aquella ordenada manera que el derecho manda guardar en los juyzios..." *Los códigos españoles concordados y anotados*, 2a. ed., Madrid, 1872, t. III, p. 304.

En segundo lugar, también se ha utilizado el vocablo "amparo" para designar el interdicto de retener la posesión, en la inteligencia de que esta acepción se sigue usando en la actualidad en España, debido a la fuerza de la tradición, según lo expresa el procesalista español Leonardo Prieto Castro.¹³

24. Pero el significado jurídico más importante del "amparo" es aquel que sirve para calificar la defensa, protección o auxilio de los derechos de una persona.¹⁴

25. El ilustre Rafael de Altamira y Crevea manifiesta que el amparo puede considerarse como la relación jurídica conocida en España muchos siglos antes, entre gentes desvalidas y las que pudieran protegerlas, pero que también sirvió para designar el documento en que se consignaban los mutuos derechos y obligaciones del protector y el elegido, de manera que se designaba con el nombre de *cartas de amparo* a los documentos que expedía el monarca para que nadie ofendiese al beneficiado con ellas, bajo ciertas penas.¹⁵

26. Por otra parte, y esto es lo más importante, también se utilizó el término "amparo" para denominar a los procesos forales aragoneses, y particularmente el fundamental de ellos, es decir, el de "manifestación de las personas", que constituye el equivalente hispánico del *habeas corpus* del derecho angloamericano, en la inteligencia de que, como la doctrina lo ha puesto de relieve, la institución aragonesa se consolidó y perfeccionó con mucha anterioridad a la británica, que si bien se había venido conformando en el *Common Law* no se le configuró plenamente sino hasta el año de 1679 en que se promulgó la famosa *Habeas Corpus Act*, en tanto que el florecimiento de los procesos forales de Aragón, cuyo origen todavía no se ha precisado, pero que se remonta a la Edad Media, alcanzaron su perfeccionamiento entre los siglos XIV y XV, en cuyas postrimerías se inició la decadencia.¹⁶

27. Cuando el funcionario encargado de hacer efectivos los procesos forales aragoneses, o sea el justicia mayor, se encontraba en la fuerza de su poderío, integraba, junto con sus lugartenientes, un órgano protector de la libertad de los hombres libres de Aragón, y sus resoluciones, especialmente las que dictaba en el procedimiento de "manifestación de las personas", recibían el nombre de "amparo".

¹³ *Derecho procesal civil*, Zaragoza, 1940, t. II, p. 73.

¹⁴ *Enciclopedia Jurídica Española*, Barcelona, 1910, t. II, p. 731; Joaquín Escriche, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Madrid, 1874, t. I, p. 552.

¹⁵ *Diccionario castellano de palabras jurídicas y técnicas tomadas de la legislación indiana*, México, 1951, pp. 17-18.

¹⁶ Cfr. Francisco Sáenz de Tejada y de Olozaga, *El derecho de manifestación aragonesa y el habeas corpus inglés*, Madrid, s.f., pp. 25 y ss.

28. El referido justicia mayor otorgaba el amparo en beneficio de aquellos que resultaban afectados por los actos arbitrarios de las autoridades, inclusive el mismo monarca, cuando se traducían en la restricción indebida de la libertad personal. El peticionario, en tanto se decidía el fondo de la controversia de amparo, debía ser entregado por los jueces ordinarios o por las autoridades respectivas, a la jurisdicción privilegiada del justicia, quien ordenaba se internara al afectado en un lugar de detención llamado "cárcel de los manifestados", protegiendo así al quejoso contra cualquiera posible violencia o maltrato por parte de sus aprehensores; en el concepto de que la única autoridad contra la cual no procedía esta vía privilegiada era el Tribunal del Santo Oficio, en cuanto se estableció en el reino de Aragón.¹⁷

29. Tratándose de una institución protectora de la libertad individual y que limitaba las prerrogativas del monarca, tuvo que chocar forzosamente con el absolutismo de los Austrias, y la decadencia de la institución se señala precisamente a partir de un famoso "amparo" concedido por el justicia don Juan de Lanuza en el año de 1591, con objeto de proteger la persona del inquieto e intrigante Antonio Pérez contra la orden de detención proveniente nada menos que del mismo Felipe II, de quien había sido su secretario más influyente.

30. De Lanuza se enfrentó con valentía, o más precisamente, con temeridad, al poderoso monarca, que poseía entre sus títulos la Corona de Aragón, y era tal la fuerza de la tradición que el mismo soberano se sintió impotente para luchar jurídicamente contra la manifestación (amparo) decretado en favor de Pérez, y debió resignarse a entregarlo a la jurisdicción privilegiada del justicia, con la intención de vengarse posteriormente de funcionario tan impertinente.¹⁸

31. Esta lucha desigual terminó, como era de esperarse, con la destitución y procesamiento del justicia, y en tanto que el astuto Antonio Pérez pudo huir a Francia para continuar sus intrigas, De Lanuza se convirtió en uno de los mártires del amparo, ya que la ira del sombrío monarca no se hizo esperar, y el justicia fue... ajusticiado.

¹⁷ Cfr. Francisco de la Ripa, "Segunda ilustración de los cuatro procesos forales de Aragón", Zaragoza, 1772, extracto consignado por Ignacio L. Vallarta, en su libro *El juicio de amparo y el writ of habeas corpus*, México, 1881, pp. 431 y ss.; Marcelino Isábal, "El justicia mayor de Aragón y los procesos forales", en la *Enciclopedia Jurídica Española*, cit., t. XXI, pp. 10 y ss.; t. XXV, pp. 929 y ss.; Andrés Giménez Soler, *La Edad Media en la Corona de Aragón*, 2a. ed., Barcelona, 1944, pp. 305 y ss.; Amelia Lezcano de Podetti, "Justicia mayor", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, 1963, t. XVII, pp. 680 y ss.

¹⁸ Cfr. Sáenz de Tejada, *El derecho de manifestación aragonés y el habeas corpus inglés*, cit., p. 80.

32. Posteriormente a este famoso "amparo", aunque se conservó la institución del justicia, la misma careció de toda eficacia práctica, hasta que fue suprimido el cargo juntamente con la manifestación en materia criminal por los decretos de 28 de junio y 29 de julio de 1707, llamados de "Nueva Planta", expedidos por el primer rey Borbón, Felipe V;¹⁹ y si bien sobrevivieron precariamente los otros procesos forales, se derogaron definitivamente en el año de 1855 en que se expidió la Ley de Enjuiciamiento Civil.²⁰

33. El tratadista español Víctor Fairén Guillén resalta la trascendencia del vocablo "amparo" en relación con los procesos forales de Aragón, ya que en la época de su florecimiento los referidos procesos se conocían bajo el nombre de *Carta de Amparo*.²¹

III. EL AMPARO EN EL DERECHO INDIANO

El tratadista estadounidense Phanor Eder advierte cómo el derecho indiano se estructuró fundamentalmente sobre el modelo del derecho de Castilla, y esta razón atribuye la circunstancia de que los procesos forales aragoneses no trascendieran a las Leyes de Indias.²²

34. No obstante, la significación jurídica del vocablo no se perdió totalmente en las colonias españolas de América, pues si bien es verdad que en el estado actual de las investigaciones históricas no se encuentran vestigios del empleo de la palabra para designar la protección de la libertad personal, en cambio no perdió totalmente su significación como interdicto posesorio.²³

35. A este respecto el ilustre historiador español José María Ots Capdequí ha aportado datos fundamentales, ya que ha puesto de relieve la eficacia práctica de un interdicto utilizado para mantener en la posesión a los pobladores de las tierras americanas, y a los mismos

¹⁹ Cfr. Víctor Fairén Guillén, "Consideraciones sobre el proceso aragonés de manifestación de las personas en relación con el *habeas corpus* británico", en *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, 1963, núm. 1, p. 15

²⁰ Cfr. Sáenz de Tejada, *El derecho de manifestación aragonés y el habeas corpus inglés*, cit., p. 34.

²¹ Víctor Fairén Guillén, *op. cit.*, nota 19, pp. 11 y ss.

²² "Habeas Corpus Disembodied. The Latin American Experience", en el volumen *XXth. Century Comparative and Conflicts of Law. Legal Essays in honor of Hessel E. Yntema*, Leiden, 1961, p. 464.

²³ El minucioso investigador don Rafael de Altamira llegó a descubrir que el vocablo amparo se utilizó también en la legislación indiana con la significación muy particular de comprender uno de los medios utilizados para aprovechar el trabajo personal de los indígenas en Chile, y que fue prohibido por la ley 1a. del título XVI, del libro VI, de la Recopilación, *Diccionario castellano de palabras jurídicas y técnicas, tomadas de la legislación indiana*, cit., p. 17. Véase *Recopilación de leyes de los Reinos de las Indias*, 5a. ed., Madrid, 1841, t. II, p. 294.

indígenas respecto de sus terrenos comunales, cuando todavía no tuviesen justo título, pero hubiesen llenado las condiciones que las disposiciones legales aplicables exigían para la expedición de las respectivas mercedes. Tales interdictos eran conocidos con el nombre de *reales amparos*, y se utilizaron con alguna frecuencia y eficazmente, para la defensa de las tierras de las comunidades indígenas.²⁴

IV. TRASCENDENCIA DEL AMPARO EN EL DERECHO IBEROAMERICANO

A) *Como recurso o medio de impugnación de las resoluciones judiciales.* No obstante que como hemos expresado, durante la época colonial el término "amparo" no se utilizó con la amplitud que poseía en la metrópoli, sin embargo, podemos observar un renacimiento paulatino de esta palabra en el derecho de la gran mayoría de los pueblos de Iberoamérica, con posterioridad a su independencia, y lo que es muy significativo, en el triple sentido que el vocablo había adquirido en el derecho español peninsular.

36. En efecto, en primer lugar es posible señalar que la acepción que la tercera partida dio al amparo considerándolo como un recurso contra resoluciones judiciales, ha tenido como consecuencia, que de una manera inconsciente se denomine a la institución, en alguno de sus aspectos, especialmente en aquel que se refiere a la protección de la libertad personal como *recurso de amparo*, no obstante que un gran sector del mismo constituye un verdadero proceso autónomo y no un simple medio de impugnación, especialmente en aquellas legislaciones, que son la mayoría, que no admiten el amparo contra resoluciones judiciales.

37. Haciendo abstracción del amparo mexicano en materia judicial, respecto del cual se discute con apasionamiento, si merece el calificativo de recurso y no de verdadero juicio,²⁵ los restantes aspectos de la institución no merecen el primer calificativo, el que sólo ha perdurado precisamente debido a la tradición hispánica de que se trata.

38. Esta supervivencia la advertimos en el derecho mexicano, ya que las primeras leyes reglamentarias de los artículos 101 y 102 de la Constitución de 5 de febrero de 1857, o sea las de 26 de noviembre de 1861, 20 de enero de 1869 y 14 de diciembre de 1882, usaron expresamente la denominación de "recurso" para referirse a nuestro jui-

²⁴ *España en América. El régimen de las tierras en la época colonial*, México, 1959, pp. 38 y ss.

²⁵ Cfr. Fix-Zamudio, *El juicio de amparo*, México, 1964, pp. 258 y ss.; "Reflexiones sobre la naturaleza procesal del amparo", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, núm. 56, octubre-diciembre de 1964, pp. 989 y ss.

cio de amparo, y no fue sino hasta el Código de Procedimientos Federales de 6 de octubre de 1897 cuando se utilizó el nombre de "juicio", en su significación de proceso, ya que en la exposición de motivos de dicho ordenamiento se manifestó que el amparo constituye un proceso y no un recurso, en la inteligencia de que el reconocimiento absoluto de la citada categoría no se estableció sino hasta el Código Federal de Procedimientos Civiles de 26 de diciembre de 1908, al determinarse plenamente su carácter contradictorio, aceptando a la autoridad responsable como parte demandada.²⁶

39. Por tanto, aunque en el derecho mexicano ya no se califica al amparo como recurso, en otras leyes reglamentarias y aun disposiciones constitucionales que consagran el propio amparo en otros países de Iberoamérica, así como en la doctrina y la jurisprudencia de dichos países, persiste la denominación de "recurso de amparo", no obstante que se tiene la convicción de que se trata de un proceso autónomo.

40. Para no citar sino algunos ejemplos, que podrían ampliarse considerablemente, podemos mencionar los artículos 80 y siguientes de la Constitución guatemalteca de 2 de febrero de 1956, que es de las leyes fundamentales más recientes, y que hablan de "recurso de amparo", aunque lo caracterizan, no como un medio de impugnación, sino, en realidad, como un proceso autónomo.

41. Lo mismo podemos decir de varios ordenamientos sudamericanos, como el de la República de Chile, en la cual se utiliza la denominación "recurso de amparo", para designar una institución protectora de la libertad personal, similar al *habeas corpus*, en tanto que la doctrina venezolana se refiere a los "recursos de amparo y de *habeas corpus*" en relación con los instrumentos protectores de los derechos fundamentales consagrados por la Constitución de 23 de enero de 1961.²⁷

42. En Argentina encontramos una situación semejante, como lo demuestra la circunstancia significativa de la que el constitucionalista Carlos Sánchez Viamonte se lamenta, de que en su país se utilice generalmente y de manera equívoca la denominación de "recurso" para designar el amparo que surgió en el ámbito nacional con motivo de un cambio de jurisprudencia de la Suprema Corte, a partir del 27 de diciembre de 1957.²⁸

²⁶ Cfr. Demetrio Sodi, *Procedimientos federales*, México, 1912, pp. 345-347.

²⁷ Cfr. Morris Sierraalta, *De los recursos de amparo y habeas corpus en el derecho constitucional venezolano*, Caracas, 1961; Ambrosio Oropeza, "Derecho de *habeas corpus*", en el *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, año XXVII, núm. 27, Caracas, noviembre-diciembre de 1963, febrero de 1964, pp. 19 y ss.

²⁸ "El juicio de amparo", *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, 1963, t. XVII, pp. 183 y ss. Sobretiro, pp. 55 y ss.

43. También podemos hacer referencia al derecho público provincial argentino, en el cual el amparo ha tenido un florecimiento verdaderamente admirable, y que emplea el calificativo de "recurso" para designar a la institución, tanto en los preceptos constitucionales como en las leyes reglamentarias respectivas, que normalmente llevan el nombre de *Ley sobre el recurso de amparo*, denominación que han recibido los siguientes ordenamientos sobre la materia: Ley núm. 2355 de la provincia de Mendoza; Ley núm. 11 de la provincia de Santa Cruz; Decreto 2582 de la provincia de Entre Ríos; y Ley núm. 2596 de la provincia de San Luis.²⁹

44. Inclusive podemos señalar que una de las obras más recientes sobre la materia, o sea la redactada por el tratadista y magistrado Alfredo Orgaz, lleva precisamente el nombre de *El recurso de amparo*.³⁰

45. Afortunadamente esta calificación impropia empieza a ceder el paso a la que se debe considerar más correcta, es decir, la de "acción de amparo", que indica ya su autonomía, y que es el nombre que utiliza al proyecto enviado por el Poder Ejecutivo nacional al Congreso argentino, en el mes de junio de 1964, aunque nosotros, con un criterio un tanto nacionalista, consideramos preferible la denominación mexicana de "juicio de amparo", que es la que ha adoptado recientemente el citado tratadista argentino Sánchez Viamonte (ver nota 28).

46. B) *Como interdicto posesorio*. Con este alcance, el amparo ha sido consignado en la mayoría de las legislaciones de Centroamérica, y además, en los ordenamientos de Cuba y Venezuela, por lo que puede considerarse que este significado ha tenido y tiene una amplia divulgación.

47. Primeramente podemos citar la orden militar cubana núm. 362 promulgada el 17 de septiembre de 1900, y por la cual se estableció un procedimiento sumario intitulado *orden de amparo*, con el carácter de un interdicto para proteger la posesión, tanto de cosas como de derechos.

48. El jurista cubano Cecilio Caneda Acosta, en su exhaustiva monografía sobre esta institución, considera que esta orden concede acción para que se mantenga o reintegre en la posesión de una cosa o derecho a quien, en concepto de dueño o de causahabiente del dueño, la disfruta con anterioridad a la perturbación o despojo causado por

²⁹ Cfr. Segundo V. Linares Quintana, *Derecho constitucional de las provincias*, Buenos Aires, 1962, pp. 49 y ss.

³⁰ Buenos Aires, 1961.

resolución judicial, dictada sin su audiencia, para hacer efectivas obligaciones ajenas.³¹

49. Casi todos los países centroamericanos, con excepción de Panamá que, como veremos, otorga al término "amparo" una significación diferente, regulan al propio amparo como una institución interdictal de carácter posesorio, predominantemente conservativo, pero en ocasiones también restitutorio, variando escasamente en su reglamentación y terminología.

50. Así, podemos citar que tanto Honduras como Nicaragua designan con el nombre de *querrela de amparo* al interdicto para conservar la posesión de bienes raíces y derechos reales.

51. Honduras, en los artículos 662 a 674 de su Código de Procedimientos (civiles y penales) de 8 de febrero de 1906, y Nicaragua, en el Código de Procedimiento Civil de 7 de noviembre de 1905, artículos 1654 y 1655.

52. En la República de El Salvador recibe la denominación de *juicio de amparo de posesión* el interdicto para proteger la posesión de bienes raíces y derechos reales, de acuerdo con los artículos 778 y 781 del Código de Procedimientos Civiles vigente.³²

53. El Código de Procedimientos Civiles de Costa Rica, de 25 de enero de 1933, reformado el 23 de diciembre de 1937, consigna con el nombre de *amparo de posesión*, un interdicto que se utiliza para mantener en la posesión de bienes inmuebles, en los términos de sus artículos 660-663.

54. También debe mencionarse que en el reciente Código Procesal Civil y Mercantil de la República de Guatemala, de 14 de septiembre de 1963, y que entró en vigor el 1 de julio de 1964, se establece en sus artículos 253 y 254 un interdicto denominado *amparo de posesión*, que no fue creación de dicho ordenamiento, sino que se tomó de disposiciones anteriores.³³

55. Dentro de los países sudamericanos, Venezuela ha consignado también un *interdicto de amparo*, que actualmente se encuentra reglamentado en los artículos 782 del Código Civil de 13 de julio

³¹ *El amparo y su jurisprudencia*, La Habana, 1943, p. XVI.

³² Preceptos que coinciden esencialmente con los artículos 772-789 del anterior Código de Procedimientos Judiciales (civiles y penales) promulgado el 20 de noviembre de 1857.

³³ El citado artículo 253 establece que dicho interdicto procede cuando el que se halla en posesión o tenencia de un bien raíz es perturbado en ella, por actos que pongan de manifiesto la intención de despojarlo, en la inteligencia de que el depositario, el administrador o cualquier persona que poseyere en nombre de otro puede pedir también que se le ampare en la tenencia o posesión. Dicho precepto procede, con ligeras variantes, de los artículos 825 y 826 del anterior Código de Enjuiciamiento Civil y Mercantil.

de 1942, y 596 y siguientes del Código de Procedimiento Civil de 4 de julio de 1916, con la función de conservar la posesión de bienes inmuebles, derechos reales o universalidades de inmuebles, distinguiéndose del otro interdicto posesorio, que tiene carácter restitutorio respecto de los mismos bienes.³⁴

56. La doctrina venezolana no se ha puesto de acuerdo sobre el alcance protector de este interdicto de amparo, pues mientras Ramiro Antonio Parra considera que constituye la única y verdadera acción posesoria en el derecho venezolano,³⁵ el procesalista Luis Loreto afirma que según una interpretación lógico-sistemática del artículo 770 del Código Civil de 26 de junio de 1922 (que coincide con el 782 actual), y de los preceptos procesales relativos, se puede concluir de que el amparo posee también efectos recuperatorios.³⁶

57. Por su parte, en un trabajo muy reciente el tratadista Leonardo Certad sostiene que no se pueden acumular el amparo y el interdicto restitutorio, y que, a lo más, puede hacerse una promoción subsidiaria de recuperación, ante la dificultad de diagnosticar el hecho generador.³⁷

58. C) *El amparo de pobreza*. El vocablo "amparo" adquiere una significación jurídica especial en las legislaciones procesales de Colombia y Panamá, países que se encuentran estrechamente vinculados en numerosos aspectos culturales e ideológicos.

59. Estas dos naciones iberoamericanas emplean la palabra que examinamos para designar el procedimiento necesario para que los justiciables de escasos medios económicos obtengan una declaración que los exima de las costas judiciales, y que equivale al instrumento procesal denominado "beneficio de la defensa por pobre" según los artículos 13 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil española.³⁸

60. Este beneficio es desconocido en nuestro derecho vigente, ya que nuestro sistema constitucional prohíbe radicalmente el cobro de las costas judiciales, estableciendo el principio fundamental, al menos en teoría, de la gratuidad de la prestación jurisdiccional.³⁹

³⁴ Cfr. Armando Hernández Bretón, *Código Civil Venezolano*, 2a. ed., Caracas, 1961, pp. 123 y ss.; *Idem.*, *Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Caracas, 1963, pp. 300 y ss.

³⁵ *Acciones posesorias*, Caracas, 1956, pp. 151 y ss.

³⁶ "El interdicto de amparo y su función recuperatoria", en su libro *Estudios de derecho procesal civil*, Caracas, 1956, pp. 322-332.

³⁷ "La protección posesoria", *Teoría general en el derecho venezolano*, Caracas, 1964, pp. 95 y ss.

³⁸ Cfr. José María Manresa y Navarro, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 4a. ed., Madrid, 1919, t. I, pp. 98 y ss.

³⁹ En la parte relativa del artículo 17 de nuestra ley suprema se dispone: "... Los tribunales estarán expeditos para administrar justicia en los plazos y términos que

61. En los artículos 584 a 592 del Código Judicial Colombiano (Ley 105 de 1931), se regula el procedimiento que puede seguir todo aquel que no pueda hacer los gastos del litigio sin menoscabo de lo absolutamente necesario para su subsistencia y de aquellas personas a quienes debe alimentos por ministerio de ley, con objeto de que se le *ampare* para litigar como pobre.⁴⁰

62. A su vez, el Código Judicial panameño de 1 de julio de 1917, reformado por Ley 52 de 1925, de acuerdo con sus artículos 1911 a 1916, califica como *amparo de pobreza*, el instrumento establecido en beneficio de quien no alcance a obtener determinada cantidad anual, ya sea del producto de sus bienes, ya sea de su industria, profesión o trabajo; el cual puede acudir al tribunal que conozca o sea competente para conocer del primer negocio en que se trate de utilizar dicho beneficio, para demostrar, a través de un procedimiento sumarísimo, su condición de insolvente, y obtener así el amparo que lo autorice para litigar como pobre.

63. D) *Como procedimiento sumario para proteger los derechos de la persona humana*. Este es el significado que no sólo debe considerarse el más importante, sino también el que ha obtenido una mayor divulgación, por lo que debe tomarse como el aspecto por antonomasia del vocablo de que hemos venido tratando.

64. Sin embargo, este aspecto protector de carácter genérico no posee la misma amplitud en los diversos regímenes iberoamericanos que lo han consignado con este sentido, sino que adquiere diversos matices, a tal grado que en el "Seminario sobre amparo, *habeas corpus*, y remedios similares, de protección judicial contra la violación de los derechos humanos", efectuado en esta ciudad de México durante los días 15-28 de agosto de 1961, bajo los auspicios de las Naciones Unidas y con la colaboración del gobierno de nuestro país, se llegó a la conclusión de que las dificultades existentes para la correcta comprensión de tales instrumentos libertarios, tal como han sido consagrados en América, derivan no sólo de las diferencias entre sus sistemas jurídicos: "...sino también del hecho de que los mismos vocablos son utilizados para denominar instituciones que no necesariamente son idénticas..."⁴¹

65. Haciendo abstracción del amparo mexicano, que requiere un

fije la ley; su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales".

⁴⁰ Cfr. Guillermo Meza Prieto, *Código Judicial colombiano, anotado*, Bogotá, s.f., pp. 157-159, autor que considera que este procedimiento fue introducido en el título XVIII de la Ley 105 de 1890.

⁴¹ P. 16 del ejemplar mecanografiado del proyecto de informe respectivo.

examen independiente en virtud de su extraordinaria complejidad, los restantes países iberoamericanos han otorgado al amparo como instrumento protector de los derechos del hombre, una extensión muy variable, que para los efectos de su estudio podemos dividir en tres categorías:

66 a) En un primer sentido, el término "amparo" se utiliza para designar la tutela de la persona contra las detenciones arbitrarias, y por lo tanto, constituye un sinónimo del *habeas corpus* en su significado de exhibición personal, y con este alcance lo encontramos claramente en la doctrina y la jurisprudencia chilenas, que han generalizado la denominación de *recurso de amparo* refiriéndose al procedimiento consagrado por el artículo 16 de la Constitución de 18 de septiembre de 1952,⁴² reglamentado por los artículos 306 a 317 del Código de Procedimiento Penal de 12 de junio de 1906, reformado el 30 de agosto de 1934,⁴³ de cuyo texto se desprende que no se trata sino de la institución clásica del *habeas corpus*.⁴⁴

67. En la profunda monografía elaborada por la jurista chilena Elena Caffarena de Jiles, se define el *recurso de amparo* como "la acción que nuestra Carta Fundamental establece para garantizar la libertad personal lesionada o amenazada ilegalmente" y agrega más adelante, que son tres las finalidades esenciales del citado instrumento procesal, en los términos del artículo 16 de la Constitución de Chile: a) decretar la inmediata libertad del detenido, procesado o preso; b) subsanar o reparar los defectos legales; y c) poner al individuo a disposición del juez competente.⁴⁵

68. El constitucionalista de la misma nacionalidad, Carlos Estévez Gasmuri, se refiere a la institución calificándola de *amparo* o de *habeas*

⁴² Dicho precepto dispone lo siguiente: "Todo individuo que se hallare detenido, procesado o preso, con infracción de lo dispuesto en los artículos anteriores, podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la magistratura que señale la ley, en demanda de que se guarden las formalidades legales. Esta magistratura podrá decretar que el individuo sea traído a su presencia y su decreto será precisamente obedecido por todos los encargados de las cárceles o lugares de detención. Instruida de los antecedentes, decretará su libertad inmediata o hará que se reparen los defectos legales o pondrá al individuo a disposición del juez competente, procediendo en todo breve y sumariamente, corrigiendo por sí esos defectos o dando cuenta a quien corresponda para que los corrija". Cfr. Alejandro Silva Bascuñán, *Tratado de derecho constitucional*, Santiago, 1963, t. II, pp. 79-80.

⁴³ Preceptos comprendidos en el título V del libro II, intitulado "Del procedimiento en los casos de detención o prisión arbitraria".

⁴⁴ Cfr. Mario Bernaschina González, *Manual de derecho constitucional*, 3a. ed., Santiago, 1958, t. II, pp. 161 y ss.

⁴⁵ *El recurso de amparo frente a los regimenes de emergencia*, Santiago, 1957, pp. 152 y 187.

corpus,⁴⁶ y por su parte, el acuerdo general expedido por la Corte Suprema de Chile el 19 de diciembre de 1932, estableciendo los lineamientos específicos de la institución, se intitula "Auto acordado sobre tramitación y fallo del *recurso de amparo*".

69. También el jurista de ese país, Alejandro Silva Bascuñán, señala que el llamado recurso de protección o amparo a que se refiere el artículo 16 constitucional ya mencionado, se ajusta a las características del Acta del *Habeas Corpus* promulgada en Inglaterra en 1679.⁴⁷

70. Este mismo significado del amparo como sinónimo de la exhibición personal lo encontramos en varios de los códigos procesales penales de las provincias argentinas y particularmente en el de la capital federal y territorios nacionales, cuyos artículos 617, 640 y 645 se refieren al *habeas corpus* con la denominación de "recurso de amparo de la libertad".⁴⁸

71. A este respecto, también podemos señalar que la disposición transitoria quinta de la Constitución venezolana de 1961 ocasiona cierta confusión entre el amparo propiamente dicho y el *habeas corpus*, produciendo desconcierto en la doctrina y la jurisprudencia, en virtud de que todavía no ha sido reglamentado el artículo 49 de la propia ley fundamental, y por tanto no se ha llegado a establecer con precisión si las reglas de aplicación inmediata establecidas por el artículo 5 transitorio de la misma Constitución, comprenden la protección de todos los derechos esenciales del hombre, o únicamente el amparo entendido en su sentido de *habeas corpus*, es decir, exclusivamente como protector de la libertad física.⁴⁹

72. b) Una segunda categoría de ordenamientos es aquella que otorga al amparo un significado de instrumento protector de todos los

⁴⁶ *Elementos de derecho constitucional*, Santiago, 1949, pp. 143-144.

⁴⁷ *Tratado de derecho constitucional*, cit., t. II, pp. 324 y ss.

⁴⁸ Cfr. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Ricardo Levene, hijo, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, 1945, t. III, pp. 384 y ss.; Sánchez Viamonte, *El habeas corpus*, cit., pp. 157 y ss.

⁴⁹ El citado precepto transitorio establece en su parte relativa: "El amparo de la libertad personal hasta tanto se dicte la ley especial que lo regule conforme a lo previsto por el artículo 49 de la Constitución procederá de acuerdo con las normas siguientes: Toda persona que sea objeto de *privación o restricción de su libertad con violación de las garantías constitucionales*, tiene derecho a que el juez de Primera Instancia en lo penal, que tenga jurisdicción en el lugar donde se haya ejecutado el acto que motiva la solicitud donde se encuentra la persona agraviada, expida un mandamiento de *habeas corpus*...". Por su parte, el citado artículo 49 constitucional dispone, en forma mucho más amplia, que: "Los tribunales *amparán* a todo habitante de la República en el goce y ejercicio de los *derechos y garantías que la Constitución establece*, en conformidad con la ley. *El procedimiento será breve y sumario* y el juez competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida". Cfr. Ambrosio Oropeza, *Derecho de habeas corpus*, cit., pp. 19 y ss.

derechos fundamentales de la persona humana consignados en la ley suprema, pero excluyéndose expresamente la protección de la libertad física o de movimiento, que está tutelada por el procedimiento independiente del *habeas corpus*, reglamentado, además, en ordenamientos legales diversos.

73. Podemos señalar a este respecto el proceso, juicio o acción de amparo que surgió en el ámbito nacional de Argentina con motivo del cambio de criterio de la Suprema Corte de Justicia en los asuntos ya clásicos: el de Angel Siri (27 de diciembre de 1957) y el de Samuel Kot (5 de septiembre de 1958), puesto que tanto la jurisprudencia como la doctrina consideran que este instrumento procesal tiene como finalidad la protección de todos los derechos fundamentales establecidos por la Constitución nacional, con excepción de la libertad personal, ya que la misma se encontraba tutelada por el *habeas corpus*, consignado en los códigos de Procedimiento Penal de las provincias, según expresamos con anterioridad.⁵⁰

74. El artículo 1 del Proyecto de Ley para la acción de amparo, que fue presentado por el Poder Ejecutivo nacional al Congreso argentino, en el mes de junio de 1964, tácitamente consigna la misma limitación, en cuanto comprende la tutela de los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución nacional, siempre que no existan otros recursos judiciales o administrativos que permitan obtener el mismo resultado o que, existiendo, no fueren manifiestamente idóneos para la protección inmediata del derecho o de la garantía constitucional.⁵¹

75. No es muy claro el régimen constitucional venezolano en este aspecto, como ya lo mencionamos, en virtud de que no existe una

⁵⁰ La bibliografía sobre el amparo argentino en el orden nacional es muy abundante, por lo que nos limitaremos a señalar las obras fundamentales, que tratan el tema con mayor amplitud: Genaro R. Carrió, *Algunos aspectos del recurso de amparo*, Buenos Aires, 1959; *Idem.*, *Recurso de amparo y técnica judicial. Análisis del caso Kot*, Buenos Aires, 1960; Segundo V. Linares Quintana, *Acción de amparo. Estudio comparado con el juicio de amparo de México y el mandato de seguridad de Brasil*, Buenos Aires, 1960; Abel Houssay, *Amparo judicial. El caso Kot y su influencia en la jurisprudencia*, Buenos Aires, 1961; Alfredo Orgaz, *El recurso de amparo. Comentario a los casos "Siri" y "Kot"*, cit.; Carlos Sánchez Viamonte, *El juicio de amparo*, cit.; Germán J. Bidart Campos, *Derecho de amparo*, Buenos Aires, 1961.

⁵¹ El artículo 1 del citado ordenamiento establece textualmente: "La acción de amparo procederá contra toda conducta de autoridad, funcionario o empleado público, o actos de particulares, aun cuando se fundamente en ley, que en forma actual o inminente, lesionen, restrinjan, alteren o amenacen con ilegalidad o arbitrariedad los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional, siempre que no existan otros recursos judiciales o administrativos que permitan obtener el mismo resultado, o que, existiendo, no fueren manifiestamente idóneos para la protección inmediata del derecho o garantía constitucional".

coordinación precisa entre el artículo 49 de la ley fundamental de 1961 y el artículo 5 transitorio de la misma carta constitucional, pero de la confrontación de ambos preceptos se desprende que el proceso de amparo a que se refieren se contrae a la protección de los derechos fundamentales de carácter constitucional, con exclusión de la libertad personal tutelada por el *habeas corpus*, ya que esta última institución no constituye una novedad adoptada por la citada Constitución de 1961 (que sí introdujo el amparo), sino que como lo hace notar el tratadista venezolano Ambrosio Oropeza, ha existido siempre en el derecho de Venezuela, como una institución constitucional, comenzando por el muy venerable código político de 1811 hasta el ordenamiento dictatorial de 1935.⁵²

76. Con esta misma amplitud fue consagrado el amparo en el artículo 48 de la Constitución de Costa Rica de 7 de noviembre de 1949, reglamentado por la Ley de Amparo núm. 1161, de 2 de junio de 1950, reformada el 9 de agosto de 1952, la que dispone en sus artículos 1 y 2 que el "recurso de amparo" procede para mantener o restablecer el goce de los derechos consagrados en la Constitución política, con la salvedad de que tanto el recurso de *habeas corpus* como el de *inconstitucionalidad se rigen por leyes especiales*.⁵³

77. Es posible también indicar con una configuración semejante al establecido en las legislaciones anteriores, el amparo consagrado por el artículo 51 de la Constitución panameña de 1º de marzo de 1946, de acuerdo con el cual:

Toda persona contra la cual se expida o se ejecute por cualquier funcionario 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. La ley determinará la forma de este *procedimiento sumario de amparo de las garantías constitucionales*. El recurso a que este artículo se refiere será siempre de competencia de los tribunales judiciales.

78. La Ley reglamentaria respectiva, denominada "Ley sobre Recursos Constitucionales y de Garantía" núm. 46, de 24 de noviembre de 1946, estructura el referido "amparo de garantías constitucionales",

⁵² *El derecho de habeas corpus*, cit., p. 13.

⁵³ El invocado artículo 48 de la ley fundamental de Costa Rica preceptúa: "Toda persona tiene derecho al recurso de *habeas corpus* cuando se considere ilegítimamente privada de su libertad. Este recurso es de conocimiento exclusivo de la Suprema Corte de Justicia y queda a su juicio ordenar la comparecencia del ofendido, sin que para impedirlo pueda alegarse obediencia debida u otra excusa. Para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, a toda persona le asiste, además, el recurso de amparo, el que conocerán los tribunales que fije la ley".

como instrumento protector de los derechos fundamentales de la persona humana consagrados constitucionalmente, cuando son infringidos por cualquier autoridad (artículos 43 a 59), pero excluye la libertad física, tutelada por el diverso recurso de *habeas corpus* (artículos 1 a 42), y también consigna como un procedimiento autónomo, el relativo a la institución denominada "recurso de inconstitucionalidad" (artículos 65-78), que constituye una acción popular contra la inconstitucionalidad de las leyes, con efectos *erga omnes*.

79. c) Con un triple aspecto, o sea, abarcando no sólo la protección de los derechos fundamentales, sino también comprendiendo la tutela de la libertad personal y, además, el examen de las leyes inconstitucionales, el que se traduce, en su caso, a su desaplicación en la controversia concreta en la cual se plantea la cuestión de inconstitucionalidad, encontramos el amparo, tal como ha sido reglamentado por las legislaciones de Guatemala, Nicaragua y Honduras.

80. En efecto, según el artículo 79 de la Constitución guatemalteca vigente, de 2 de febrero de 1956: "El amparo tiene como función esencial el mantenimiento de las garantías constitucionales y la invulnerabilidad de los preceptos de la Constitución".

81. El artículo 80 de la propia ley fundamental establece las tres situaciones en las que procede el "recurso de amparo", en beneficio de toda persona, o sea, para que se le mantenga o restituya en el goce de los derechos y "garantías" que la Constitución establece; para que se declare, en casos concretos, que una resolución o acto de autoridad no obliga al recurrente, por contravenir o restringir cualquiera de los derechos garantizados por la Constitución; y para que en casos concretos, se declare que una disposición, o resolución no meramente legislativa del Congreso de la República no le es aplicable al recurrente, por violar un derecho constitucional.

82. Por otra parte, el diverso artículo 81, comprendido también como los dos anteriores, en el capítulo de la carta fundamental relativo al amparo, reglamenta el *habeas corpus* o recurso de exhibición personal, como parte integrante del referido "recurso de amparo".⁵⁴

83. En la Ley de Amparo todavía vigente en Guatemala, decreto núm. 1539, de 18 de mayo de 1928, dentro de la misma institución del amparo se distingue entre el amparo propiamente dicho, o sea el instrumento destinado a la tutela de los derechos fundamentales y

⁵⁴ En la parte relativa del mencionado precepto se estatuye: "Toda persona que se encuentre ilegalmente presa, detenida o cohibida de cualquier modo en el goce de su libertad individual, o que sufriera vejámenes, aun cuando su prisión o detención fuere fundada en ley, tiene derecho a pedir su *inmediata exhibición*, ya sea con el fin de que se le restituya en su libertad, se hagan cesar los vejámenes, o termine la coacción a que estuviere sujeto...".

a la desaplicación de las disposiciones legales contrarias a la carta constitucional, y el "recurso de exhibición personal" o *habeas corpus*, protector de la libertad individual, reglamentando ambos aspectos en capítulos diversos: el amparo en el capítulo III (artículos 8 al 14) y el de exhibición personal en el capítulo IV (artículos 15-26); en la inteligencia de que existen disposiciones de carácter general que se aplican a ambos sectores del amparo, entendido en un sentido amplio.

84. En los dos congresos jurídicos guatemaltecos, el primero efectuado los días 21 a 24 de septiembre de 1960⁵⁵ y el segundo, los días 8 a 13 de octubre de 1965,⁵⁶ se ha advertido la tendencia de que al elaborarse una nueva Ley de Amparo, que sustituya a la de 1928, que se considera anticuada, dicho ordenamiento únicamente comprenda la tutela de los derechos fundamentales y la desaplicación de las disposiciones inconstitucionales, pero en cambio, la exhibición personal o *habeas corpus* debe excluirse y ser objeto de una reglamentación independiente, aun tomando en consideración que la Constitución actual, según se ha visto, consigna este último instrumento libertario, en el capítulo relativo al amparo.

85. Por lo que respecta a Honduras, debe hacerse notar que su juicio de amparo posee una extensión similar al de Guatemala, en los tres aspectos ya señalados, ya que el artículo 67 de su Constitución de 19 de diciembre de 1957 dispone que: "Toda persona tiene derecho para requerir amparo contra cualquier atentado o arbitrariedad de que sea víctima y para hacer efectivo el ejercicio de todas las garantías que esta Constitución establece, cuando sea individualmente coartada en el goce de ellas, por leyes o actos de cualquier autoridad, agente o funcionario público".⁵⁷

86. En la actual Ley Constitucional de Amparo, promulgada el 14 de abril de 1936, como ocurre con el ordenamiento guatemalteco, se distingue entre el amparo propiamente dicho, al cual le atribuye la protección de los derechos fundamentales y la desaplicación de las leyes contrarias a la carta fundamental, y el llamado "recurso de exhibición personal" que se limita a la tutela de la libertad individual contra detenciones ilegales o arbitrarias, pero ambas instituciones comprendidas dentro de un concepto amplio de amparo.

⁵⁵ *Actas del Primer Congreso Jurídico Guatemalteco*, Guatemala, C.A., 1960, pp. 67 y ss.

⁵⁶ *Actas del Segundo Congreso Jurídico Guatemalteco*, Guatemala, C.A., 1962, pp. 41 y ss.

⁵⁷ Este precepto es idéntico en su redacción al artículo 33 de la Constitución de 28 de marzo de 1936, y esta circunstancia explica que no se hubiese modificado el texto de la Ley de Amparo de 14 de abril del mismo año de 1936, todavía vigente y promulgada de acuerdo con los lineamientos de la carta fundamental anterior.

87. En cuanto a Nicaragua, se advierte que su legislación es la que más se aproxima, por su reglamentación, a la del juicio de amparo mexicano, como lo ha puesto de relieve el tratadista español Jesús González Pérez, en un minucioso y documentado estudio.⁵⁸

88. La Constitución vigente fue promulgada el 6 de noviembre de 1950, y la misma atribuye a la Suprema Corte de Justicia el conocimiento del "recurso de amparo" (artículo 229, fracción 11).

89. La Ley de Amparo vigente fue promulgada el 6 de noviembre de 1950, y como ocurre con los ordenamientos anteriormente relacionados, distingue entre el amparo propiamente dicho, o en sentido estricto, destinado a procurar el respeto de los derechos fundamentales y la supremacía de la carta fundamental frente a las leyes inconstitucionales (artículos 8 a 31); del *habeas corpus*, en su clásica acepción de instrumento utilizado para reprimir las detenciones arbitrarias (artículos 32-45); pero siempre dentro del marco de un "amparo" entendido en su sentido genérico.

90. Una situación muy semejante a los tres países anteriores imperaba en El Salvador a partir de la introducción del amparo en el artículo 37 de la Constitución de 13 de agosto de 1886,⁵⁹ de manera que en las Leyes de Amparo de 21 de agosto de 1886 y 4 de octubre de 1950 se advierte la triple configuración esencial del proceso o juicio de amparo como institución procesal que procedía contra la violación de los derechos fundamentales establecidos por la ley suprema; respecto de las disposiciones contrarias a la propia Constitución, que eran desaplicadas en cada caso concreto en que se presentara la cuestión de inconstitucionalidad, y finalmente, también comprendía la tutela de la libertad personal.

91. Este sistema salvadoreño se ha transformado por virtud de las modificaciones introducidas por la carta política de 7 de septiembre de 1950,⁶⁰ que cambió el sistema anterior, al introducir la acción popular contra la inconstitucionalidad de las leyes, con efectos *erga omnes* (artículo 96 constitucional), y de acuerdo con estos lineamien-

⁵⁸ "El proceso de amparo en México y en Nicaragua", *Revista de Administración Pública*, año V, núm. 14, Madrid, mayo-agosto de 1954, pp. 297-321.

⁵⁹ El cual establecía lo siguiente: "Toda persona tiene derecho a pedir y a obtener amparo de la Suprema Corte de Justicia o Cámara de Segunda Instancia, cuando cualquiera autoridad o individuo restrinja la libertad personal o ejercicio de cualquiera de los derechos individuales que garantiza la presente Constitución..."

⁶⁰ La Ley de Amparo de 4 de octubre de 1950, antes mencionada y que se expidió ya bajo la vigencia de la nueva Constitución, lo fue con carácter de provisional, según se expresó en la consideración segunda del Perímetro de dicho ordenamiento. Cfr. Hector Escobar Serrano y Ricardo Gallardo, "Informe presentado por la delegación de la República de El Salvador", *Actas del I Congreso Iberoamericano y Filipino de Derecho Procesal*, Madrid, 1955, p. 510.

tos, que se apartan del régimen anterior, se promulgó la Ley de Procedimientos Constitucionales de 14 de enero de 1960, actualmente en vigor, en la cual se independizan los tres aspectos anteriormente comprendidos dentro del concepto genérico del juicio de amparo, de tal suerte que en la actualidad el amparo sólo comprende la protección de los derechos fundamentales consagrados por la ley suprema (artículos 12 a 18), pero excluyéndose la libertad física, que es objeto del proceso de "exhibición de la persona" o *habeas corpus* (artículos 38 y siguientes), incluyéndose, además, un tercer proceso, llamado de inconstitucionalidad, que se refiere a la impugnación de las disposiciones legales contrarias a la carta fundamental, la cual puede intentarse por cualquier ciudadano, en la inteligencia de que la resolución respectiva implica la nulidad, con efectos generales, de las normas secundarias que contrasten con la propia Constitución (artículos 6 a 11).

V. COMPLEJIDAD DEL AMPARO MEXICANO

La extensión que posee el juicio de amparo mexicano es mucho mayor que la que existe en los otros países de Iberoamérica a los que nos hemos referido, ya que por razones de carácter histórico-político, a las cuales no podemos referirnos en este breve trabajo, además de todos los instrumentos anteriormente mencionados y que se han comprendido bajo el nombre genérico del amparo, nuestro proceso constitucional ha incorporado otros aspectos procesales, que en los restantes países del continente constituyen procedimientos independientes y están sometidos a una reglamentación autónoma.⁶¹

92. Tomando en consideración la reglamentación actual de nuestro juicio de amparo, hemos podido descubrir cinco aspectos autónomos, comprendidos todos bajo la misma denominación, y que si bien están unidos al tronco común, poseen principios peculiares que permiten un examen independiente de cada uno de ellos.⁶²

93. Estos aspectos autónomos, que son cinco en la actualidad, nos hemos permitido denominarlos como: "amparo-libertad", "amparo contra leyes", "amparo-casación", "amparo administrativo" y "amparo en materia agraria", por lo que nuestra institución excede con mucho a la trilogía estructural del amparo centroamericano.

94. a) En primer término, el amparo mexicano, y esa fue una de sus prístinas funciones, protege a la persona individual contra los

⁶¹ Cfr. Felipe Tena Ramírez, "El amparo mexicano, medio de protección de los derechos humanos", *Boletín de Información Judicial*, México, septiembre de 1961, pp. 553-576.

⁶² Cfr. Fix-Zamudio, *El juicio de amparo*, cit., pp. 241 y ss.; 376 y ss.

ataques de que puede ser objeto por parte de cualquier autoridad, en su libertad física o en su dignidad personal, con una amplitud similar a la que se atribuye al *habeas corpus* o exhibición personal, en los regímenes iberoamericanos que hemos estudiado, ya sea como procedimiento independiente o como parte integrante del amparo, en su significación genérica.

95. Este paralelismo con el *habeas corpus* fue advertido claramente en los comienzos de la institución por uno de los tratadistas clásicos del amparo, el ilustre Ignacio L. Vallarta, que realizó un estudio comparativo muy profundo entre el proceso constitucional, tal como se encontraba configurado en su época, y el *writ of habeas corpus* del derecho angloamericano resaltando las semejanzas y las diferencias de ambas instituciones.⁶³

96. No obstante que nuestra Ley de Amparo vigente promulgada el 30 de diciembre de 1935 no contiene un capítulo especial para este sector de nuestro juicio constitucional, establece un conjunto de lineamientos peculiares de carácter tutelar para el afectado por esta clase de actos, que nos permiten concluir que se trata de un aspecto autónomo.

97. Este sector del amparo-libertad se refiere a la protección del individuo contra los actos de autoridad que importen peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal fuera de procedimiento judicial, deportación y destierro o alguno de los actos prohibidos por el artículo 22 constitucional.⁶⁴

98. El procedimiento que establece la ley es *sencillo y breve*, y está dotado de gran flexibilidad, concentración y oralidad, en virtud de que puede ser iniciado por cualquier persona en nombre del promovente que se encuentra imposibilitado para hacerlo, aun cuando se trate de menor de edad o mujer casada; el juez competente (que en principio lo es un juez de distrito, auxiliado fuera de su residencia por autoridades judiciales de carácter local) está dotado de amplios poderes de investigación y dirección del proceso, con la facultad de dictar las medidas necesarias para lograr la comparecencia del presunto afectado, después de resolver sobre la medida cautelar, denominada

⁶³ *El juicio de amparo y el writ of habeas corpus*, México, 1881.

⁶⁴ Dicho precepto fundamental determina: "Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, las marcas, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales, así como la pena de muerte para los delitos políticos, la cual sólo puede imponerse al traidor a la patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alcovía, premeditación y ventaja, al incendiario, al plagiarlo, al saltador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar".

“suspensión del acto reclamado”, la que debe otorgarse de oficio (artículos 17, 18 y 123, fracción I, de la referida Ley de Amparo).

99. Por otra parte, el ejercicio de la acción no está sujeto a plazo preclusivo, sino que puede hacerse valer en cualquier tiempo (artículo 22, fracción II), inclusive a cualquier hora del día y de la noche (artículo 23, segundo párrafo), siendo posible entablar la demanda por comparecencia (artículo 177) o por telégrafo, con ratificación posterior (artículos 113 y 119).

100. *b*) En segundo lugar podemos hacer referencia a otro sector del amparo, que hemos calificado de la misma manera como lo hacen la doctrina y la jurisprudencia mexicanas, como “amparo contra leyes”.⁶⁵

101. Esta faceta del amparo tiene por objeto mantener la supremacía de las normas constitucionales contra las disposiciones legales secundarias que las contradigan, siempre que estas últimas se traduzcan en la afectación de la esfera jurídica de los particulares.

102. Tal como se encuentra estructurado el amparo contra leyes en el ordenamiento vigente, existen dos vías para iniciar el proceso, la primera, que es la más frecuente, configura una acción, a través de la cual se impugnan directamente las disposiciones legales secundarias que se estimen contrarias a la carta fundamental, pero que sólo puede hacerse valer por la persona jurídica individual o colectiva que resulte afectada directa e inmediatamente,⁶⁶ ya sea por la promulgación de la ley respectiva (que en esa situación es calificada de autoaplicativa o autoejecutiva) o por su primer acto de aplicación (artículo 73, fracción XII, segundo párrafo, de la Ley de Amparo).

103. Figuran como autoridades demandadas las que intervinieron en el procedimiento legislativo correspondiente, por lo que puede estimarse que se trata de un verdadero “proceso al legislador”⁶⁷ pero la resolución que se pronuncia, cuando resulta estimatoria, sólo se traduce en la desaplicación de las disposiciones legales consideradas inconstitucionales, en beneficio del promovente del amparo, de acuerdo con el principio de la relatividad de la sentencia establecido por

⁶⁵ Cfr. Ignacio Burgoa, *El juicio de amparo*, 5a. ed., México, 1962, pp. 188 y ss.

⁶⁶ A este respecto, el artículo 4o. de la Ley de Amparo, aplicable a todos los aspectos de la institución, preceptúa: “*El juicio de amparo únicamente puede promoverse por la parte a quien perjudique el acto o la ley que se reclama, pudiendo hacerlo por sí, por su representante, por su defensor si se trata de un acto que corresponde a una causa criminal, o por medio de algún pariente o persona extraña en los casos en que esta Ley lo permite expresamente; y sólo podrá seguirse por el agraviado, por su representante legal o por su defensor*”.

⁶⁷ Cfr. Francesco Carnelutti, “Aspetti problematici del processo al legislatore”, *Rivista di Diritto Processuale*, Pádua, 1959, pp. 1-13.

los artículos 107, fracción II, de la carta fundamental, y 76, primer párrafo, de la Ley Reglamentaria del Juicio Constitucional.⁶⁸

104. Por otra parte y según el artículo 133 constitucional,⁶⁹ precepto que constituye una adaptación a nuestro derecho del artículo VI, segundo párrafo de la Constitución de los Estados Unidos,⁷⁰ se ha venido abriendo paso, en la jurisprudencia de nuestra Suprema Corte de Justicia (después de un largo periodo en el cual se sostuvo que sólo a través de la impugnación directa de la ley podría conocerse de su inconstitucionalidad), el criterio de que también puede plantearse la cuestión de la inconstitucionalidad en forma indirecta, es decir, en un proceso ordinario, alegándose que la autoridad judicial ha violado el invocado artículo 133 constitucional al aplicar a la controversia relativa una disposición secundaria contraria a la ley suprema, por lo que en este último supuesto el amparo ya no se dirige contra la ley secundaria, sino que combate una resolución judicial, de manera que en términos amplios puede hablarse de un planteamiento en *vía de excepción*.⁷¹

105. En las dos hipótesis mencionadas del amparo contra leyes, estimado como *acción* o como *excepción* (en sentido amplio) de inconstitucionalidad, el sistema resulta equivalente, con las diferencias accesorias de las legislaciones nacionales respectivas, a los procedimientos que en la mayoría de los países de Latinoamérica han imitado la "revisión judicial" de los Estados Unidos⁷² especialmente por virtud de la enorme divulgación que tuvo en los primeros años de la independencia política, la obra clásica de Alexis de Tocqueville, *La democracia en América del Norte*.⁷³

⁶⁸ Este último precepto dispone: "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 que verse la demanda, *sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare...*".

⁶⁹ El mencionado precepto constitucional establece: "Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que están de acuerdo con la misma, celebrados y 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*".

⁷⁰ Cuyo texto expresa: "Esta Constitución, las leyes de los Estados Unidos y todos los tratados hechos o que se hicieren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la primera ley del país. *Los jueces de cada Estado estarán obligados a observarla, aun cuando hubiera alguna disposición contraria en la Constitución o en los Códigos de los Estados*".

⁷¹ Cfr. Fix-Zamudio, *El juicio de amparo*, cit., pp. 246 p ss.

⁷² Cfr. Phanor J. Eder, "Judicial Review in Latin America", *Ohio State Law Journal*, otoño de 1960, vol. 21, núm. 4, pp. 570-615.

⁷³ En el capítulo VI de su inmortal trabajo, el ilustre escritor francés expresó en

106. En consecuencia, nuestro amparo contra leyes, en cuanto significa el conocimiento por parte del Poder Judicial, de una cuestión de inconstitucionalidad, surgida en una controversia concreta y que se traduce en la desaplicación de la disposición combatida, en ese caso concreto puede equipararse, en cierto sentido, al *recurso extraordinario* a que se refiere el artículo 100 de la Constitución argentina;⁷⁴ al *recurso de inaplicabilidad* establecido por el artículo 86, inciso 2º de la Constitución de la República de Chile;⁷⁵ a la institución denominada *excepción de inconstitucionalidad o recurso subjetivo*, del derecho constitucional venezolano,⁷⁶ y desde luego, posee estrecho parentesco con el amparo tal como se encuentra estructurado en los regímenes jurídicos de Guatemala, Honduras y Nicaragua (y en El Salvador, hasta antes de la promulgación de su vigente Ley de Procedimientos Constitucionales de 14 de enero de 1960), pues como ya expresamos en su oportunidad, en estos países centroamericanos existe una influencia directa del derecho mexicano, en cuanto su juicio de amparo también procede contra las leyes que se estiman contrarias a la carta fundamental.

107. c) El tercer aspecto del amparo mexicano, o sea el que hemos calificado gráficamente de "amparo-casación", no puede parangonarse con ninguna de las instituciones que en el derecho iberoamericano reciben la misma denominación del "amparo", ya que esta modalidad apareció por razones de carácter histórico, político y social, de naturaleza estrictamente nacional, que determinaron la modificación radical de la estructura originaria de nuestro juicio constitucional, incorporándole el recurso de casación, que durante algún tiempo logró coexistir paralelamente con el amparo, no obstante su duplicidad de funciones, pero que finalizó por ser absorbido por este último.⁷⁷

forma certera la función del Poder Judicial de los Estados Unidos para conocer de la inconstitucionalidad de las leyes. Cfr. la trad. de Luis R. Cuéllar, México, 1957, pp. 90 y ss., debiendo tomarse en consideración además, que por esa época se conoció en Hispanoamérica, si bien no alcanzó la divulgación de la obra de Tocqueville, la fuente original constituida por *El Federalista*, ya que según lo expresa el tratadista argentino Enrique de Gandía, *Historia de las ideas políticas en Argentina*, Buenos Aires, 1960, t. I, pp. 249-250, fue publicada una traducción al español en la ciudad de Caracas, en el año de 1826, y de acuerdo con el publicista mexicano Jesús Reyes Heróles, *El liberalismo mexicano*, México, 1961, t. III, pp. 344 y ss., se publicaron fragmentos de la obra estadounidense en algunos periódicos mexicanos, entre los años de 1827 y 1829.

⁷⁴ Entre muchas otras, véase la fundamental monografía de Rafael Bielsa, *La protección constitucional y el recurso extraordinario*, 2a. ed., Buenos Aires, 1928, pp. 36 y ss.

⁷⁵ Alejandro Silva Bascañán, *Tratado de derecho constitucional*, cit., t. III, pp. 432 y ss.; Mario Bernaschina González, *Manual de derecho constitucional*, cit., t. II, pp. 467 y ss.

⁷⁶ Cfr. José Guillermo Andueza, *La jurisdicción constitucional en el derecho venezolano*, Caracas, 1955, pp. 35 y ss.,

⁷⁷ Cfr. Fix-Zamudio, *El juicio de amparo*, cit., pp. 258 y ss.

108. Claro es que el recurso de casación existe en casi todos los países de Iberoamérica,⁷⁸ pues inclusive en Argentina, en la cual no se ha logrado establecer este medio de impugnación en el ámbito nacional, no obstante el intento que se hizo en las reformas constitucionales de 1949, actualmente derogadas;⁷⁹ sin embargo, la propia casación ha sido conservada por las legislaciones provinciales, y constituye una aspiración de carácter nacional,⁸⁰ pero en ningún otro ordenamiento, a no ser en el de nuestro país, se le ha incorporado a la institución del amparo.

109. Por el contrario, se advierte la tendencia de impedir la utilización del amparo como un medio de impugnación de las resoluciones judiciales, y de esta manera observamos que en los mismos ordenamientos centroamericanos, que han seguido muy de cerca el establecimiento y la evolución de nuestro juicio constitucional, han prohibido expresamente la procedencia del proceso de amparo en asuntos de carácter puramente judicial, según lo disponen los artículos 36, fracción I, de la Ley de Amparo de Honduras de 14 de abril de 1963; 31 fracción 1, de la Ley de Amparo de Nicaragua, de 6 de noviembre de 1950; 27, inciso a), de la Ley de Amparo de Guatemala, de 18 de mayo de 1928;⁸¹ 13, de la Ley salvadoreña de Procedimientos Constitucionales de 14 de enero de 1960; y 30, inciso b), de la Ley de Amparo de Costa Rica, de 26 de mayo de 1950.

110. Resulta evidente que al consagrarse el amparo, ya de una manera definitiva, en los artículos 101 y 102 de la Constitución mexicana de 5 de febrero de 1857, no se tenía el propósito de que sirviera como un medio de impugnación de las resoluciones judiciales, por violaciones de carácter puramente legal, pero debido a que existía una tradición centralista en materia judicial, y además, no se tenía confianza en la independencia de los tribunales locales, los litigantes acudieron a una interpretación forzada del artículo 14 de la propia

⁷⁸ Cfr. Secundino Torres Gudiño, *La casación civil (en la doctrina, en la jurisprudencia y en las legislaciones europeas y americanas)*, Panamá, 1957, pp. 188 y ss., quien proporciona un panorama bastante completo de la regulación del recurso de casación en las legislaciones de Iberoamérica.

⁷⁹ Cfr. José Sartorio, *La casación argentina*, Buenos Aires, 1951, pp. 7 y ss.

⁸⁰ Cfr. Manuel Ibáñez Frocham, *Tratado de los recursos en el proceso civil*, 2a. ed., Buenos Aires, 1957, pp. 377 y ss.

⁸¹ No obstante, debe tomarse en cuenta que el artículo 82 de la Constitución de Guatemala actualmente en vigor, o sea la promulgada el 2 de febrero de 1956, atemperó la rigidez del principio, en cuanto, después de reproducir la prohibición del amparo en negocios judiciales, agrega, en lo conducente: "...sin embargo, cuando no se haya dictado sentencia, podrá recurrirse en amparo contra las infracciones al procedimiento en que incurra la Corte Suprema de Justicia, en la tramitación de los asuntos sometidos a su conocimiento".

ley suprema de 1857,⁸² alegando que se infringía dicho precepto constitucional cuando las autoridades judiciales no aplicaban *exactamente* la ley respectiva, a la situación jurídica controvertida.

111. Aunque se hicieron esfuerzos por evitar esta transformación de nuestro juicio de amparo, lo cual fue calificado de *corrupción* por uno de nuestros jurisconsultos más destacados, o sea por Emilio Rabasa,⁸³ puesto que, inclusive el artículo 8º de la segunda Ley de Amparo, o sea la de 20 de enero de 1869, prohibió categóricamente el amparo en materia judicial;⁸⁴ el peso de la corriente centralizadora era tan poderoso que la misma Suprema Corte de Justicia se vio precisada a declarar la inconstitucionalidad de este precepto a los pocos días de su promulgación.⁸⁵

112. La Constitución de 5 de febrero de 1917 aceptó con todas sus consecuencias el amparo en materia judicial, como se desprende de la nueva redacción de su artículo 14,⁸⁶ a pesar de lo cual, la doctrina dominante controvierte el carácter casacionista del amparo, por considerar, en sustancia, que en este sector de nuestra institución se plantea siempre una cuestión de inconstitucionalidad (violación del invocado artículo 14 de la ley suprema), no obstante que la materia litigosa se refiera exclusivamente a un problema de estricta legalidad.⁸⁷

113. Lo cierto es que la casación resulta poco simpática a nuestros tratadistas, por el amargo recuerdo de este recurso tal como estuvo reglamentado en el Código de Procedimientos Civiles del Distrito y Territorios Federales de 1884, imitado por casi todas las legislaciones procesales de la República, y que mientras estuvo vigente coexistió con el amparo hasta que fue derogado expresamente en el artículo 9 transitorio de la Ley Orgánica de los Tribunales del Fuero Común en el

⁸² Que en su parte relativa establecía: "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."

⁸³ *El juicio constitucional*, cit., pp. 313 y ss.

⁸⁴ "No es admisible el recurso de amparo en negocios judiciales".

⁸⁵ Cfr. fundamentalmente Silvestre Moreno Cora, *Tratado del juicio de amparo conforme a las sentencias de los tribunales federales*, México, 1902, pp. 31 y ss.

⁸⁶ Que en su parte conducente dispone: "... 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 el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho. En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. 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".

⁸⁷ Podemos citar como principal representante de esta corriente a Ignacio Burgoa, *El juicio de amparo*, cit., pp. 169 y ss.

Distrito y Territorios Federales, de 9 de septiembre de 1919. Esta casación local seguía los lineamientos del derecho español y se configuró como un medio de impugnación extraordinariamente formalista e inflexible, además de que la Sala de Casación del Tribunal Superior del Distrito Federal estableció una jurisprudencia exageradamente técnica, que desvirtuó las finalidades genéricas de la institución.⁸⁸

114. Si prescindimos de estos prejuicios y examinamos objetivamente nuestro juicio de amparo en materia judicial, lo vemos estructurado de acuerdo con los moldes de la casación, particularmente según el modelo francés, si tomamos en consideración que este sector de nuestra institución procede contra sentencias definitivas en materias civil, penal y laboral, por violaciones esenciales a las formalidades del procedimiento (errores *in procedendo* o por quebrantamiento de la forma)⁸⁹ y por violaciones de fondo o de la doctrina legal (errores *in iudicando*),⁹⁰ y además de que, cuando la sentencia de amparo otorga la protección al quejoso, implica el *reenvío* del asunto al mismo tribunal de la causa, para que, en su caso, reponga el procedimiento, o dicte una nueva resolución de acuerdo con los lineamientos del fallo de amparo, que le son vinculantes.⁹¹

115. Estas características han influido en un sector de la doctrina mexicana, que recientemente ha señalado las estrechas relaciones entre el propio amparo en materia judicial y el recurso de casación, no obstante ciertas diferencias más aparentes que reales, ya que son de naturaleza puramente formal.⁹²

⁸⁸ Cfr. Fix-Zamudio, *Reflexiones sobre la naturaleza procesal del amparo*, cit., pp. 994 y ss.

⁸⁹ Que el artículo 158 bis, fracción I, de la Ley Reglamentaria del Juicio Constitucional denomina: "Violaciones cometidas durante la secuela del procedimiento, siempre que afecten las defensas del quejoso, trascendiendo al resultado del fallo".

⁹⁰ El párrafo segundo, de la fracción del citado artículo 158 bis de la Ley de Amparo, establece: "Para los efectos de este artículo y del anterior, será procedente el juicio de amparo contra sentencias pronunciadas en juicios civiles y respecto a los laudos de las Juntas de Conciliación y Arbitraje, cuando sean contrarias a la letra de la ley aplicable al caso, a su interpretación jurídica o a los principios generales de derecho a falta de ley aplicable, cuando comprenda personas, acciones, excepciones o cosas que no hayan sido objeto del juicio o cuando no las comprendan todas por omisión o negativa expresa".

⁹¹ El artículo 80 de la Ley de Amparo, sobre el particular, preceptúa: "La sentencia que conceda el amparo tendrá por objeto restituir al agraviado en el pleno goce de la garantía individual violada restableciendo las cosas al estado que guardaban antes de la violación, cuando el acto reclamado sea de carácter positivo; y cuando sea de carácter negativo, el efecto del amparo será obligar a la autoridad responsable a que obre en el sentido de respetar la garantía de que se trate y a cumplir, por su parte, lo que la misma garantía exija".

⁹² Cfr. Miguel Alatríste de la Fuente, *El juicio de amparo y el recurso de casación civil*, México, 1948; Teófilo Olea y Leyva, "Genealogía jurídica del amparo y de la casación en material penal", *Problemas jurídicos y Sociales de México*, México, 1955, pp. 41-90; Alejandro Ríos Espinoza, *Amparo y casación*, México, 1960; J. Ramón Palacios, *Institu-*

116. *d*) Encontramos un cuarto aspecto del amparo mexicano en la función de este instrumento protector para la tutela de los particulares contra los actos de la administración activa y respecto de las resoluciones del Tribunal Fiscal de la Federación, que es un órgano administrativo con jurisdicción delegada, en los términos de los artículos 146 y siguientes del Código Fiscal de la Federación de 30 de diciembre de 1938; y por estas circunstancias, la doctrina más autorizada considera que el amparo administrativo se desdobra, a su vez, en dos modalidades:⁹³

117. *a'*) En primer término se utiliza contra los actos o resoluciones de la administración activa, y en este sector realiza las funciones que se atribuyen a la institución tradicionalmente denominada, aunque no con mucha propiedad, "contencioso-administrativo", nombre atribuido a un órgano judicial.

118. *b'*) En segundo lugar, si se hace valer contra las sentencias del referido Tribunal Fiscal de la Federación, se configura realmente una casación administrativa, ya que se contrae exclusivamente al análisis de la legalidad de las resoluciones de dicha jurisdicción administrativa delegada.

119. En cuanto el primer aspecto abarca el examen de los actos o resoluciones administrativas que afecten los derechos fundamentales consagrados por la Constitución, el amparo administrativo mexicano coincide tanto con el *habeas corpus*, en cuanto se utiliza como protección contra detenciones arbitrarias efectuadas por autoridades administrativas, como en relación con el *amparo* estimado como instrumento tutelar de los restantes derechos fundamentales de la persona humana, tal como estas instituciones han sido configuradas por los otros países iberoamericanos.

120. Pero en relación con todo el sector utilizado para conocer respecto de la legalidad, en sentido estricto, de los actos provenientes de la administración activa y del tribunal mencionado, ya no guarda semejanza ni paralelo con el amparo establecido por los otros regímenes hispanoamericanos, si tomamos en cuenta que la impugnación de la legalidad de los actos administrativos, ya sea que se entable ante autoridades puramente judiciales,⁹⁴ o bien de acuerdo con el modelo

⁹³ Cfr. Antonio Carrillo Flores, *La defensa de los particulares frente a la administración*, México, 1939, pp. 273 y ss.; Jesús González Pérez, *Derecho procesal administrativo*, Madrid, 1955, t. I, pp. 233 y ss., y especialmente, Felipe Tena Ramírez, "Fisonomía del amparo en materia administrativa", *El pensamiento jurídico de México en el derecho constitucional*, México, 1961, pp. 111 y ss.

⁹⁴ Éste es el criterio predominante en el derecho provincial argentino, cfr. Manuel J. Argañarás, *Tratado de lo contencioso administrativo*, Buenos Aires, 1955, pp. 29 y ss.

francés, ante un órgano administrativo de jurisdicción retenida o delegada,⁹⁵ o en una tercera solución, que es la más frecuente, que combina tribunales administrativos con el control judicial,⁹⁶ en ninguno de estos tres supuestos el proceso administrativo forma parte del juicio de amparo, sino que constituye un sector autónomo e independiente, de manera que la única excepción es la del derecho mexicano.

121. Aunque no dejan de presentarse inconvenientes en la incorporación del contencioso-administrativo al juicio de amparo, la unificación posee también ventajas y éstas influyeron seguramente en la recomendación que se tomó en el "Seminario sobre recursos judiciales o de otra índole contra el ejercicio legal o abusivo del poder administrativo", realizado en la ciudad de Buenos Aires, los días 31 de agosto al 11 de septiembre de 1959, bajo el patrocinio de las Naciones Unidas, en el sentido de que: "Los países participantes en el Seminario deberían dar a los *recursos de amparo* o semejantes que sus legislaciones hayan instituido, la *mayor amplitud*, de acuerdo con la realidad imperante, inspirándose en los *recursos de amparo de México* y mandato de seguridad del Brasil".⁹⁷

122. e) Finalmente, el aspecto que hemos denominado "amparo en materia agraria", tampoco encuentra paralelo en las restantes instituciones que hemos examinado con el nombre de "amparo" en los países hispanoamericanos, puesto que constituye una modalidad inspirada en la peculiar reforma agraria del derecho mexicano, y surgió en las reformas, constitucional de 30 de octubre de 1962, y de la Ley de Amparo, de 3 de enero de 1963, por virtud de las cuales se establecieron reglas especiales para proteger los intereses de los grupos campesinos organizados de acuerdo con el régimen de la propiedad ejidal y comunal, que es específica de nuestro derecho, ya que este sistema de propiedad agraria fue creado por la Ley de 6 de enero de 1915 y posteriormente incorporada al artículo 27 constitucional.

⁹⁵ Cuyo ejemplo podemos encontrarlo en el Consejo de Estado establecido por la Constitución ecuatoriana de 1946, *cfr.* Juan I. Lobato, *Principios constitucionales de derecho procesal ecuatoriano*, Quito, 1960, pp. 114 y 115; Ramiro Borja y Borja, *Las Constituciones del Ecuador*, Madrid, 1951, p. CLXVI.

⁹⁶ El ejemplo de este sistema mixto lo descubrimos en el derecho chileno que distribuye el conocimiento de los actos de la administración activa entre los órganos del poder judicial ordinario y varios tribunales administrativos, entre los cuales destaca la institución peculiar denominada Contraloría General de la República. *Cfr.* Manuel Daniel A., *El control jurídico de la administración*, Santiago, 1960, pp. 50 y ss.

⁹⁷ Naciones Unidas, Nueva York, 1960, p. 14. En cuanto al mandamiento de seguridad del Brasil, del cual no nos hemos ocupado en este breve trabajo porque nos hemos circunscrito al derecho de los países de origen hispánico, es una institución que tiene estrechos puntos de contacto, precisamente con el juicio de amparo administrativo

123. Desbordaría los límites de este estudio consignar los preceptos especiales de esta modalidad del juicio de amparo, pero baste a nuestro propósito señalar que se sustrajo este sector del régimen del amparo administrativo ordinario, en el cual estaba subsumido, en cuanto las autoridades agrarias tienen carácter formalmente administrativo, de acuerdo con nuestro sistema legal y constitucional⁹⁸ y se establecieron una serie de disposiciones de excepción, con el fin de que los núcleos de población y sus integrantes pudiesen defender eficazmente sus derechos agrarios a través del juicio de amparo, partiéndose del supuesto de que se trata de personas que carecen de conocimientos jurídicos, e inclusive de los medios económicos para procurarse un asesoramiento adecuado.⁹⁹

VI. POSIBILIDAD DE ESTABLECER UN AMPARO AMERICANO

Del recorrido panorámico que hemos realizado por las legislaciones iberoamericanas que consignan la institución del "amparo" podemos llegar a la conclusión de que si excluimos la significación secundaria del "interdicto de amparo" y la de "amparo de pobreza", podemos descubrir un común denominador en la institución, considerada en su acepción esencial de protectora de los derechos de la persona humana, ya sea que comprenda también la tutela de la libertad física, o que esta última se encuentre encomendada a un instrumento independiente, como lo es el *habeas corpus* o exhibición personal.

124. En este sentido libertario podemos considerar que ninguna otra institución similar posee los títulos de prestigio, arraigo y tradición que el juicio o acción de amparo, y por este motivo, además de la influencia directa del derecho mexicano sobre varias legislaciones de los países hermanos, especialmente de Centroamérica, nuestra institución ha trascendido el campo nacional, y precisamente por instancias de la delegación de México a la IX Conferencia Internacional Americana, fue consagrada con el nombre de *amparo* en el artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada el 2 de mayo de 1948, en la ciudad de Bogotá durante la reunión de dicha Conferencia, en los siguientes términos:

mexicano, *cfr.* Héctor Fix-Zamudio, Alcjandro Ríos Espinoza y Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Tres estudios sobre el mandato de seguridad brasileño*, México, 1963.

⁹⁸ *Cfr.* Lucio Mendieta y Núñez, *El problema agrario de México*, 8a. ed., México, 1964, pp. 251 y ss.; Martha Chávez P. de Velázquez, *El derecho agrario de México*, México, 1964, pp. 273 y ss.; Ángel Caso, *Derecho agrario*, México, 1950, pp. 287 y ss.

⁹⁹ *Cfr.* Ignacio Burgoa, *El amparo en materia agraria*, México, 1964, pp. 111 y ss.; Fix-Zamudio, "Lineamientos fundamentales del proceso social agrario en el derecho

Toda persona puede acudir a 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, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.*¹⁰⁰

125. Con posterioridad a la citada declaración, se advierte claramente el esfuerzo de los países americanos para lograr una aproximación en este campo tan esencial para la libertad humana, como puede advertirse del estudio realizado por la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos en el año de 1961.¹⁰¹

126. En los congresos jurídicos internacionales latinoamericanos se descubre esta misma tendencia en favor de la unificación de la tutela jurisdiccional de los derechos humanos, y como ejemplo podemos citar la proposición que se aprobó por aclamación en el Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil efectuado en la ciudad de São Paulo, Brasil, en el mes de septiembre de 1962, en el sentido de establecer en el continente americano un sistema unitario de protección de los derechos fundamentales, según el modelo del juicio de amparo mexicano y el mandato de seguridad brasileño.¹⁰²

127. Doctrinalmente también se advierte el noble intento de los tratadistas latinoamericanos para lograr la configuración de un régimen unitario de tutela de los derechos del hombre, y en este sentido el jurisconsulto argentino Carlos Sánchez Viamonte ha venido pugnando por la consagración de un *habeas corpus* americano, entendido en un sentido amplio, es decir, que comprenda la protección de todos los derechos públicos individuales consagrados constitucionalmente, y no exclusivamente de la libertad física.¹⁰³

128. También debemos señalar el profundo ensayo realizado por el tratadista brasileño J. M. Othon Sidou, para redactar una ley reglamentaria uniforme, no sólo de un juicio de amparo americano, sino inclusive de carácter universal,¹⁰⁴ apoyándose en el artículo 8 de la

mexicano", *Atti della Seconda Assemblea, Istituto di Diritto Agrario Internazionale e Comparato*, Milán, 1964, vol. I, pp. 402 y ss.

¹⁰⁰ Cfr. Felipe Tena Ramírez, "El aspecto mundial del amparo. Su expansión internacional", *México ante el pensamiento jurídico-social de Occidente*, México, 1955, pp. 129 y ss.

¹⁰¹ *Legislación de los Estados Americanos sobre protección jurisdiccional de los derechos humanos*, Washington, D. C., marzo de 1961.

¹⁰² Cfr. Otto Gil, "Introdução a coletâneo sobre o mandado de segurança", *Estudos sobre o mandado de segurança*, Río de Janeiro, 1963, pp. 24-25.

¹⁰³ Este autor propuso un "Proyecto de cláusula constitucional relativa al *habeas corpus* para las Naciones de América", *El habeas corpus*, cit., pp. 66 y ss.

¹⁰⁴ "A tutela judicial dos direitos fundamentais", en el citado volumen *Estudos sobre*

Declaración Universal de los Derechos del Hombre, que tiene su antecedente y coincide esencialmente con el invocado artículo XVIII de la Declaración Americana.¹⁰⁵

129. Todo esto nos lleva a la conclusión de que el vocablo "amparo", tan castizo, evocador y legendario, según la certera apreciación del constitucionalista mexicano Tena Ramírez, es el que posee mayores y mejores títulos para calificar la futura y nobilísima institución uniforme de carácter jurisdiccional que proteja los derechos del hombre establecidos en todas las constituciones del continente americano, justificando, de esta manera, el nombre que ha recibido, de "Continente de la Libertad".

o mandado de segurança, pp. 111 y ss. También debe citarse el estudio comparativo de Pedro Pablo Camargo, *La protección jurídica de los derechos humanos y de la democracia en América. Los derechos humanos y el derecho internacional*, México, 1960.

¹⁰⁵ Dicho artículo 8 de la Declaración Universal determina: "Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la *ampare* contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o la ley".

II

LA PROTECCIÓN PROCESAL DE LAS GARANTIAS
INDIVIDUALES EN AMERICA LATINA

Publicado en *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Ginebra, Suiza, diciembre de 1968, pp. 69-111. También aparece en las versiones inglesa, francesa y alemana de la propia revista.

SUMARIO: I. *Concepto de garantía individual: terminología tradicional y significado actual.* II. *La jurisdicción constitucional de la libertad.* III. *Habeas corpus.* IV. *Mandamiento de seguridad.* V. *Acción o recurso de inconstitucionalidad.* VI. *Acción, recurso o juicio de amparo.* VII. *La protección de los derechos del hombre y las situaciones de emergencia.* VIII. *Bases uniformes para un amparo latinoamericano.* IX. *El amparo como instrumento de protección internacional.*

I. CONCEPTO DE GARANTÍA INDIVIDUAL:
TERMINOLOGÍA TRADICIONAL Y SIGNIFICADO ACTUAL

1. La denominación de "garantías individuales" es de carácter tradicional y cristalizó en numerosos ordenamientos constitucionales de Latinoamérica debido a la influencia de las cartas francesas de carácter revolucionario, pues como lo ha hecho notar atinadamente el constitucionalista argentino Carlos Sánchez Viamonte, no encontramos esta idea de las garantías en los textos angloamericanos, particularmente de los Estados Unidos, que también trascendieron en nuestras instituciones fundamentales,¹ y lo mismo se desprende del clásico estudio de Jorge Jellinek.²

2. Descubrimos un pensamiento común a los revolucionarios franceses que desemboca en la idea y el propósito un tanto románticos de inscribir los derechos más esenciales de la persona humana en el texto de un documento constitucional, con objeto de que fuesen conocidos y obedecidos por todas las autoridades.³

3. Aquellos hombres idealistas y un tanto ingenuos que se abrazaban alborozados por considerar que habían descubierto los principios políticos de la felicidad humana, creyeron que definiendo y preci-

¹ *Los derechos del hombre en la revolución francesa*, México, 1956, p. 68.

² *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, México, s.f., esp., pp. 45 y ss.

³ Cfr. León Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2a. ed., París, 1924, tomo III, pp. 561 y ss.; A. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, París, 1921, tomo I, pp. 556 y ss.; Julien Leferrière, *Manuel de droit constitutionnel*, 2a. ed., París, 1947, pp. 47 y ss.

sando los derechos naturales del hombre que se consideraban como más importantes para su dignidad y elevándolos a la categoría de preceptos constitucionales, los iban a dar a conocer a gobernantes y gobernados y, por tanto, asegurar su eficacia y respeto por todos los miembros de la sociedad, y particularmente por parte de las autoridades.

4. Más prácticos, los angloamericanos, si bien siguieron el mismo sistema de consagrar los derechos fundamentales de la persona humana, que también estimaron indispensables para la convivencia humana, no los calificaron de "garantías", sino de *declaration (o bill) of right*,⁴ e inclusive, con muy buen sentido, los autores de las diez primeras enmiendas de la Constitución Federal de los Estados Unidos de 1787 —la que por otra parte carecía en su texto primitivo de una verdadera declaración de derechos— se consideraron impotentes para encerrar en fórmulas constitucionales los derechos esenciales de la persona humana, y en una de estas enmiendas que fueron adoptadas en 1791, o sea la novena, determinaron expresamente que la enumeración que la carta suprema hacía de determinados derechos no debía interpretarse como derogación o menoscabo de otros derechos que conserva el pueblo.⁵

5. Constituye un hecho suficientemente explorado y sobre el cual no es necesario insistir, el que las constituciones latinoamericanas del siglo XIX fueron el resultado de una triple influencia —que se conjugó en una mayor o menor proporción en cada caso—, y ese triple modelo lo proporcionaron las constituciones francesas revolucionarias, la carta federal de los Estados Unidos de 1787 y la ley fundamental de Cádiz de 1812, pero en el aspecto en que resulta más evidente la inspiración de los textos franceses es precisamente en el capítulo de los derechos del hombre.

6. Podemos citar como ejemplos de esta influencia los ordenamientos constitucionales de Argentina, Uruguay, Chile, Brasil y desde luego, México, que siguen la terminología francesa de las garantías individuales y en ocasiones "constitucionales", con el significado de derechos de la persona humana consagrados en la ley suprema.

7. En el constitucionalismo rioplatense se ha establecido la tradición, que todavía subsiste, de calificar la consagración de los derechos

⁴ Los textos de las declaraciones de derechos en las constituciones locales de los Estados de la Confederación que luchaban por su independencia de Inglaterra, y que se promulgaron entre 1776 y 1787, pueden consultarse en la recopilación realizada por Richard L. Perry y John C. Cooper, *Sources of our liberties*, 3a. reimpresión, Nueva York, 1964, pp. 301-397.

⁵ Para el alcance de esta disposición puede consultarse la brava pero profunda explicación de Edward C. Corwin, *The Constitution and what it means today*, Nueva York, 1964, pp. 234 y 235.

fundamentales de la persona humana como "declaraciones, derechos y garantías", y esto no sólo en la ley fundamental argentina, cuyo texto primitivo data de 1853,⁶ sino que esta terminología se introdujo en la carta fundamental uruguaya de 1918,⁷ y se ha mantenido inclusive en la muy reciente Constitución de 1966 (sección II, artículos 7º - 72).

8. La Constitución chilena de 1925, reformada en 1943, que es la vigente, enumera los derechos fundamentales de los habitantes del país, bajo la denominación de "garantías constitucionales" (capítulo II, artículos 10-23), calificación que proviene desde la carta fundamental de 1833.⁸

9. La Constitución del Imperio del Brasil de 1824 utilizó la terminología clásica de las garantías de los derechos civiles y políticos de los ciudadanos brasileños (título VIII, artículos 173-179), que perduró a través de las leyes fundamentales posteriores, y en la carta de 1946 se adoptó la denominación de "derechos y garantías individuales" (título IV, capítulo II, artículos 141-144,⁹ y se sigue el mismo criterio en la muy reciente ley suprema de 24 de enero de 1967 (título II, capítulo IV, artículos 150-151).

10. En cuanto a México, la denominación de "garantías individuales" para designar los derechos del hombre consignados constitucionalmente, la encontramos ya consignada en la Constitución para la provincia de Yucatán, promulgada en 1841 (artículos 7º a 9º) debido a la inspiración de Manuel Crescencio Rejón —por cierto uno de los creadores del juicio de amparo—,¹⁰ y esta terminología persiste en varios de los documentos fundamentales posteriores, para consagrarse definitivamente en el título I, capítulo I, de la Constitución de 1857, y expresamente en los mismos título y capítulo de la carta fundamental actual de 5 de febrero de 1917.¹¹

⁶ Cfr. Carlos Sánchez Viamonte, "El constitucionalismo a mediados del siglo XIX en Argentina", *El constitucionalismo a mediados del siglo XIX*, México, 1957, tomo I, pp. 128 y ss.

⁷ Cfr. Héctor Gros Espiell, *Las constituciones del Uruguay*, Madrid, 1956, pp. 59 y ss., 205 y ss.

⁸ Cfr. Alejandro Silva Bascañán, *Tratado de derecho constitucional*, Santiago, 1963, tomo II, pp. 205 y ss.

⁹ Cfr. Pontes de Miranda, *Comentarios a Constituição de 1943*, 3a. ed., Rio de Janeiro, tomo IV, pp. 237 y ss.

¹⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Homenaje a don Manuel Crescencio Rejón*, México, 1960, pp. 97 y ss., debiendo advertirse que en los artículos 8o. y 9o. de dicha carta fundamental se consigna la verdadera garantía, o sea el amparo, como instrumento procesal para lograr la eficacia de los derechos del hombre consignados en los preceptos anteriores.

¹¹ La doctrina mexicana sigue claramente el criterio tradicional, tanto en relación con la Constitución de 1857 como respecto de la actual, de acuerdo con los estudios de Isidro Montiel y Duarte, *Estudio sobre las garantías individuales*, México, 1873; Adalberto G. Andrade, *Estudio del desarrollo histórico de nuestro sistema constitucional*

11. Sin embargo, últimamente ha empezado a perder fuerza esta significación tradicional, ya que la doctrina moderna empezó a percatarse de que la simple elevación de ciertos derechos de la persona humana al rango de preceptos constitucionales no era suficiente para "garantizar" su eficacia, como la dolorosa y atormentada historia de nuestros pueblos latinoamericanos lo ha demostrado repetidamente.

12. En efecto, ya en la actualidad son numerosos los constitucionalistas que consideran que la verdadera garantía de los derechos de la persona humana consiste precisamente en su protección procesal, y debemos reconocer que los juristas italianos han desarrollado admirablemente la teoría de las garantías constitucionales en sentido estricto, es decir, entendidas como instrumentos procesales para lograr la efectividad de las normas de la Constitución,¹² hasta el extremo de incorporarlas al mismo texto de la carta fundamental de diciembre de 1947, cuyo título VI se intitula precisamente "De las garantías constitucionales", entre las cuales comprende, correctamente, las atribuciones de la Corte Constitucional (artículos 134-137).¹³

13. Pero también la doctrina latinoamericana, y particularmente la argentina¹⁴ y la panameña¹⁵ han adoptado una postura en cierto sentido similar a la italiana, en la inteligencia de que tuvo consagración legislativa, en la carta fundamental de Panamá promulgada en 1941, cuya sección vigésima segunda sobre "Instituciones de Garantía", comprendía todos los medios procesales a través de los cuales los habitantes del país podían obtener la protección de los derechos fundamentales.¹⁶

14. En consecuencia, debemos considerar que en el estado actual de

en materia de garantías individuales, México, 1958 (pero redactado en 1931); y la reciente y muy completa monografía de Ignacio Burgoa, *Las garantías individuales*, 5a. ed., México, 1968.

¹² Véase la profunda exposición de Serio Galeotti, *Introduzione alla teoria dei controlli costituzionali*, Milán, 1963, pp. 124 y ss.

¹³ Sobre el particular, la bibliografía es muy amplia y sólo mencionaremos los siguientes trabajos: Ferruccio Pergolesi, *Diritto costituzionale*, 11a. ed., Pádua, 1956, pp. 358 y ss., y Carlo Ceretti, *Corsi di diritto costituzionale italiano*, Turín, 1956, pp. 447 y ss.

¹⁴ Cfr. Carlos Sánchez Viamonte, *El constitucionalismo y sus problemas*, Buenos Aires, 1957, pp. 97 y ss.; *Id.* "Garantías constitucionales", *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, 1960, tomo XIII, pp. 15 y ss.; 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, 1964, p. 276; Segundo V. Linares Quintana, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, Buenos Aires, 1956, tomo V, pp. 335 y ss.; Adolfo R. Rouzaut, *Las garantías constitucionales de la libertad civil (doctrina y jurisprudencia)*, Rosario, 1940, pp. 6 y ss.

¹⁵ J. D. Moscote, *El derecho constitucional panameño*, Panamá, 1943, pp. 459 y ss.

¹⁶ Cfr. Carlos Bolívar Pedreschi, *El pensamiento constitucional del doctor Moscote*, Panamá, 1959, pp. 115 y ss.; Víctor F. Goytia, *Las constituciones de Panamá*, Madrid, 1954, pp. 675 y ss.; y si bien la Constitución vigente de 1946 no consigna un capítulo

la doctrina y aun en ciertos textos constitucionales latinoamericanos, es preciso distinguir entre los derechos del hombre consignados en la ley suprema y las "garantías" de tales derechos, que no son otra cosa que los medios procesales por conducto de los cuales es posible su protección y eficacia.¹⁷

15. Por otra parte, tampoco es correcta, estrictamente hablando, la calificación de individuales para referirse a los derechos del hombre, pues precisamente una de las características de nuestra época es la trascendencia social de tales derechos, de manera que al lado de los que tradicionalmente se han asignado al individuo, han surgido otros que contemplan a la persona humana en una nueva dimensión, la de su integración en los diversos grupos sociales que componen la sociedad moderna.

16. En este sentido, la Constitución mexicana vigente de 5 de febrero de 1917 señaló nuevos senderos, adelantándose inclusive a la carta fundamental alemana de octubre de 1919, ya que dos años antes de la promulgación de esta última, elevó al rango constitucional varios de estos derechos fundamentales de carácter social,¹⁸ ejemplo que siguieron una gran parte de las leyes supremas expedidas durante la primera posguerra, como lo hizo notar agudamente Boris Mirkin Guetzevitch, quien sostuvo que en el siglo xx el sentido social del derecho no es sólo una doctrina ni una escuela jurídica, sino la vida misma.¹⁹

17. Y si esto ocurría después de la Primera Guerra Mundial, en la segunda y más amarga posguerra, la constitucionalización de los derechos sociales puede considerarse como un fenómeno prácticamente universal, y, desde luego, es posible afirmar que en mayor o menor escala, todas las leyes fundamentales de los países latinoamericanos han consagrado, al lado de las clásicas declaraciones de derechos individuales, otros muchos derechos de naturaleza social, todos los cuales, juntamente con los primeros pueden estimarse como derechos del hombre, pues su último destinatario es la persona humana en sus dos dimensiones esenciales: individual y social.²⁰

especial sobre las referidas "instituciones de garantía" conserva los mismos medios de protección procesal de los derechos fundamentales, que son los que reglamenta la también vigente Ley de Recursos Constitucionales y de Garantía, núm. 46 de 24 de noviembre de 1956.

¹⁷ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "La defensa de la Constitución", *Revista de la Facultad de Derecho*, Sinaloa, México, enero-julio de 1967, pp. 155-163.

¹⁸ Cfr. Pastor Rouaix, *Génesis de los artículos 27 y 123 de la Constitución Política de 1917*, 2a. ed., México, 1959, pp. 27 y ss.

¹⁹ *Las nuevas constituciones del mundo*, Madrid, 1931, p. 34.

²⁰ El tratadista José Miranda ha señalado que una de las tendencias actuales del constitucionalismo latinoamericano radica precisamente en la "Constitucionalización de los

18. Finalmente, no debemos olvidar el principio expresado por numerosas constituciones de Latinoamérica sobre lo que se ha calificado como "derechos y garantías implícitos", es decir, aquellos derechos del hombre que no se han consignado expresamente en la carta fundamental, pero que deben considerarse como parte integrante de los mismos.

19. Ya expresamos que este principio fue consagrado primeramente en la enmienda IX de la Constitución de los Estados Unidos (ver nota 5), pero después se extendió a varios textos constitucionales de Latinoamérica entre los cuales podemos citar las cartas fundamentales vigentes de Argentina (artículo 83); Bolivia (artículo 35); Brasil (artículo 150, parágrafo 35); Ecuador (artículo 28); Guatemala (artículo 77); Honduras (artículos 52 y 145); Paraguay (artículo 80); República Dominicana (artículo 10); Uruguay (artículo 72) y Venezuela (artículo 50).

20. De lo anterior debemos concluir que en el estado actual de los ordenamientos constitucionales latinoamericanos no es correcto hablar de "garantías individuales" con el significado de los derechos del hombre consagrados expresa o implícitamente en la carta fundamental, pues este concepto restringido y tradicional ha sido sustituido por el de los derechos fundamentales de la persona humana, o derechos humanos, entendidos tanto en su sentido individual como social; y además también debe advertirse que la idea de "garantía constitucional" ha evolucionado para entenderse actualmente como la protección procesal de los derechos humanos, y, en general, de todo precepto de la ley suprema.

II. LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD

21. El conjunto de instrumentos procesales o "garantías" en sentido estricto, que paulatinamente han ido estableciéndose con objeto de tutelar los derechos de la persona humana, se ha agrupado bajo la denominación afortunada del jurista italiano Mauro Cappelletti, de "Jurisdicción constitucional de la libertad",²¹ partiendo de la base de que los derechos del hombre han sido considerados acertadamente como "derechos de libertad", ya que tales derechos proporcionan a los gobernados una esfera jurídica protectora para lograr, a

derechos sociales", *Reformas y tendencias constitucionales recientes de la América Latina*, México, 1957, pp. 232 y ss.

²¹ En la obra del mismo nombre, traducida por Héctor Fix-Zamudio, México, 1961, esp., pp. 111 y ss.

través del respeto de su igualdad y dignidad, la plena realización de su destino.²²

22. Dentro de esta jurisdicción podemos descubrir dos tipos de medios tutelares, unos que se utilizan para la defensa inmediata y directa de los derechos humanos, y un segundo sector que si bien no se encuentra configurado para realizar esa protección, de manera indirecta puede servir con el mismo propósito.

23. Dentro del primer supuesto se encuentran los instrumentos procesales que son el exclusivo objeto de este trabajo, tales como el *habeas corpus*, la acción o recurso de inconstitucionalidad, la acción, recurso o juicio de amparo, el mandamiento de seguridad, etcétera, y en el segundo grupo podemos citar al proceso ordinario, que como se ha puesto de relieve, puede tutelar los derechos del hombre en diversas formas,²³ entre las cuales destaca la posibilidad de plantear ante los jueces comunes la inconstitucionalidad de las disposiciones legales aplicables a un proceso ordinario, y que alguna de las partes considere lesivas de sus derechos fundamentales, es decir, lo que se ha denominado "control judicial de la constitucionalidad de las leyes por vía de excepción", control "difuso", o, con mayor propiedad, "por vía incidental".²⁴

24. También dentro de los medios indirectos podemos citar al procedimiento y al proceso administrativos, este último más conocido con el nombre impropio, pero bastante divulgado de "contencioso administrativo".²⁵

25. A este respecto podemos afirmar que existe una amplia gama de medios procesales para proteger los derechos de los particulares frente a los actos de la administración, instrumentos que cada vez

²² Cfr. lo que al respecto expresan sobre los derechos de libertad o "libertades constitucionales" los tratadistas Segundo V. Linares Quintana, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, Buenos Aires, 1956, tomo III esp., pp. 208 y ss.; Carlos Sánchez Viamonte, *La libertad y sus problemas*, Buenos Aires, 1961, pp. 136 y ss.

²³ Cfr. Karl August Beitermann, "Der Schutz der Grundrechte in der ordentliche Gerichtsbarkeit" (la protección de los derechos fundamentales en la jurisdicción ordinaria), en el volumen *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, Berlín, 1959, tomo II, vol. 2, pp. 779 y ss.; Eduardo J. Couture, "Las garantías constitucionales en el proceso civil", *Estudios de derecho procesal en honor de Hugo Alsina*, Buenos Aires, 1946, pp. 169 y ss.

²⁴ Una exposición muy clara de este sistema "incidental" se puede consultar en el estudio de Mauro Cappelletti, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, trad. de Cipriano Gómez Lara y Héctor Fix-Zamudio, México, 1966, pp. 53 y ss.

²⁵ Cfr. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, "Proceso administrativo", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 51, julio-septiembre de 1963, p. 25, considera que debe hablarse de proceso administrativo y relegarse al montón del olvido la denominación de recurso contencioso-administrativo, que cumplió hace tiempo su jornada.

adquieren mayor importancia debido a la creciente y absorbente intervención de las autoridades gubernativas en las relaciones económicas y sociales de los gobernados, según se puso de relieve en los debates y conclusiones del importante "Seminario sobre los recursos judiciales o de otra índole contra el ejercicio ilegal o abusivo del poder administrativo", realizado en Buenos Aires bajo los auspicios de las Naciones Unidas del 31 de agosto al 11 de septiembre de 1959.²⁶

26. Sin embargo, sin desconocer la enorme trascendencia del proceso administrativo para la tutela de la esfera jurídica de los particulares frente a una administración cada vez más poderosa, tenemos la íntima convicción, contra las opiniones muy respetables como la de Alberto Ramón Real,²⁷ y la implícita de J. D. Moscote,²⁸ de que no puede considerarse como un instrumento específico de la tutela de los derechos fundamentales, aun cuando eventualmente pueda protegerlos, ya que el "contencioso administrativo" está estructurado para funcionar como un control de la legalidad y no de la constitucionalidad y, por tanto, su función esencial es la defensa de los derechos e intereses legítimos de los gobernados derivados de las leyes ordinarias, pero no de los derechos subjetivos públicos constitucionales.

27. En consecuencia, debemos centrar nuestra atención en los medios tutelares del primer grupo mencionado, que han demostrado su eficacia para tutelar rápida y seguramente la libertad humana (entendida en sentido amplio), pues como se ha sostenido repetidamente que tratándose de las normas procesales, éstas deben adecuarse a su objeto, de la misma manera como "el espíritu se adapta al cuerpo", según una feliz expresión del procesalista alemán Adolfo Wach.²⁹

28. Por tanto, si bien es verdad que el derecho procesal es unitario y debe contemplarse como un todo, es preciso tomar en consideración

²⁶ Una de las resoluciones más importantes de dicho seminario establece: a) Condenar toda clase de gobierno que vulnere los derechos inmanentes de la personalidad humana y los fueros de la conciencia que debe ser inviolable; b) Recomendar, por lo mismo, el fortalecimiento del Estado de derecho, estructurado sobre la base de la más genuina democracia, único modo de que el poder público se halle sometido al principio de la *legalidad*, para activar así toda clase de abuso de poder, lo cual presupone la efectiva responsabilidad de los funcionarios de la administración y del Estado en los casos en que proceda", *Actas correspondientes*, Nueva York, 1960, p. 16.

²⁷ "La acción de amparo en la jurisprudencia argentina y ante el derecho uruguayo", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, año XIV, núm. 1, Montevideo, enero-marzo de 1963, esp., pp. 139 y ss.

²⁸ Quien sitúa la jurisdicción de lo "contencioso-administrativo" dentro de las instituciones de "garantía" se entiende, "constitucional", *Derecho constitucional panameño*, cit., pp. 472 y ss.

²⁹ Citado por Piero Calamandrei, "Líneas fundamentales del proceso civil inquisitorio", *Estudios sobre el proceso civil*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1961, p. 233.

que la diversa naturaleza de los derechos sustantivos a los que sirve de instrumento ha determinado la existencia de principios formativos³⁰ peculiares para cada una de las ramas que integran lo que podríamos llamar "la gran federación procesal".

29. Entonces, si hablamos de una "jurisdicción constitucional de la libertad", también puede considerarse la posibilidad, al menos para efectos de su estudio, de un *proceso libertario*, conformado por los instrumentos procesales que se adapten al espíritu de los derechos fundamentales de la persona humana, que constituyen su objeto, proceso que debe reunir todos los elementos de flexibilidad, rapidez y concentración indispensables para lograr una protección efectiva de la esfera jurídica de la libertad humana.

30. En nuestra opinión, y con independencia de utilizar eventualmente los restantes instrumentos procesales, sólo deben considerarse como medios adecuados a la tutela de los derechos del hombre, los que habíamos mencionado como integrando el primer grupo, es decir, el *habeas corpus*, el amparo, el mandamiento de seguridad y el control judicial de la constitucionalidad de las leyes que contradigan los propios derechos, según trataremos de demostrar en este sencillo trabajo.

III. HABEAS CORPUS

31. Aquí nos encontramos ya, a nuestro modo de ver, con uno de los instrumentos específicos y además, tradicionales, para la protección directa de los derechos fundamentales de la persona humana, al menos en el sector de la libertad física de carácter individual, y por tanto, con uno de los aspectos que forman parte de la jurisdicción constitucional de la libertad en sentido estricto.

32. No nos vamos a referir al precedente tan conocido que sirve de apoyo a los constituyentes latinoamericanos para establecer este instrumento de protección de la libertad individual, es decir, fundamentalmente el *Habeas Corpus Act* de 1679,³¹ pudiendo afirmarse que es una institución adoptada expresa o implícitamente en casi todos, por

³⁰ Sobre el concepto de principios formativos, *cfr.* el clásico estudio de Roberto Wyness Millar, *Los principios formativos del procedimiento civil*, trad. de Catila Grossman, Buenos Aires, pp. 37 y ss.; y la no menos conocida exposición de Eduardo J. Couture en *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1958, pp. 181 y ss.

³¹ En México pretendió adoptarse expresamente esta institución británica en la base 31a. de los Elementos Constitucionales redactados por Ignacio López Rayón hacia el año de 1811, de la siguiente manera: "Cada uno se respetará en su casa como en un asilo sagrado, y se administrará con las ampliaciones y restricciones que ofrezcan las circunstancias de la célebre *Ley Corpus habeas de la Inglaterra*", *cfr.* Felipe Tena Ramírez, *Leyes constitucionales de México (1808-1964)*, 2a. ed., México, 1964, p. 26.

no decir la totalidad, de los ordenamientos constitucionales de Latinoamérica.³²

33. A través de un repaso rapidísimo de los textos constitucionales, encontramos el *habeas corpus* en Argentina, si bien el texto primitivo y ahora vigente de su Constitución nacional no se encuentra expresamente consagrado, aun cuando se introdujo en la reforma de 1949 (artículo 29), derogado por el gobierno emanado de la revolución de 1955; sin embargo, se considera como una garantía implícita, y se encuentra, además, regulado en una gran parte de las constituciones provinciales.³³

34. Encontramos expresamente consagrado el *habeas corpus* en las leyes fundamentales en vigor de los siguientes países latinoamericanos: Bolivia (artículo 18); Brasil (artículo 150, parágrafo 20); Chile (artículo 16); Costa Rica (artículo 48); Cuba (artículo 29, de su texto reformado en 1959); Ecuador (artículo 28, fracción 18, inciso h); El Salvador (artículo 164); Guatemala (artículo 79); Honduras (artículo 58, fracción 2ª); Nicaragua (artículo 41); Panamá (artículo 24); Paraguay (artículo 78); Perú (artículo 69); Puerto Rico (artículo 13); República Dominicana (artículo 8º, inciso g); Uruguay (artículo 17); y Venezuela (disposición transitoria quinta).³⁴

35. En cuanto a México, no figura la garantía de la libertad personal con el nombre tradicional angloamericano de *habeas corpus* debido a que se encuentra subsumido dentro del juicio de amparo, que comprende también la protección de la libertad individual contra detenciones arbitrarias, y en consecuencia, debemos considerarla comprendida dentro de los artículos 103 y 107 de la Constitución Federal, que regulan el propio juicio de amparo.

36. La inclusión de la exhibición personal, o *habeas corpus* dentro del amparo mexicano, la descubrimos con toda claridad de lo dis-

³² Cfr. Los datos que consigna el tratadista estadounidense Phanor J. Eder sobre la introducción expresa del *habeas corpus* en los textos constitucionales latinoamericanos, "Habeas Corpus disembodied, The Latin-American Experience", en el volumen *XXth. Century Essays in honor of Hessel E. Yntema*, Leyden, 1961, p. 473; también en Carlos Sánchez Viamonte *El habeas corpus, garantía de libertad*, 2a. ed., Buenos Aires, 1956, pp. 85 y ss.

³³ Cfr. Segundo V. Linares Quintana, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, cit., Buenos Aires, 1956, tomo V, p. 359.

³⁴ La Constitución vigente de la República de Haití de 1964 no es muy precisa en cuanto a la protección de la libertad personal contra detenciones arbitrarias, y el artículo 17 fija reglas para la detención que son muy amplias, pero sin establecer claramente un medio de tutela similar a la exhibición personal, sino que más bien, de acuerdo con la tradición francesa, parece seguir el principio de la responsabilidad penal y civil del funcionario que infrinja las reglas que deben seguirse para la detención de las personas pues la parte final de dicho precepto establece: "Todas las violaciones a esta

puesto por el artículo 17 de la ley reglamentaria del citado juicio de amparo, que señala reglas muy liberales para la interposición de este instrumento procesal cuando funciona como medio protector de la libertad personal; estableciendo claramente que el juez del amparo debe dictar todas las medidas necesarias para lograr la *comparecencia* del agraviado, cuando estuviese impedido para solicitar personalmente la garantía, que puede pedir cualquier otra persona en su nombre.³⁵

37. Por otra parte, si bien el artículo 16 de la Constitución chilena no utiliza expresamente ninguna de tales denominaciones, tanto la doctrina como la jurisprudencia han consagrado la denominación de "recurso de amparo" para designar la garantía de la libertad individual, utilizada contra prisiones arbitrarias e irregulares, y que ha sido reglamentada por los artículos 306 a 317 del Código de Procedimiento Penal de 12 de junio de 1906, reformado el 30 de agosto de 1934; así como por el auto acordado de la Corte Suprema de 19 de diciembre de 1932, sobre tramitación y fallo del "recurso de amparo".³⁶

38. Varios códigos procesales penales de las provincias argentinas y particularmente en el de la capital federal y territorios nacionales, artículo 617, 640 y 645, se refieren al *habeas corpus* con la calificación de "recurso de amparo de la libertad";³⁷ y en forma similar, la citada disposición transitoria quinta de la Constitución venezolana vigente regula provisionalmente el "amparo de la libertad personal" como garantía contra detenciones arbitrarias o ilegales, por lo que no

disposición son actos arbitrarios contra los cuales las partes lesionadas pueden sin autorización apelar a los tribunales sea a los autores, sea a los ejecutantes, cualesquiera que sean las cualidades o cuerpo al cual pertenezcan "

³⁵ El citado precepto dispone: "Cuando se trate de actos que importen 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 (prohibición de penas infamantes y trascendentales, limitación de la pena de muerte, etc.) y el agraviado se encuentra imposibilitado para promover el amparo, podrá hacerlo cualquier otra persona en su nombre, aunque sea menor de edad o mujer casada. En este caso, el juez dictará todas las medidas necesarias para lograr la *comparecencia del agraviado*, y habido que sea, ordenará se le requiera para que dentro del término de tres días ratifique la demanda de amparo; si el interesado la ratifica, se tramitará el juicio; si no la ratifica, se tendrá por no presentada la demanda, quedando sin efecto las providencias que se hubiesen dictado." A este sector del amparo lo hemos calificado por sus similitudes con el *habeas corpus*, como amparo-libertad. Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *El juicio de amparo*, México, 1964, pp. 243 y ss.

³⁶ El constitucionalista chileno Carlos Estévez Gasmuri, *Elementos de derecho constitucional*, Santiago, 1949, pp. 143 y 144, se refiere a la institución calificándola de "amparo" o *habeas corpus*; cfr., también Elena Caffarena de Giles, *El recurso de amparo frente a los regímenes de emergencia*, Santiago, 1957, esp., pp. 152 y 187.

³⁷ Cfr. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Ricardo Levene, hijo, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, 1945, tomo III, pp. 394 y ss.; Carlos Sánchez Viamonte, *El habeas corpus*, cit., pp. 157 y ss.

es otra cosa que el *habeas corpus*, según lo ha entendido la doctrina,³⁸ e inclusive el Ministerio de Justicia ha elaborado un ensayo de reglamentación denominado "Proyecto de Ley de *Habeas Corpus*".³⁹

39. Una rápida revista a los lineamientos generales del *habeas corpus*, exhibición personal, o amparo de la libertad personal, en los diversos ordenamientos jurídicos latinoamericanos, nos lleva al convencimiento de que posee como características comunes las de constituir una garantía específica para proteger el derecho constitucional de la libertad individual establecido en las constituciones de los propios países hermanos del continente, y se utiliza esencialmente para impugnar las detenciones arbitrarias o ilegales, en particular respecto a las practicadas por las autoridades administrativas, que desafortunadamente y con demasiada frecuencia infringen la previsión común de todas estas leyes fundamentales, que exigen un mandato judicial, salvo en las situaciones de emergencia, para la detención de los gobernados; el procedimiento siempre debe ser rápido y preferente a cualquier otro de carácter común; el juez debe procurar la inmediata comparecencia del detenido para examinar los motivos de la privación de la libertad; el procedimiento puede ser intentado por cualquier persona a nombre del afectado; la resolución de libertad debe ser rápidamente obedecida, y los infractores deben ser castigados con penas muy severas.

40. Claro es que existen variaciones de detalle, pues en algunas legislaciones, el *habeas corpus*, como ocurre con la tradicional institución inglesa, procede no sólo contra detenciones indebidas provenientes de autoridades, sino también realizadas por particulares, como ocurre con lo dispuesto por los artículos 1º, inciso 4); 32 y siguientes, de la Ley de Amparo de Nicaragua, de noviembre de 1950, que regula también el *habeas corpus*,⁴⁰ y una regla similar ha sido establecida en El Salvador, de acuerdo con el título IV, relativo al *habeas corpus*, de la Ley de Procedimientos Constitucionales, número 2.996, de 14 de enero de 1960.⁴¹

³⁸ Cfr. entre otros a José A. de Miguel, "Amparo y *habeas corpus* en la Constitución de 1961", *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, núm. 130, Caracas, julio-diciembre de 1965, pp. 29 y ss.

³⁹ Caracas, 1965.

⁴⁰ El primero de los citados preceptos determina: "La presente ley establece los medios legales de ejercer el derecho de amparo comprendido el *habeas corpus* a fin de mantener y restablecer la supremacía de la Constitución política y leyes constitucionales, conforme a ella se resolverá toda cuestión que se suscite... 4) Por actos restrictivos de la libertad personal de cualquier habitante de la República realizados por particulares..."

⁴¹ El artículo 38 de dicho ordenamiento preceptúa: "Siempre que la Ley no prevea espccialmente lo contrario, todos tienen derecho a disponer de su persona, sin sujeción

41. En ocasiones se ha extralimitado el concepto de *habeas corpus*, y en ausencia de otro medio protector de los derechos fundamentales se ha pretendido extenderlo a la tutela de otros derechos del hombre diversos de la libertad personal; y el ejemplo más evidente es el que nos proporciona la llamada "doctrina brasileña del *habeas corpus*", que debido a la influencia del ilustre Rui Barbosa, sostuvo, en ocasiones con éxito, que este instrumento tutelar, tal como estaba regulado por el texto primitivo del artículo 72, inciso 22, de la Constitución de febrero de 1881 (antes de la reforma de 1926), era apto para proteger otros derechos fundamentales relacionados directa o indirectamente con la propia libertad individual,⁴² criterio que se señala como un antecedente del mandato o mandamiento de seguridad, que examinaremos más adelante.

42. Esta interpretación extensiva del *habeas corpus* influyó notoriamente en la doctrina y la jurisprudencia de Argentina,⁴³ y de Bolivia⁴⁴ con anterioridad a la consagración del derecho de amparo; y además ha obtenido consagración legislativa en algunas constituciones provinciales argentinas,⁴⁵ y particularmente en el artículo 69 de la ley fundamental vigente en la República del Perú, precepto que determina: "Todos los derechos individuales y sociales reconocidos por la Constitución dan lugar a la acción de *habeas corpus*", en la inteligencia de que esta disposición no se ha aplicado en la práctica con la amplitud que fija el texto constitucional.⁴⁶

a otro. Cuando este derecho ha sido lesionado deteniéndose a una persona contra su voluntad dentro de ciertos límites, ya sea por amenazas, por temor de daño, apremio u otros obstáculos materiales, debe entenderse que la persona está reducida a prisión y en custodia de la autoridad o del particular que ejerce tal detención. Una persona tiene bajo su custodia a otra, cuando, aunque no lo confine dentro de ciertos límites territoriales por fuerza o amenaza, dirige sus movimientos y la obliga contra su voluntad a ir o permanecer donde aquélla disponga".

⁴² Cfr., entre otros, Arnold Wald, "El mandato de seguridad (historia y naturaleza)", trad. de Javier Elola, *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núm. 24, septiembre-diciembre de 1955, pp. 35-45; *id.*, *O mandado de segurança, na prática judiciária*, Río, 1958, pp. 25 y ss.; Themistócles B. Cavalcanti. *Do mandado de segurança*, 4a. ed., Rio-São Paulo, 1957, pp. 50 y ss.

⁴³ Cfr. José Faustino d'Hers, "Visión integral del amparo en el *habeas corpus* de Sánchez Viamonte", *La Ley*, Buenos Aires, 7 de abril de 1966, pp. 1-6.

⁴⁴ Cfr. Enrique Oblitas Poblete, *Lecciones de derecho procesal penal*, Sucre, 1961, vol. II, pp. 323 y ss.; *id.*, *Recurso de amparo*, La Paz, 1967, pp. 27 y ss.

⁴⁵ 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 los mismos mes y año, regulan la acción de *habeas corpus* como instrumento tutelar de todos los derechos del hombre consagrados constitucionalmente, con exclusión de los de carácter patrimonial.

⁴⁶ Cfr. José Pareja Díaz Soldán, *Las constituciones del Perú*, Madrid, 1954, pp. 473 y ss.

IV. MANDAMIENTO DE SEGURIDAD

43. Habiendo fracasado el intento de la doctrina y jurisprudencia brasileña para otorgar al *habeas corpus* una amplitud suficiente para tutelar todos los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, según se ha visto, pues inclusive se modificó la Constitución de 1891 en el año de 1926 para restringir dicha institución a sus límites tradicionales, se hizo necesaria la creación de otro instrumento de protección procesal de tales derechos, y éste ha sido el mandato o mandamiento de seguridad, introducido en el artículo 113, párrafo 33, de la Constitución de 1934, y que a partir de entonces ha tenido un desarrollo verdaderamente extraordinario, que pudiéramos calificar de meteórico.⁴⁷

44. Aun cuando la doctrina y la jurisprudencia se refieren, como es lógico, a la institución tal como estaba regulada por el artículo 141, parágrafo 24, de la Constitución anterior de 1946, sus conclusiones resultan aplicables al régimen constitucional actual, ya que la ley suprema de 1967, en su artículo 150, parágrafo 21, reproduce el texto anterior de la siguiente manera: "Para proteger derecho líquido y cierto, no amparado por *Habeas corpus*, se concederá mandamiento y seguridad, sea cual fuere la autoridad responsable por ilegalidad o abuso de poder".⁴⁸

45. El mandamiento de seguridad se encuentra reglamentado esencialmente por la Ley número 1.533 de 31 de diciembre de 1951, que vino a alterar las discusiones del Código de Procedimiento Civil de 1939 relativas a la propia institución; pero también deben tomarse en cuenta, hasta donde nuestra información nos los permite, lo dispuesto por las Leyes números 2.770, de 4 de mayo de 1956, y 4.348, de 26 de junio de 1964.⁴⁹

⁴⁷ No existe consenso para la equivalencia castellana de la denominación "mandado de segurança", pues en tanto que Manuel Fraga Iribarne al traducir el texto de la Constitución brasileña de 1946 en el volumen de T. B. Cavalcanti, *Las constituciones del Brasil*, cit., pp. 685 y 686 habla de "mandamiento de amparo", la doctrina mexicana, incluyendo el autor de esta nota, ha utilizado el término "mandato de seguridad", como se observa en la traducción de Javier Elola al estudio de Arnold Wald mencionado en la nota 42; y en el volumen *Tres estudios sobre el mandato de seguridad*, México, 1963, redactado por Héctor Fix-Zamudio, Alejandro Ríos Espinoza y Niceto Alcalá-Zamora y Castillo; pero recientemente el propio Ríos Espinoza, en un magnífico trabajo que recoge sus experiencias en el Brasil, lo califica de *mandamiento de seguridad*, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 53, pp. 77-182; por lo que rectificando nuestra postura anterior, nos adherimos a esta última denominación.

⁴⁸ Utilizando la traducción de Ríos Espinoza, *Mandamiento de seguridad*, cit., p. 112.

⁴⁹ Cfr. J. M. Othon Sidou, "Lei I, 533 de 31 dezembro de 1951, que disciplina o mandado de segurança, com as alterações em vigor", *Boletim Instituto dos Advogados de Pará*, Belem, Brasil, diciembre de 1967, pp. 33-35.

46. Debe tomarse en consideración que el mandamiento de seguridad opera fundamentalmente contra actos y resoluciones de autoridades administrativas, o de actos administrativos de las restantes autoridades, pues de acuerdo con la legislación, la doctrina y la jurisprudencia, dicha institución puede utilizarse sólo de manera excepcional contra las disposiciones legislativas o respecto de las resoluciones judiciales.

47. En efecto, la corriente mayoritaria estima que no es admisible la institución contra la ley en abstracto, sino exclusivamente respecto de los actos de aplicación de la misma, particularmente por las autoridades gubernativas, ya que este criterio imperante afirma que no se puede enjuiciar a los órganos legislativos cuando actúan como creadores de disposiciones legales, sino exclusivamente en sus funciones de carácter estrictamente administrativo.⁵⁰

48. Sin embargo, existe la tendencia de atemperar la rigidez del principio anterior, y en los nuevos proyectos de ley reglamentaria formulados bajo los auspicios del "Instituto dos Advogados Brasileiros"⁵¹ y por el "Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil"⁵² se propone que, por excepción, se puedan impugnar las leyes en abstracto cuando se demuestre que de sus efectos futuros puede resultar daño de difícil o incierta reparación.

49. En cuanto a las resoluciones judiciales, existe una división en la doctrina brasileña, pues en tanto un sector considera que no debe admitirse en ningún caso, hay un criterio intermedio que afirma que sólo resulta procedente en casos excepcionales, y un tercer punto de vista pretende una mayor liberalidad en esta materia, según se desprende de la excelente comunicación presentada por J. J. Calmón de Passos al Congreso Nacional y Terceras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal, efectuadas en São Paulo en septiembre de 1962, y quien se afilia a la tercera postura mencionada.⁵³

⁵⁰ Así en la doctrina, *cf.* José Castro Nunes, *Do mandado de segurança*, 5a. ed., Río-São Paulo, 1961, pp. 117 y ss.; Cavalcanti, "Do mandado de segurança", *cit.*, pp. 136 y ss.; Alfredo Buzaid, "Juicio de amparo o mandado de segurança (contraste e confrontos)", en *las Actas del Primer Congreso Mexicano y Segundas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal*, México, 1960, p. 145; la jurisprudencia dominante, en especial la del Supremo Tribunal Federal, tiene la misma orientación. *Cfr.* Tito Calvão Filho, *Diccionario de jurisprudencia no mandado de segurança*, Curitiba, Paraná, 1960, pp. 156 y ss.

⁵¹ *Ante-Projeto de Lei do Mandado de Segurança*, introducción de Otto Gil, ponencia de Celestino Sá Freire Basilio, Río, 1960, y el otro redactado por J. M. Othon Sidou, *Projeto de reforma da Lei 1, 533 de 1951 sobre o mandado de segurança*, Curitiba, Paraná, 1960, pp. 156 y ss.

⁵² "A reformulação do Instituto do Mandado de Segurança", *Revista de Orden dos Advogados*, São Paulo, vol. 2, núm. 167, esp., p. 102.

⁵³ "Do mandado de segurança contra atos judiciais", *Estudos sobre o mandado de segurança*, Río de Janeiro, 1963, pp. 51-108.

50. De acuerdo con lo establecido por las disposiciones constitucionales y de los términos de los artículos 1º y 5º, fracción 2ª, de la Ley Reglamentaria número 1.533,⁵⁴ la jurisprudencia ha llegado a admitir la procedencia del mandamiento de seguridad contra resoluciones judiciales en casos verdaderamente excepcionales, o sea, cuando no exista contra la resolución respectiva un recurso eficaz con efecto suspensivo por virtud del cual puedan evitarse perjuicios de difícil o imposible reparación, ya que se tiene el temor de que pueda convertirse en un recurso procesal ordinario.⁵⁵

51. Por otra parte, y es la función que nos interesa más particularmente, el mandamiento de seguridad opera muy eficazmente como una garantía procesal de los derechos fundamentales de los gobernados frente a los actos y resoluciones de carácter administrativo, pues si bien es verdad que una interpretación literal de los artículos 141, párrafo 24, de la Constitución de 1946, y 150, párrafo 21, de la carta fundamental de 1967, nos llevaría a la conclusión de que sólo protege a los particulares contra la ilegalidad y el abuso de poder, sin referirse a los actos inconstitucionales, sin embargo, debe admitirse, como lo ha hecho la doctrina y la jurisprudencia, que esta protección de los derechos constitucionales se encuentra implícita, pues la interpretación lógico-sistemática que se le ha dado a dichos preceptos es en el sentido de que la institución tutela todos los derechos fundamentales constitucionalmente consagrados, con excepción de la libertad personal, protegida por el *habeas corpus*.⁵⁶

52. Además, debe tomarse en cuenta una disposición muy importante de los dos textos constitucionales mencionados, es decir, los artículos 141, párrafo 4º, de la carta de 1946, y 150, también párrafo 4º de la ley suprema de 1967, en el sentido de que: "la ley no podrá excluir del conocimiento del poder judicial cualquier lesión de un derecho individual", que relacionada con los preceptos anteriores nos permite establecer la amplitud protectora del mandamiento de seguridad y explica el éxito que ha alcanzado en la práctica.

53. En este sentido, el mandamiento de seguridad debe considerarse como una *garantía constitucional*, según lo han afirmado expresa-

⁵⁴ Este último precepto dispone que el mandamiento de seguridad es inadmisibles contra resoluciones judiciales cuando contra ellas proceda un recurso previsto en las leyes procesales y por virtud del cual puedan ser modificadas.

⁵⁵ Cfr. Guilherme Estelita, "Mandado de segurança contra ato jurisdiccional", *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile*, Pádua, 1953, pp. 2237 y ss.; Casa Rui Barbosa, *O mandado de segurança e sua jurisprudencia*, Río, 1961, tomo I, p. 278; Tito Galvao Filho, *Diccionario de jurisprudencia no mandado de segurança*, cit., pp. 28 y ss., Alfredo Buzaid, *Juicio de amparo e mandado de segurança*, cit., p. 145.

⁵⁶ Cfr. Arnold Wald, *Do mandado de segurança*, cit., p. 160; Castro Nunes, *Do mandado de segurança*, cit.

mente los tratadistas José Castro Nunes⁵⁷ y Alfredo Buzaid⁵⁸, así como algunos fallos de los tribunales brasileños,⁵⁹ y es debido a esta característica que la Constitución brasileña lo consagra en el capítulo relativo a los derechos de la persona humana, como uno de los medios (el otro es el *habeas corpus*) destinados a la protección jurisdiccional de los citados derechos esenciales del hombre, establecidos por la propia Constitución, de manera que puede calificarse de *proceso constitucional*, no sólo porque sus lineamientos están establecidos en la ley suprema, sino esencialmente porque su finalidad principal consiste en la tutela de derechos de naturaleza constitucional.

54. Si examinamos la reglamentación legal del procedimiento del mandamiento de seguridad, observamos que en términos generales y salvo algunas disposiciones que pueden perfeccionarse, dicho procedimiento está orientado por principios formativos de oficialidad, concentración, sumariedad, amplias facultades del juez para otorgar providencias precautorias⁶⁰ y algo muy importante: igualdad procesal de las partes y no predominio de la autoridad sobre los particulares, etcétera, por lo que, en principio, está estructurado preferentemente como un medio tutelar de los derechos del hombre sobre la función del control de la legalidad de los actos administrativos, y esta orientación explica la disposición del artículo 17 de la Ley Reglamentaria número 1533 de 1951, en el sentido de que: "los procesos del mandamiento de seguridad tendrán prioridad sobre todo los actos judiciales, salvo el *habeas corpus* . . .", lo que no tendría sentido si solamente se cuestionaran violaciones legales de carácter secundario.

55. Coincidimos con el tratadista brasileño J. M. Othon Sidou en cuanto sostiene que el mandamiento de seguridad fue moldeado desde su origen a través de una vía rápida, que es suya en forma inmanente en atención el derecho que tutela, que es el derecho a las "garantías individuales", o sea, el mínimo denominador de la coexistencia del hombre en una sociedad determinada.⁶¹

⁵⁷ *Do mandado de segurança*, cit. p. 28.

⁵⁸ *Juicio de amparo e mandado de segurança*, cit., p. 147.

⁵⁹ Cfr. Tito Galvão Filho, *Diccionario de Jurisprudencia no mandado de segurança*, cit., pp. 170-174.

⁶⁰ Precisamente por el carácter híbrido del mandamiento, que comprende la protección constitucional y legal, se han establecido en el artículo 20 de la Ley de 26 de junio de 1964, la perención o caducidad de las llamadas medidas liminares, es decir providencias precautorias de suspensión de los actos reclamados, tanto de oficio como a requerimiento del Ministerio Público, cuando el promovente deja de actuar por más de tres días en los actos y diligencias en que tenga que intervenir o abandone la causa por más de veinte; caducidad que se justifica en el control de la legalidad, pero no tratándose de la tutela de normas constitucionales.

⁶¹ "Para proteger direito liquido e certo", *Revista de Direito Processuale Civil*, año I, vol. 2, São Paulo, julio-diciembre de 1960, p. 94.

V. ACCIÓN O RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD

56. Aun cuando este instrumento tutelar rebasa la protección de los derechos del hombre, ya que también se dirige a la garantía procesal de los preceptos constitucionales que regulan el funcionamiento de los órganos del poder, es preciso advertir que el legislador, como cualquier otra autoridad, está obligado a respetar en las disposiciones legales que expida, las normas constitucionales en las cuales se han establecido los derechos fundamentales de la persona humana, y para lograr que se imponga este respeto se ha establecido un conjunto de instrumentos que se agrupan bajo el nombre de "acción" o "recurso" de inconstitucionalidad.

57. Al efecto debe hacerse notar que una gran mayoría de los ordenamientos constitucionales latinoamericanos se han afiliado al que se ha denominado "sistema americano" de control de la constitucionalidad de las leyes, que en principio consiste en confiar al organismo judicial, ya sea en su totalidad, a un sector del mismo o sólo al tribunal más elevado, el conocimiento de las cuestiones relativas a la constitucionalidad de las leyes, a diferencia del que se ha calificado como "sistema austriaco" o "europeo", que confía a un tribunal especial, diverso del organismo judicial ordinario, la competencia exclusiva para decidir sobre la propia constitucionalidad de las leyes.⁶²

58. El tratadista estadounidense J. A. C. Grant ha expresado que la atribución a los tribunales para hacer cumplir la Constitución como norma superior a las leyes establecidas por el organismo legislativo ordinario, constituye una contribución de las Américas a la ciencia política,⁶³ debiendo entenderse esta afirmación no en el sentido de que fue una creación espontánea y original del derecho americano, sino que constituye la culminación de varios siglos de historia en los cuales se lucha denodadamente para lograr la vigencia del principio de la supremacía de la Constitución.⁶⁴

⁶² La diferenciación entre los dos sistemas está claramente expuesta en la excelente monografía de Mauro Cappelletti, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, cit., esp., pp. 34 y ss.; Héctor Fix-Zamudio, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1965)*, México, 1968, pp. 15-18.

⁶³ *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Una contribución de las Américas a la ciencia política*, México, 1963, p. 24.

⁶⁴ En este sentido son significativas las frases de Cappelletti en cuanto afirma que la valiente y firme aseveración del ilustre John Marshall en el sentido de que debía considerarse nula y sin ningún valor toda disposición contraria a la Constitución, no fue el resultado de un gesto de improvisación, sino un acto madurado a través de siglos de historia no solamente americana, sino universal, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, cit., p. 33.

59. El sistema "americano" se ha condensado en los Estados Unidos con el nombre de "revisión judicial" (*judicial review*) y, como es bien sabido, surgió en forma muy imprecisa en el texto de la Constitución de 1787 (artículo 3º, sección 2ª, primer párrafo),⁶⁵ siendo divulgado en Latinoamérica fundamentalmente a través del inmortal libro de Alexis de Tocqueville *La democracia en América*, cuya traducción al castellano por Sánchez de Bustamante, publicada en París en 1837⁶⁶ fue conocida en toda la América Latina, y esto explica la introducción del control judicial de la constitucionalidad de las leyes en una gran parte de las constituciones latinoamericanas de la segunda mitad del siglo XIX, debiendo hacerse notar que fue el jurista y político mexicano Manuel Crescencio Rejón, uno de los creadores del amparo, el primero que introdujo la revisión judicial, precisamente a través del propio amparo, en el proyecto que sirvió de base a la Constitución para el Estado de Yucatán promulgada el 16 de mayo de 1841 (artículo 62, fracción 1ª), revisión judicial precisamente dirigida a la protección de los derechos fundamentales.⁶⁷

60. Sin embargo, sin abandonar los lineamientos generales de la institución, la gran mayoría de los países latinoamericanos que la consagran han adoptado una gran variedad de matices, pues varían desde el régimen argentino, que es el que más se aproxima, y eso relativa-

⁶⁵ La intención de la Convención de Filadelfia al aprobar este precepto se observa en las clásicas explicaciones de Alejandro Hamilton, en *El Federalista* respecto a la facultad del departamento judicial para conocer los problemas de la constitucionalidad de las leyes, pero de una manera poco precisa en cuanto a sus alcances; *cfr.* la traducción de Gustavo R. Velasco, México 1957, pp. 330 y ss., debiendo tomarse en consideración que la citada obra fue conocida por los publicistas latinoamericanos en los primeros años del siglo XIX, pues como afirma el tratadista argentino Enrique de Gandía se sabe que se tradujo esta obra al español y que fue publicada en Caracas en el año de 1826, *Historia de las ideas políticas en Argentina*, Buenos Aires, 1960, tomo I, pp. 249-250; y el jurisconsulto mexicano Jesús Reyes Heróles sostiene que se publicaron fragmentos de la propia obra en varios periódicos de la ciudad de México durante los años 1827 a 1829, *El liberalismo mexicano*, México, 1961, tomo III, pp. 343 y ss.

⁶⁶ Especialmente en su capítulo VI intitulado "El poder judicial en los Estados Unidos y su acción sobre la sociedad política", pues estas páginas de Tocqueville constituyen el evangelio político de los creadores del amparo mexicano: Manuel Crescencio Rejón, Mariano Otero y los constituyentes de 1856-1857, especialmente Ponciano Arriaga, Melchor Ocampo y José María Mata; *cfr.* entre otros el estudio preliminar intitulado *Alexis de Tocqueville y la teoría del Estado democrático*, redactado por Enrique González Pedrero a la traducción española de Luis R. Cuéllar a la inmortal obra de Tocqueville, México, 1957, pp. XXVI y XXVII.

⁶⁷ Dicho precepto establecía: "Corresponde a este Tribunal reunido [Corte Suprema de Justicia del Estado]: 1o. *Amparar* en el goce de sus derechos a los que pidan su protección contra leyes y decretos de la legislatura que sean contrarios al texto literal de la Constitución..."; Suprema Corte de Justicia, *Homenaje a don Manuel Crescencio Rejón*, cit., pp. 111-112.

mente, al paradigma de los Estados Unidos,⁶⁸ hasta la novísima Corte de la Constitucionalidad, introducida en la Constitución guatemalteca de 1965, que al lado del amparo contra leyes inconstitucionales, de tipo tradicional, introdujo un "recurso de inconstitucionalidad", que se hace valer ante dicha Corte, con muchas de las características del sistema "austriaco".

61. Como una brevísima descripción de estos matices a la revisión judicial, debemos mencionar la *acción popular de inconstitucionalidad* que han establecido los ordenamientos constitucionales de Venezuela (Constitución de 1961, artículo 215, ordinales 3º y 4º); Colombia (Constitución de 1886, en su reforma de 1910, artículo 214 del vigente texto constitucional, reglamentado por la Ley 96 de 1936); El Salvador (Constitución vigente de 1962, artículo 96, reglamentado por la Ley de Procedimientos Constitucionales de 14 de enero de 1960, artículos 6º al 11); Panamá (artículo 167 de la carta fundamental vigente del 1º de enero de 1946, reglamentada por la Ley sobre Recursos Constitucionales y de Garantía, de 24 de octubre de 1956); Cuba (artículos 160, 161 y 172 de la Constitución de 1940, reformada en 1959, reglamentados por la Ley, número 7, de 31 de mayo de 1949); y provincia argentina del Chaco (artículo 9º de su carta fundamental de 7 de diciembre de 1957).

62. De acuerdo con lo dispuesto por las disposiciones fundamentales mencionadas, cualquier ciudadano, aun cuando no resulte afectado, puede acudir ante el Tribunal Supremo de cada uno de los citados países (o el Tribunal Superior de la provincia en el último caso mencionado), para solicitar la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos legales que se consideran contrarios a la ley suprema, en la inteligencia de que esa declaración, si se considera procedente, asume efectos generales o *erga omnes*.

Un segundo sector está integrado por aquellos países que, influidos por el derecho mexicano, han establecido la impugnación de la inconstitucionalidad de las leyes a través del recurso o juicio de amparo, y que de considerarse fundada, se traduce únicamente en la desaplicación de las disposiciones legales combatidas exclusivamente en el caso concreto en el cual surgió la propia impugnación.

63. En este sentido podemos citar el artículo 58, fracción I, de la Constitución de la República de Honduras de 3 de junio de 1965, reglamentado por la Ley Constitucional de Amparo de 14 de abril de 1936; el artículo 229, inciso 11, de la carta fundamental de la

⁶⁸ Cfr. entre muchos otros, Alejandro E. Ghiagliani, *Del control jurisdiccional de constitucionalidad*, Buenos Aires, 1962.

República de Nicaragua de 6 de noviembre de 1950, desarrollado por la Ley Constitucional de Amparo de la misma fecha; y el artículo 80, fracción 2ª de la Constitución de la República de Guatemala de septiembre de 1965, así como la parte relativa de la Ley Constitucional de Amparo, *Habeas Corpus* y de Constitucionalidad de 28 de abril de 1966.

64. También podemos mencionar el llamado "recurso extraordinario" que los artículos 100 y 114, fracción 3ª, respectivamente, de las cartas fundamentales de Argentina y Brasil, han consagrado con objeto de llevar a la Corte Suprema y Tribunal Supremo Federal, también respectivamente, las cuestiones de inconstitucionalidad de la ley aplicable a una controversia concreta y que las partes en la misma pueden invocar para que se decida, con efectos particulares, si la disposición impugnada es o no contraria a la ley suprema.⁶⁰

65. Unas cuantas palabras respecto del novedoso (para el derecho americano) "recurso de inconstitucionalidad", según el modelo "austriaco", que introdujo la Constitución de Guatemala de septiembre de 1965, artículos 264 y siguientes, y que reglamentan los artículos 105 y siguientes de la citada Ley Constitucional de Amparo, *Habeas Corpus* y de Inconstitucionalidad de 26 de abril de 1966.

66. La innovación del derecho guatemalteco consiste en que dicho recurso (en realidad, acción) de inconstitucionalidad se debe interponer ante un tribunal especial inspirado, aunque con modalidades propias, en los tribunales constitucionales europeos, ya que no es un organismo judicial ordinario, sino que se integra exclusivamente para conocer de estas cuestiones de constitucionalidad.

67. Dicho tribunal recibe el nombre de "Corte de Constitucionalidad" y se forma con doce miembros, de los cuales cinco son el presidente y cuatro magistrados de la Corte Suprema de Justicia designados por la misma, y los demás, por sorteo global que practica la misma Corte entre los magistrados de la Corte de Apelaciones y de lo Contencioso-Administrativo, en el concepto de que la presidencia corresponde al presidente de la Corte Suprema de Justicia.

68. Están legitimados para interponer dicho recurso el Consejo de Estado, el Colegio de Abogados por decisión de la Asamblea General; el Ministerio Público, por disposición del presidente de la República

⁶⁰ Tanto respecto de Argentina como en relación al derecho brasileño la bibliografía es muy amplia, por lo que nos limitaremos a citar a la obra clásica de Rafael Bielsa, *El recurso extraordinario*, 2a. ed., Buenos Aires, 1958, esp., pp. 117 y ss.; José Frederico Marques, *Instituições de direito processual civil*, Río, 1960, vol. V, pp. 326 y ss.; Alfredo de Araujo López da Costa, *Direito processual civil brasileiro*, 2a. ed., Río, 1959, vol. III, pp. 410 y ss.

tomada en consejo de ministros, y cualquiera persona o entidad afectada directamente, con el auxilio de diez abogados en ejercicio.

69. Como resulta lógico, de acuerdo con el modelo "austriaco", la sentencia que declare la inconstitucionalidad tiene efectos generales y priva de eficacia a la ley respectiva.

VI. ACCIÓN, RECURSO O JUICIO DE AMPARO

70. A nuestro modo de ver, aunque tal vez influidos por el cariño que profesamos a la institución mexicana de este nombre, el amparo es el instrumento procesal más eficaz y adecuado para la tutela específica de los derechos de la persona humana consagrados constitucionalmente.

71. Resulta ya un hecho notorio que México fue el primer país de Latinoamérica que consagró el juicio de amparo, que en su prístina significación de sus creadores, Manuel Crescencio Rejón, Mariano Otero y los constituyentes de 1857, tenía como finalidades esenciales la protección de las "garantías individuales" y la tutela del régimen federal, pero siempre a través de la afectación de un derecho particular.⁷⁰

72. Es también un hecho indiscutible que el amparo mexicano ha influido directa o indirectamente en el establecimiento de instituciones procesales del mismo nombre en diversos ordenamientos de América Latina, tanto por el prestigio internacional que ha llegado a adquirir como por la circunstancia favorable de que la denominación posee una honda raigambre en el derecho hispánico.⁷¹

73. El primer país que introdujo el amparo fue la República de El Salvador en su Constitución de 13 de agosto de 1886 y le siguieron Honduras, en su ley fundamental de 1894; Nicaragua, el 10 de noviembre de 1911; Guatemala, el 11 de marzo de 1921; Panamá, el 2 de enero de 1941; Costa Rica, el 7 de noviembre de 1949; Argentina en la Constitución de la Provincia de Santa Fe de 13 de agosto de 1921; y más recientemente Venezuela en su carta de 1961, y Bolivia, Ecuador y Paraguay en sus leyes supremas de 1967.

74. 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 Sal-

⁷⁰ Cfr. Ignacio Burgoa, *El juicio de amparo*, 6a. ed., México, 1968, pp. 94 y ss.; Ignacio L. Vallarta, *El juicio de amparo y el writ of habeas corpus*, México, 1896, pp. 31 y ss.

⁷¹ Cfr. Felipe Tena Ramírez, *Derecho constitucional mexicano*, 8a. ed., México, 1967, p. 458, nota 412; Héctor Fix-Zamudio, "Diversos significados jurídicos del amparo en el derecho iberoamericano", *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núm. 52, enero-abril de 1965, pp. 119-152; reproducido en *Rivista di Diritto Agrario*, Milán, julio-septiembre de 1967, pp. 502-543.

vador), promulgada en 1898, y en la carta de la República Centroamericana (Guatemala, El Salvador y Honduras) de 9 de septiembre de 1921.⁷²

75. Con objeto de sistematizar, así sea relativamente, esta materia, es necesario realizar una clasificación del amparo en cuanto a su extensión protectora, lo cual se puede intentar de la siguiente manera:

76. a) El amparo se entiende exclusivamente como un instrumento equivalente al *habeas corpus*, ya que únicamente puede utilizarse para tutelar la libertad de las personas físicas contra prisiones indebidas o irregularidades en el procedimiento criminal, y este es el sentido que posee en la República de Chile, según expresamos anteriormente y no es necesario repetir en esta oportunidad, y lo mismo sucede en algunos códigos procesales penales argentinos, y en la disposición transitoria 5ª de la Constitución venezolana de 1961, al utilizar la denominación "amparo de la libertad personal", como sinónimo de *habeas corpus*, como también ya se expresó en el capítulo respectivo.

77. b) En las legislaciones de Argentina, Venezuela, Guatemala, El Salvador, Costa Rica, Panamá y muy recientemente en Bolivia, Ecuador y Paraguay, el "recurso" o "acción" de amparo ha adquirido un significado de instrumento protector de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, con excepción de la libertad personal, que se tutela a través del tradicional *habeas corpus*, y por tal motivo, o se regula en una ley especial, o se consagra como un capítulo independiente en los ordenamientos sobre procedimientos constitucionales.

78. El amparo en la República Argentina ha sido objeto de una expansión que pudiéramos calificar de explosiva, después de su introducción en el artículo 17 de la Constitución de la Provincia de Santa Fe, de 1921⁷³ y que después se consagró en la Constitución de Santiago del Estero de 2 de junio de 1939, artículo 22, y en los artículos 673 y 685 del Código de Procedimientos Civiles de la misma provincia, expedido en 1944,⁷⁴ así como posteriormente en el artículo 33 de la Constitución de la Provincia de Mendoza, de 31 de mayo de 1949.⁷⁵

⁷² Cfr. Phanor J. Eder, *Judicial Review in Latin America*, cit., pp. 571-572.

⁷³ Cfr. César E. Romero, "Acción de amparo de los derechos y garantías constitucionales", *Revista Jurídica de Buenos Aires*, abril-junio de 1958, pp. 79-96.

⁷⁴ Cfr. Antonio Castiglione, "Recurso civil de amparo", *Revista de Derecho Procesal*, año VI, vol. II, Buenos Aires, 1946, pp. 48-58.

⁷⁵ Cfr. Carlos R. Melo, "Las constituciones de la Provincia de Mendoza", *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba, Argentina, enero-septiembre de 1963, p. 143.

79. En efecto, en el ámbito provincial y particularmente a partir de la revolución de 1955, el "recurso" o "acción" de amparo se ha consagrado en una gran parte de las leyes fundamentales de las provincias argentinas, pudiendo citarse las siguientes cartas políticas que regulan la institución de manera expresa:

80. *i)* Artículo 145, fracción 13 de la Constitución de la Provincia de Corrientes, de 17 de agosto de 1960.⁷⁶

81. *ii)* Artículo 34 de la Constitución de la Provincia de Chubut, de 26 de noviembre de 1957.⁷⁷

82. *iii)* Artículo 20 de la Constitución de la Provincia de Formosa, en vigor a partir del 30 de noviembre de 1957.⁷⁸

83. *iv)* Artículo 16 de la Constitución de la Provincia de la Pampa, de 6 de octubre de 1960.⁷⁹

84. *v)* Artículo 16, 17 y 18 de la Constitución de la Provincia de Misiones, de 21 de abril de 1958.⁸⁰

85. *vi)* Artículo 11 de la Constitución de la Provincia de Río Negro, de 10 de diciembre de 1957.⁸¹

86. *vii)* Artículo 15 de la Constitución de la Provincia de Santa Cruz, de 6 de noviembre de 1957.⁸²

87. *viii)* Artículo 17 de la Constitución de la Provincia de Santa Fe, de 14 de abril de 1962.⁸³

88. Esto sin mencionar los dos textos constitucionales que consignan el *habeas corpus* con una amplitud que le permite proteger no sólo la libertad física, de acuerdo con el concepto tradicional, sino también todos los restantes derechos de la persona humana consagrados en las normas fundamentales, es decir, los artículos 16 de la Constitución de la Provincia del Chaco de 7 de diciembre de 1957, y 44

⁷⁶ Cfr. Juan R. Aguirre Lanari, "Algunos aspectos de las reformas introducidas en la Constitución de Corrientes", *Revista Argentina de Ciencia Política*, Buenos Aires, julio-diciembre de 1960, p. 279.

⁷⁷ Cfr. Segundo V. Linares Quintana, *Derecho constitucional de las nuevas provincias*, Buenos Aires, 1962, p. 132.

⁷⁸ Cfr. César E. Romero, *Acción de amparo de los derechos y garantías constitucionales*, cit., p. 90.

⁷⁹ Cfr. Segundo V. Linares Quintana, *Derecho constitucional de las nuevas provincias*, cit., p. 184.

⁸⁰ Cfr. Linares Quintana, *op. ult. cit.*, p. 201; Romero, *Acción de amparo de los derechos y garantías constitucionales*, cit., p. 91.

⁸¹ *Ibid.*, pp. 268-269.

⁸² *Ibid.*, p. 292.

⁸³ El texto de esta carta fundamental aparece publicado en *Anales de Legislación Argentina*, tomo XXII-B, Buenos Aires, 1963, pp. 1909-1921 y el citado artículo 17, en la p. 1911; cfr. Salvador Dana Montañó, "La reglamentación del amparo jurisdiccional de los derechos y garantías", *La Ley*, Buenos Aires, 8 de diciembre de 1966, p. 1.

de la Provincia de Neuquén de 28 de noviembre de 1957, respectivamente.⁸⁴

89. Además, se han expedido leyes reglamentarias sobre "recurso" o "acción" de amparo en varias de las citadas provincias argentinas, debiendo recordarse que el primer ordenamiento reglamentario lo fue la Ley N° 2494 de la Provincia de Santa Fe, promulgada el primero de octubre de 1935⁸⁵ la cual fue seguida por la Ley sobre el Recurso de Amparo N° 2582 de la Provincia de Entre Ríos, que fue publicada el 27 de noviembre de 1946, pero este ordenamiento ha sido objeto de adiciones y reformas por el Decreto 1640 de 1963, cuyo texto se encuentra actualmente en vigor.⁸⁶

90. Debemos mencionar también las Leyes N° 2355 de la Provincia de Mendoza, promulgada el 7 de octubre de 1954; N° 11 de la Provincia de Santa Cruz, de 17 de julio de 1958; N° 2596 de la Provincia de San Luis de 30 de julio de 1958; N° 146 de la Provincia de Misiones, de 14 de noviembre de 1961; N° 2690 de la Provincia de La Rioja, de 7 de septiembre de 1960; pero no publicada hasta el 12 de octubre de 1962; y N° 7166 de la Provincia de Buenos Aires, promulgada el 10 de diciembre de 1965.

91. Por otra parte, en el ámbito nacional el amparo surgió primeramente en el terreno jurisprudencial, ya que se inició con dos famosos casos resueltos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, es decir, el de "Angel Siri", de 27 de diciembre de 1957,⁸⁷ y "Samuel Kot", fallado el 5 de septiembre de 1958,⁸⁸ y posteriormente se fue configurando tanto a través de numerosos fallos de la propia Corte como por medio de una amplísima elaboración doctrinal,⁸⁹ habiendo

⁸⁴ Cfr. Linares Quintana, *Derecho constitucional de las nuevas provincias*, cit., pp. 49-54.

⁸⁵ Cfr. Salvador Dana Montaña, *La reglamentación del amparo jurisdiccional de los derechos y garantías*, cit., p. 3.

⁸⁶ Cfr. Eugenio Orlando, "La acción de amparo en la Constitución de Entre Ríos", *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 12 de septiembre de 1966, pp. 1-4, quien consigna, además, el texto refundido de la propia Ley de Amparo.

⁸⁷ Cfr. los entusiastas y agudos comentarios de Segundo V. Linares Quintana, "Modificación de la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el amparo de la libertad", *La Ley*, Buenos Aires, 7 de marzo de 1958, pp. 1-2; Roberto Repetto, "El recurso de amparo en la interpretación de la Corte Suprema de la Nación", *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 18 y 19 de junio de 1958.

⁸⁸ Cfr. Genaro R. Carrió, *Recurso de amparo y técnica judicial*, Buenos Aires, 1960, esp., pp. 147-183; Abel Houssay, *Amparo judicial. El caso Kot y su influencia en la jurisprudencia*, Buenos Aires, 1961, esp., pp. 51 y ss.; Carlos A. Tagle, "El amparo judicial de los derechos fundamentales", *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 4 de noviembre de 1958, pp. 1-5.

⁸⁹ La doctrina sobre la acción de amparo en el ámbito nacional ha sido exuberante, por lo que citaremos los trabajos más amplios y recientes: Genaro R. Carrió, *Recurso de amparo y técnica judicial*, cit., *id.*, *Algunos aspectos del recurso de amparo*, Buenos

sido objeto de varios proyectos de reglamentación, entre los cuales destaca el formulado por el Ejecutivo nacional argentino en junio de 1964, y cuyo artículo 1º recoge con mucha aproximación el alcance que a la institución había otorgado la jurisprudencia de la Corte Suprema:

La acción de amparo procederá contra toda conducta, autoridad, funcionario o empleado público, o *actos de particulares*, aun cuando se fundamente en Ley, que en forma actual o inminente lesionen, restrinjan, alteren o amenacen con ilegalidad o arbitrariedad los *derechos o garantías explícitas o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional*, siempre que no existan otros recursos judiciales o administrativos que permitan obtener el mismo resultado, o que, existiendo, no fueran manifiestamente idóneos para la protección inmediata del derecho o garantía constitucional.⁹⁰

92. Finalmente se expidió la Ley Nacional sobre "acción de amparo" número 16.986 de 18 de octubre de 1966, que recoge varios aspectos de la institución elaborados por la jurisprudencia, y algunos otros de la citada Ley 7.166 para la Provincia de Buenos Aires, la cual, a su vez, se inspiraba en el proyecto nacional de 1964, pero con algunos aspectos restrictivos que han sido objeto de una severa crítica por parte de la doctrina.⁹¹

93. La Constitución venezolana de enero de 1961 estatuyó el amparo en su artículo 49, en el cual se establece:

Los tribunales *amparán* a todo habitante de la República en el goce y ejercicio de los *derechos y garantías* que la Constitución establece, en conformidad con la Ley. El procedimiento será breve y sumario, y el juez competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida.

Aires, 1959; Segundo V. Linares Quintana, *Acción de amparo, Estudio comparado con el juicio de amparo de México y el mandato de seguridad del Brasil*, Buenos Aires, 1960, esp. pp. 21 y ss.; Germán J. Bidart Campos, *Derecho de Amparo*, Buenos Aires, 1961; Abel Houssay, *Amparo Judicial*, cit.; Alfredo Orgaz, *El recurso de amparo*, Buenos Aires, 1961; Carlos Sánchez Viamonte, *Juicio de Amparo*, Buenos Aires, 1963.

⁹⁰ Cfr. entre otros, José Luis Lazzarini, "La acción de amparo y el proyecto del Poder Ejecutivo Nacional", *La Ley*, Buenos Aires, 20 de octubre de 1964, pp. 1-4.

⁹¹ Cfr. Alberto F. Robredo, "La acción de amparo y la reciente Ley 16.986", *La Ley*, Buenos Aires, 3 de noviembre de 1966, esp., p. 3; Bartolomé A. Fiorini, "Acción de amparo. Graves limitaciones e inconsecuencias que la desnaturalizan" *La Ley*, Buenos Aires, 24 de noviembre de 1966, pp. 1-3; Germán J. Bidart Campos, "La nueva Ley de Amparo", *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 29 de noviembre de 1966, pp. 3-4; Salvador M. Dana Montaña, *La reglamentación legal del amparo jurisdiccional de los derechos y garantías*, cit., pp. 1-7.

94. Tal como está redactado dicho precepto, relacionado con el primer párrafo de la disposición transitoria 5ª de la propia ley fundamental,⁹² parece abarcar también la tutela de la libertad corporal, pero tanto la doctrina venezolana⁹³ como la exposición de motivos del proyecto de Ley de *Habeas Corpus* redactado por el Ministerio de Justicia, han estimado que el amparo previsto por el artículo 49 constitucional se contrae a la protección procesal de todos los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, con excepción de la libertad corporal regulada provisionalmente por la citada disposición transitoria 5ª de la propia ley fundamental.

95. La Constitución de la República de Guatemala de septiembre de 1965, en su artículo 84 se aparta de todas las normas constitucionales a partir de la introducción del amparo en la reforma de 1921, puesto que separa definitivamente el amparo y el *habeas corpus* cuando dispone en la parte conducente: "El *habeas corpus* y el amparo se entablarán mediante recursos específicos...", mientras que anteriormente el primero formaba parte del segundo, de manera que el amparo tutelaba también la libertad corporal de acuerdo con la anterior Ley de Amparo de 18 de mayo de 1928.⁹⁴

96. Esta separación más precisa entre el *habeas corpus* y el amparo se debió fundamentalmente a las tendencias que en este sentido se observaron en los dos primeros congresos jurídicos guatemaltecos celebrados, respectivamente, en septiembre de 1960 y octubre de 1962,⁹⁵ de tal manera que en la actualidad, los artículos 80, fracción 1ª de la citada Constitución vigente de 1965 y 1º fracción 1ª, de la vigente Ley de Amparo, *Habeas Corpus* y de Constitucionalidad, establecen que el objetivo fundamental del amparo consiste en mantener o restituir el goce de los derechos y garantías que establece la misma ley fundamental.⁹⁶

⁹² La parte conducente de esta última disposición preceptúa: "El amparo de la libertad personal, hasta en tanto se dicte la Ley especial que lo regule conforme a lo previsto por el artículo 49 de la Constitución, procederá de acuerdo con las normas siguientes..."

⁹³ Cfr. De Miguel, *El amparo y habeas corpus en la Constitución de 1961*, cit., pp. 46-47; en contra Morris Sierralta, *De los recursos de amparo y habeas corpus en el derecho constitucional venezolano*, Caracas, 1961, pp. 28 y ss.

⁹⁴ Para la regulación del amparo y el *habeas corpus*, en los ordenamientos constitucionales anteriores al vigente, cfr. Ramiro Auyón Berneod, *El procedimiento de amparo*, tesis, Guatemala, 1955, pp. 88 y ss.; César Humberto de León Rodas, *El habeas corpus, garantía de libertad en la legislación de Guatemala*, Guatemala, (tesis), 1960, pp. 93 y ss.

⁹⁵ *Actas relativas*, Guatemala, 1960 y 1962, pp. 67 y ss.; 41 y ss., respectivamente.

⁹⁶ No debe olvidarse que el amparo guatemalteco procede también contra disposiciones legales que violen los derechos fundamentales, pero la sentencia protectora se traduce en la desaplicación de las propias disposiciones en beneficio exclusivo del

97. El artículo 89, fracción 1ª de la vigente carta fundamental de El Salvador de 8 de enero de 1962, y reglamentado por los artículos 12 y siguientes de la Ley de Procedimientos Constitucionales en vigor, de 14 de enero de 1960, regula el "proceso de amparo" de manera independiente del *habeas corpus* limitado a la tutela de la libertad personal.

98. El artículo 12 de la propia ley reglamentaria establece el alcance del amparo salvadoreño, en cuanto en su parte relativa determina que:

Toda persona puede pedir *amparo* ante la Corte Suprema de Justicia por violación de los derechos que le otorga la Constitución Política. La acción de amparo procede contra toda clase de acciones u omisiones de cualquier autoridad, funcionario del Estado o de sus organismos descentralizados que viole aquellos derechos u obstruya su ejercicio . . .

99. El artículo 51 de la Constitución vigente de la República de Panamá, de marzo de 1946, regula el "procedimiento sumario de amparo de las garantías constitucionales", de manera independiente del *habeas corpus*, que el diverso artículo 24 limita a la tutela de libertad personal, circunscribiendo el alcance del propio amparo al proteger a toda persona "contra la cual se expida o se ejecute por cualquier funcionario público una orden de hacer o de no hacer que viole los derechos y garantías que esta Constitución consagra . . ." ⁹⁷

100. Este precepto ha sido reglamentado por la Ley número 46 sobre Recursos Constitucionales y de Garantía, de 24 de noviembre de 1956, que regula el *habeas corpus* de manera independiente.

101. El artículo 48 de la carta fundamental de Costa Rica, de 7 de noviembre de 1949, en su párrafo tercero, regula el "recurso de amparo" con independencia del *habeas corpus*, previsto en su primer párrafo y con el exclusivo objeto de proteger la libertad individual. Este tercer párrafo dispone: "Para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados por esta Constitución, a toda persona le asiste, además, el recurso de *amparo*, del que conocerán los Tribunales que fija la Ley".

102. Dicha disposición está reglamentada por la Ley de Amparo número 1.161 de 2 de junio de 1950 (en tanto que el *habeas corpus*

promoviente, según se expresó con anterioridad; y también para que se declare que una disposición o resolución no meramente legislativa del Congreso de la República no es aplicable al recurrente, por violar un derecho constitucional; todo ello de acuerdo con el artículo 89, fracciones 2a. y 3a. de la ley fundamental vigente.

⁹⁷ Cfr. Bolívar Pedreschi, *El pensamiento constitucional del doctor Moscote*, cit., pp. 170 y ss.

está regulado por una ley especial número 35, de 24 de noviembre de 1932) cuyo artículo 2º, reformado por decreto de 9 de agosto de 1952, establece en lo conducente: "...procede el recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los derechos consagrados en la Constitución Política (el texto primitivo se refería exclusivamente a los "derechos individuales"). En consecuencia, se dará ese recurso contra disposición, acto o resolución, y, en general, contra toda acción u omisión que haya violado o amenace con violar cualquiera de esos derechos.⁹⁸

103. Dentro de esta misma orientación, muy recientemente se ha introducido el recurso o acción de amparo en varias de las últimas cartas constitucionales expedidas en el año de 1967. Nos referimos a Bolivia, Ecuador y Paraguay, que anteriormente no reconocían esta institución.

104. En primer término debe mencionarse el artículo 19 de la nueva Constitución Política de Bolivia, promulgada el 2 de febrero de 1967, el cual dispone en lo conducente:

Fuera del recurso de *habeas corpus*, a que se refiere el artículo anterior, se establece el *recurso de amparo* contra los actos ilegales o las omisiones indebidas de los funcionarios o particulares que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos y garantías de la persona reconocidos por esta Constitución y las leyes...⁹⁹

105. La Constitución Política del Estado Ecuatoriano, promulgada el 25 de mayo de 1967, establece el amparo en su artículo 28, inciso 15, de la siguiente manera:

Sin perjuicio de otros derechos que se derivan de la naturaleza de la persona, el Estado le garantiza... 15. El derecho de demandar el *amparo jurisdiccional* contra 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.

106. Finalmente, la Constitución de la República del Paraguay, de 25 de agosto de 1967, regula el amparo en su artículo 77, preceptuando:

⁹⁸ Cfr. Roberto Vinicio Alfaro Valverde, *El recurso de amparo* [tesis mimeografiada], Costa Rica, 1959, esp., pp. 49 y ss.

⁹⁹ Cfr. Enrique Oblitas Poblete, *Recurso de amparo*, cit., esp., pp. 27 y ss.

Toda persona que por un acto y omisión ilegítimo, de autoridad o de un particular, se crea lesionado o en peligro inminente de serlo, de modo grave, en un *derecho o garantía* que consagre esta Constitución, o la ley, y que por la urgencia del caso no pudiera remediarse por la vía ordinaria, podrá recurrir ante cualquier juez de Primera Instancia a reclamar amparo. El procedimiento será breve, sumario, gratuito y de acción pública, y el juez tendrá facultad para salvaguardar el derecho o garantía, o para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida. La Ley reglamentará el procedimiento.

107. c) Tenemos un tercer sector de ordenamientos que otorgan al amparo una amplitud mayor que las anteriores, puesto que conservan más cercana la influencia directa del derecho mexicano sobre esta materia: nos referimos a las legislaciones de Honduras y Nicaragua, en las cuales el citado instrumento tutelar posee un triple contenido: el suyo propio de proteger los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente; abarca también la libertad personal, pues el *habeas corpus* forma parte del mismo, aun cuando con ciertos lineamientos peculiares, y finalmente, puede también utilizarse para impugnar disposiciones legales violatorias de la carta fundamental, en el concepto de que la sentencia protectora se traduce en la desaplicación de la disposición combatida en beneficio exclusivo del promovente.

108. El artículo 58 de la Constitución de la República de Honduras de 3 de junio de 1965 se aparta hasta cierto punto de estos lineamientos que seguían las leyes anteriores, y separa parcialmente el *habeas corpus* del amparo en las dos fracciones de dicho precepto, y su fracción 1ª circunscribe el "recurso de amparo" que puede ejercer toda persona agraviada, o cualquiera otra en su nombre:

a) Para que se le mantenga o restituya en el goce de los *derechos y garantías* que la Constitución restablece; y b) Para que se declare en casos concretos que una Ley, o resolución o acto de autoridad no obliga al recurrente, por contravenir o restringir cualquiera de los derechos garantizados por la Constitución.

109. Esta disposición está reglamentada por la Ley de Amparo de 14 de abril de 1936, que tiene ese triple contenido de la protección de la libertad corporal (a través del *habeas corpus*), los restantes derechos fundamentales consagrados constitucionalmente y la impugnación de las leyes y disposiciones generales, con efectos concretos, cuando se estimasen violatorias de los mismos derechos.

110. d) Finalmente, el juicio de amparo es el más amplio en cuan-

to a su contenido que el de todas las legislaciones latinoamericanas anteriormente relacionadas.

111. Por un mecanismo muy peculiar de nuestra historia jurídico-política, e indudablemente por la necesidad de centralizar los asuntos judiciales, lo que fue exclusivamente, al menos en la intención de sus creadores, un instrumento o garantía "constitucional" en sentido estricto, se transformó, a través de una interpretación forzada del texto del artículo 14 de la Constitución de 5 de febrero de 1857, también en un control de la correcta aplicación de las leyes secundarias en las sentencias judiciales, inclusive las pronunciadas por los tribunales de las entidades federativas.¹⁰⁰

112. Esta interpretación extensiva fue expresamente admitida por el Constituyente de 1916-1917, de tal manera que se acogió en la redacción vigente del actual artículo 14 constitucional, en el cual se establece, como una "garantía individual", el control de la legalidad respecto de todas las resoluciones judiciales del país.¹⁰¹

113. Toda esta evolución culminó con la absorción por el amparo del recurso de casación, que subsistía en los códigos procesales locales y regulado en el ámbito nacional por el Código de Comercio, lo que ocurrió de manera definitiva por disposición de artículo 30 de la Ley de Amparo de 18 de octubre de 1919, constituyendo así un sector peculiar que nos hemos permitido denominar "amparo-casación".¹⁰²

114. También debe tomarse en consideración que el amparo mexicano se ha venido utilizando como un sustituto del proceso administrativo, es decir, como un control de la legalidad de los actos y resoluciones no sólo de la administración activa, sino también, en cuanto se han venido estableciendo, de las sentencias de los tribunales administrativos, particularmente del Tribunal Fiscal de la Federación, y en este sentido se habla de un "amparo administrativo".¹⁰³

¹⁰⁰ Transformación estudiada magistralmente por el ilustre jurista Emilio Rabasa, en su clásica monografía, *El artículo 14. Estudio constitucional*, 2a. ed. (la primera apareció en 1909) esp., pp. 35 y ss.

¹⁰¹ Los párrafos tercero y cuarto del citado artículo 14 constitucional establecen: "...En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta, se fundará en los principios generales del derecho".

¹⁰² Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *El juicio de amparo*, cit., pp. 258 y ss.; *id.*, "Reflexiones sobre la naturaleza del amparo", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 56, octubre-diciembre de 1964, pp. 93 y ss. Se han realizado numerosos estudios para señalar las analogías y la vinculación del amparo y el recurso de casación, pero nos limitaremos a señalar el más completo, redactado por Alejandro Ríos Espinoza, *Amparo y casación*, México, 1960, esp. pp. 175 y ss.

¹⁰³ Entre los estudios sobre este sector del amparo merece destacarse el de Antonio

115. Por otra parte, más recientemente se utilizaron dos reformas constitucionales y legales, la primera el 30 de octubre de 1962 y la segunda el 3 de enero de 1963, para establecer lineamientos peculiares tratándose de la impugnación, a través del juicio de amparo, de resoluciones de las autoridades agrarias que afecten derechos colectivos de los núcleos de población agrícola sujetos al régimen de la reforma agraria (es decir, organizados en el sistema de propiedad colectiva denominada "ejidal" y "comunal") o a sus integrantes, conocidos como ejidatarios y comuneros, respectivamente, y que se separan en este aspecto de las reglas más estrictas establecidas en la legislación de amparo para la impugnación de los actos y resoluciones administrativas, tomando en consideración que favorece notablemente la situación procesal de estos grupos agrarios y de sus integrantes. En tal sentido se habla de un nuevo sector del "amparo agrario ejidal y comunal".¹⁰⁴

116. A los sectores anteriores debe agregarse aquel que en la parte correspondiente de este trabajo consideramos similar al *habeas corpus*, ya que tutela a los gobernados contra los actos de autoridad que ponen en peligro su vida o su libertad personal fuera de procedimiento judicial, todo lo cual nos proporciona una idea de la extraordinaria complejidad y amplitud del juicio de amparo mexicano.

117. Del recorrido superficial que hemos hecho a través de las instituciones protectoras de los derechos fundamentales que reciben el nombre de "acción", "recurso" o "juicio" de amparo en los ordenamientos constitucionales de los países latinoamericanos, podemos llegar a la conclusión de que su contenido es sumamente variable, y por ello es que en el Seminario sobre amparo, *habeas corpus* y otros recursos similares, que se efectuó en la ciudad de México del 15 al 18 de agosto de 1961 bajo los auspicios de las Naciones Unidas, se expresó por los asistentes que la calificación del amparo se utiliza para denominar instituciones protectoras que no necesariamente son idénticas.¹⁰⁵

118. Sin embargo, podemos descubrir un fondo común que nos permitirá más adelante la posibilidad de estructurar un amparo latinoamericano, ya que en todas las legislaciones en las cuales se ha establecido y que tienden a aumentar en número, se utiliza esencialmente

Carrillo Flores, *La defensa jurídica de los particulares frente a la administración en México*, México, 1939, pp. 273 y ss.; Felipe Tena Ramírez, "Fisonomía del amparo en materia administrativa", en el volumen *El pensamiento de México en el derecho constitucional*, México, 1961, pp. 111 y ss.

¹⁰⁴ Cfr. Ignacio Burgoa, *El amparo en materia agraria*, México, 1964, pp. 111 y ss.; Luis del Toro Calero, *El juicio de amparo en materia agraria* (tesis), México, 1964, pp. 129 y ss.

¹⁰⁵ *Actas respectivas*, Nueva York, 1962, Documento ST-TAO-HR-12, p. 12.

para proteger los derechos de la persona humana consagrados constitucionalmente, con excepción de la libertad corporal, que en ocasiones también está comprendida por el mismo amparo, pero con la tendencia a independizar dicha protección, que se tutela específicamente a través del *habeas corpus* o "amparo de la libertad".

VII. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y LAS SITUACIONES DE EMERGENCIA

119. Aun cuando sea muy brevemente, es preciso detenernos en esta materia, ya que no obstante la existencia de medios eficaces para la defensa de los derechos fundamentales, esta protección se hace nugatoria si la misma desaparece con motivo de las frecuentes convulsiones latinoamericanas, durante las cuales los gobernados suelen quedar desamparados y a merced de las autoridades, particularmente las administrativas.

120. Ya el tratadista estadounidense Phanor J. Eder hacía notar que la vigencia del *habeas corpus* en Latinoamérica resulta afectada frecuentemente, al ser suspendida por las constantes declaraciones de "estado de sitio" o de "ley marcial", y todavía afirma con gran penetración que en esta materia se encuentran en conflicto dos características contradictorias de los habitantes de las naciones latinoamericanas: el individualismo apasionado y el culto al hombre fuerte o al caudillo.¹⁰⁶

121. En el derecho constitucional de Latinoamérica existe una gran variedad en la denominación de las instituciones que regulan las situaciones de emergencia, así como las autoridades que poseen la facultad de utilizar esas instituciones para la defensa del orden constitucional, desde el "estado de Asamblea", previsto por el artículo 72, número 17, inciso 1º, de la Constitución Chilena;¹⁰⁷ el estado de sitio de la gran parte de las leyes fundamentales de los países latinoamericanos,¹⁰⁸ hasta la llamada "suspensión de garantías" del artículo 29 de la carta política mexicana.¹⁰⁹

122. El problema fundamental consiste en determinar si en dichas situaciones de emergencia los órganos judiciales, a través de los instru-

¹⁰⁶ *Habeas Corpus disembodied*, cit., pp. 477-478.

¹⁰⁷ Cfr. Alejandro Silva Bascañán, *Tratado de derecho constitucional*, cit., tomo II, pp. 340 y 341, en la inteligencia de que también existe el estado de sitio.

¹⁰⁸ Cfr. Antonio Martínez Báez, "Concepto general del estado de sitio", *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, núms. 25-28, México, enero-diciembre de 1945, pp. 109 y ss.

¹⁰⁹ Cfr. Felipe Tena Ramírez, "La suspensión de garantías y las facultades extraordinarias en el derecho mexicano", *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, núms. citados en la nota anterior, pp. 133 y ss.

mentos específicos de protección de los derechos fundamentales, tales como el *habeas corpus*, amparo y acción o recurso de constitucionalidad, pueden revisar y controlar la actividad de los funcionarios que se supone dirigida a hacer frente al peligro.

123. Como es fácil comprender, esta cuestión fue apasionadamente discutida en el citado Seminario sobre amparo, *habeas corpus* y otros recursos similares, efectuado en la ciudad de México durante el mes de agosto de 1959, y la mayoría de los delegados estuvieron de acuerdo en que sería aconsejable reconocer a los tribunales el poder de decidir respecto a la legalidad de las medidas adoptadas por la autoridad durante estas situaciones de emergencia.¹¹⁰

124. Esta conclusión nos parece la más correcta, pero no siempre se alcanza en la práctica, porque los organismos oficiales, particularmente los pertenecientes al Departamento Ejecutivo, que son los que deben resolver los problemas creados por la emergencia, se muestran reacios a aceptar la intervención de los tribunales, y estos últimos también se comportan tímidamente en sus intervenciones, para no enfrentarse con el propio Ejecutivo.

125. Así ha ocurrido, por ejemplo, tratándose de los tribunales chilenos, los cuales se han mostrado, por regla general, renuentes a conocer el recurso de amparo (limitado a la tutela de la libertad corporal) durante las situaciones de emergencia, porque se considera que carecen de facultades para conocer respecto de atribuciones privativas de otros poderes públicos, solución que es criticada por la doctrina.¹¹¹

126. La jurisprudencia de los tribunales argentinos ha sido vacilante, pero en términos generales ha predominado el criterio de que la acción de amparo es improcedente durante el estado de sitio, y algo similar se ha resuelto en relación con el *habeas corpus*, en el concepto de que la doctrina se encuentra también dividida a este respecto.¹¹²

127. Sin embargo, distinta es la situación en los Estados Unidos, pues no obstante que el artículo 1º, sección 9ª inciso 2, de la Constitución Federal, autoriza al Congreso para suspender el *habeas corpus* en situaciones de emergencia, la Suprema Corte de Norteamérica, en pleno estado de guerra contra los países del Eje, conoció y resolvió

¹¹⁰ Documento ST-TAO-HR-12, cit., p. 26; resumen de las discusiones en las páginas 97-109.

¹¹¹ Cfr. Elena Caffarena de Giles, *El recurso de amparo frente a los regímenes de emergencia*, cit., pp. 235 y ss.

¹¹² Cfr. Guillermo Becerra Ferrer, "Naturaleza y presupuestos del recurso de amparo", *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 6 de octubre de 1959, p. 2; Rafael Bicsa, "Sobre el recurso de amparo", *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 6 de febrero de 1964, pp. 1-4; José Luis Amadeo, "Interpretación jurisprudencial del amparo y su inclusión en las constituciones provinciales", *Jurisprudencia Argentina*, 20 de abril de 1961, pp. 6.

varios casos, especialmente de *habeas corpus*, enderezados contra actos privativos de la libertad por parte de las autoridades administrativas, apoyadas en motivos relacionados con la defensa nacional.¹¹³

128. Este ha sido también el criterio de la Suprema Corte mexicana, pues durante el estado de guerra con Alemania, Italia y Japón, resolvió varios procesos de amparo que se hicieron valer contra disposiciones legales que se habían expedido durante ese periodo y las declaró inconstitucionales, por considerar que dichos preceptos no tenían relación con la defensa del territorio nacional, de su soberanía y dignidad y para el mantenimiento de las instituciones fundamentales.¹¹⁴

129. Esta orientación ha sido adoptada expresamente por la Constitución brasileña de 1946, artículo 215, y reiterada por el artículo 156 de la carta suprema de enero de 1967, de la siguiente manera: "El incumplimiento de cualquiera de las prescripciones relativas al estado de sitio hará ilegal la coacción y permitirá *al afectado impugnarla ante el Poder Judicial*".

130. Tenemos la convicción de que si las situaciones de emergencia se traducen normalmente en una limitación de los derechos del hombre, los órganos judiciales deben examinar, por conducto de los instrumentos procesales tutelares de tales derechos, si las autoridades respectivas han respetado y respetan estas limitaciones, las cuales deben tender de manera razonable a superar la situación de peligro en forma rápida y eficaz, y no como, desafortunadamente ha ocurrido con frecuencia, que con el pretexto de un conflicto interno, se tomen medidas desproporcionadas para el peligro efectivo, en perjuicio de los derechos de la persona humana y desvirtuando así la protección que a tales derechos establecen las disposiciones constitucionales.

VIII. BASES UNIFORMES PARA UN AMPARO LATINOAMERICANO

131. Después de haber examinado los diversos instrumentos protectores de los derechos fundamentales de la persona humana, expresamos nuestra opinión en el sentido de que ninguna otra institución posee los títulos de prestigio, arraigo y tradición como el juicio, recurso o acción de amparo (y su equivalente, es decir, el mandamiento de seguridad brasileño) para constituir un instrumento armónico de bases

¹¹³ Cfr. Carl Brent Swisher, *El desarrollo constitucional de los Estados Unidos*, trad. de Hugo Charny, Buenos Aires, 1958, pp. 900 y ss.

¹¹⁴ Cfr. Felipe Tena Ramírez, *La suspensión de garantías y las facultades extraordinarias en el derecho mexicano*, cit., pp. 145 y ss.; José Campillo Sáinz, "El juicio de amparo y la legislación de emergencia", *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, núms. 21-22, México, enero-junio de 1944, pp. 39 y ss.

uniformes para la tutela de los derechos fundamentales consagrados en las diversas leyes fundamentales de Latinoamérica.

132. Precisamente por esta cualidad y a iniciativa, unánimemente aceptada, de la delegación mexicana a la IX Conferencia Internacional Americana, fue consagrada esta institución en el artículo XVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada el 2 de mayo de 1948 en la ciudad de Bogotá; se estableció, en su artículo XVIII:

Toda persona puede acudir a 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, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.*¹¹⁵

133. Con posterioridad a la citada declaración se advierte claramente el esfuerzo de los países americanos para lograr una aproximación en este campo tan esencial para la libertad humana, como puede advertirse de los estudios realizados por la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos en el año de 1961,¹¹⁶ debiendo también resaltarse que en la declaración de Santiago de Chile, adoptada en 1959, en la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, figura el punto 5º, en el cual se expresó: "Los derechos humanos incorporados en la legislación de los Estados Americanos deben ser protegidos por medios judiciales eficaces".¹¹⁷

134. En los congresos jurídicos internacionales latinoamericanos se descubre esta misma tendencia en favor de la armonización de la tutela jurisdiccional de los derechos humanos, y como ejemplo podemos citar las proposiciones aprobadas en las Primeras Jornadas de Derecho Comparado Platense Uruguayas, efectuadas en Montevideo los días 15 al 17 de agosto de 1962, sobre bases comunes para la tramitación de la acción de amparo y similares;¹¹⁸ en el mismo sentido la recomendación

¹¹⁵ En la inteligencia de que también por iniciativa de la delegación mexicana fue introducido el amparo en el artículo 80 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, expedida en París el 10 de diciembre de 1948. Cfr. Felipe Tena Ramírez, "El aspecto mundial del amparo. Su expansión internacional", *México ante el pensamiento jurídico social de Occidente*, México, 1955, pp. 129 y ss.

¹¹⁶ *Legislación de los Estados Americanos sobre protección judicial de los derechos humanos*, Washington, marzo de 1961.

¹¹⁷ *Comisión Interamericana de los Derechos Humanos. Documentos Básicos*, OEA-Ser L-VII-4 Rev. Washington, 1963, p. 34.

¹¹⁸ Pueden leerse las conclusiones que sobre esta materia se tomaron en dichas jornadas, en el estudio de Alberto Ramón Real, *La acción de amparo en la jurisprudencia argentina y ante el derecho uruguayo*, cit., pp. 146 y ss.

que se adoptó en el Congreso Internacional y Terceras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal efectuadas en la ciudad de São Paulo, Brasil, en el mes de septiembre del propio año de 1962, en el sentido de establecer en los regímenes constitucionales de América Latina un sistema unitario de protección de los derechos fundamentales según el modelo del juicio de amparo mexicano y del mandamiento de seguridad brasileño.¹¹⁹

135. Precisamente con apoyo de esa recomendación, en las Cuartas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal que se efectuaron en las ciudades de Caracas y Valencia, Venezuela, durante los últimos días de marzo y primeros de abril de 1967, se aprobó la sugerencia de formular un proyecto que contenga las bases uniformes adecuadas para regular en todos los países latinoamericanos la tutela jurisdiccional efectiva de los derechos fundamentales del hombre, pues para ello ya existen elementos que se desprenden de los estudios comparativos de estas instituciones y que pueden recogerse en ese proyecto con cierta facilidad.¹²⁰

136. Doctrinalmente, también se advierte el digno intento de los tratadistas latinoamericanos para lograr la configuración de un régimen uniforme de tutela de los derechos del hombre, pudiendo señalarse en esta dirección los esfuerzos del jurisconsulto argentino Carlos Sánchez Viamonte, quien ha venido pugnando por la consagración de un *habeas corpus* americano, entendido en un sentido muy amplio, similar al que se sostuvo en Brasil antes del establecimiento del mandamiento de seguridad, es decir, que comprenda la protección de todos los derechos públicos fundamentales consagrados constitucionalmente, y no exclusivamente de la libertad corporal.¹²¹

137. También debemos señalar el profundo ensayo realizado por el tratadista brasileño J. M. Othon Sidou para redactar una ley reglamentaria uniforme no sólo de un juicio de amparo americano, sino inclusive universal, apoyándose en el artículo 8º de la Declaración

¹¹⁹ Cfr. Otto Gil, "Introdução a coletanea de estudos sobre o mandado de segurança", *Estudos sobre o mandado de segurança*, Río de Janeiro, 1963, pp. 24 y 25. Conviene transcribir el punto 3o. de dicha recomendación: "El Congreso señala la conveniencia de que los Institutos de Derecho Procesal de América Latina desarrollen estudios dirigidos a la elaboración de un proyecto que establezca un sistema de normas capaz de sustentar en todos los países la realización de la tutela sugerida en la moción anterior (protección jurisdiccional de las libertades y derechos fundamentales del hombre respecto de la arbitrariedad de los agentes del poder público)".

¹²⁰ Las conclusiones relativas fueron publicadas en la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Madrid, 1967, pp. 323-327.

¹²¹ Este autor propuso un proyecto de cláusula constitucional relativa al *habeas corpus*, para las naciones de América, *El habeas corpus: garantía de libertad*, 2a. ed., Buenos Aires, 1956, pp. 66 y ss.

Universal de los Derechos del Hombre, que tiene su antecedente en el invocado artículo XVIII de la Declaración Americana, que le precedió en varios meses.¹²²

138. Finalmente, en la ponencia que presentamos a las citadas Cuartas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal, efectuadas en Caracas-Valencia, Venezuela, en marzo-abril de 1967, señalamos, así sea brevemente, las bases esenciales que pudieran servir de apoyo a un intento de reglamentación uniforme, y que recibieron la aprobación de los participantes a la citada reunión académica.¹²³

IX. EL AMPARO COMO INSTRUMENTO DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL

139. Ya hemos visto, aunque sea de manera precipitada, que el amparo es un instrumento adecuado para la protección de los derechos del hombre consagrados constitucionalmente, y que se ha ido extendiendo lenta pero seguramente en las diversas leyes fundamentales de Latinoamérica, y que últimamente ha sido elevado a la categoría de institución internacional al ser consignado en los artículos XVIII y 8º, respectivamente, de las Declaraciones Americana y Universal de los Derechos del Hombre.

140. Los derechos humanos también han rebasado el ámbito interno, y cada vez con más vigor se incorporan a declaraciones internacionales, que son ya muy numerosas, pero para mantenerse dentro del nivel del continente americano podemos mencionar tanto la citada Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, como la Carta Internacional Americana de las Garantías Sociales, ambas aprobadas en Bogotá el 2 de mayo de 1948.

141. Entonces podemos preguntarnos si el amparo, ya internacionalizado como instrumento de protección de derechos constitucionales internos, no podría utilizarse como medio de protección de estas cartas internacionales, que como ocurriera a fines del siglo XVII con las declaraciones individualistas de los revolucionarios franceses y de los Estados de la Unión Americana se han limitado a consagrar un catálogo de derechos humanos, pero sin un procedimiento efectivo de carácter procesal para imponerlos en la práctica.

¹²² "A tutela judicial dos direitos fundamentais", *Estudos sobre o mandado de segurança*, cit., pp. 111 y ss.

¹²³ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "La protección procesal de las garantías individuales en América Latina", publicado primeramente en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Madrid, 1967, pp. 460-464; y con posterioridad en *Boletín del Colegio de Abogados de Guatemala*, Guatemala, julio-agosto, 1967, pp. 17-18.

142. La respuesta no es nada sencilla, porque en esta materia nos encontramos en un periodo de transición, especialmente en esta segunda posguerra en la cual numerosos postulados que se consideraban intocables se hallan actualmente sujetos a revisión, y entre ellos precisamente el concepto de derecho subjetivo público, que de acuerdo con el criterio tradicional sólo era oponible frente a las autoridades nacionales, ya que en el derecho internacional clásico, únicamente los Estados tenían personalidad jurídica y los particulares no podían acudir a los órganos supranacionales para hacer la defensa de sus derechos; sin embargo, con mucha timidez ya se empieza a transformar este postulado, y poco a poco se va concediendo a los particulares acceso a dichos órganos, inclusive los de carácter jurisdiccional internacional.¹²⁴

143. Esta idea contemporánea, impuesta por la realidad de nuestra época, del individuo particular como sujeto de derecho internacional, ha desembocado, lógicamente, en el establecimiento, aunque sea de manera limitada, de instrumentos procesales internacionales para la protección de los derechos del hombre, también reconocidos en documentos internacionales.¹²⁵

144. Y donde han tenido reconocimiento positivo estos instrumentos ha sido primeramente en Europa, ya que los artículos 19 y siguientes de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos, suscrita en la ciudad de Roma el 4 de noviembre de 1950, instituyeron dos organismos para asegurar la observancia de los derechos fundamentales establecidos en la propia Convención, es decir, la Comisión Europea de los Derechos Humanos y la Corte Europea de los Derechos del Hombre, tutela que se extendió también a los derechos que se establecieron en el protocolo adicional, suscrito en París el 20 de marzo de 1952.

145. Ahora bien, en el artículo 25 de la referida Convención se reconoce expresamente a las personas particulares, organizaciones no gubernamentales o grupos de individuos que se consideren o pretendan ser víctimas de una violación, por parte de uno de los gobiernos suscriptores del convenio de que se trata, de uno de los derechos reconocidos por la propia Convención, la facultad de acudir ante la

¹²⁴ Cfr. Enrique Vescovi, "Il concetto del diritto subjetivo e la realtà contemporanea", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, año XXXVIII, fascículo 5, Milán, septiembre-octubre de 1961, pp. 417 y ss.

¹²⁵ Cfr. Modesto Seara Vázquez, "El individuo ante las jurisdicciones internacionales en la práctica actual", en el volumen *Comunicaciones mexicanas al VI Congreso Internacional de Derecho comparado*, México, 1962, pp. 233 y ss.; Jesús Rodríguez y Rodríguez, *El derecho de acceso del individuo a jurisdicciones internacionales* (tesis), México, 1965, pp. 149 y ss.

referida Comisión Europea de los Derechos Humanos invocando dicho acto violatorio, y después de una serie de filtros su reclamación puede llegar, indirectamente y a través de la citada Comisión, ante la Corte Europea de los Derechos del Hombre, en la inteligencia de que hasta el 4 de julio de 1955 entró en vigor este medio de impugnación individual, y que la primera reclamación de esta especie fue resuelta por la citada Corte Europea el 14 de noviembre de 1960.¹²⁶

146. La mencionada Corte Europea redactó su propio reglamento publicado en febrero de 1960, según las facultades que le otorgó el artículo 55 de la Convención respectiva, pero incurriendo en varios defectos de carácter procesal, según lo ha hecho notar agudamente Niceto Alcalá-Zamora y Castillo,¹²⁷ y varias de las resoluciones del mismo tribunal han sido consideradas por la doctrina como demasiado reticentes;¹²⁸ pero a pesar de los inconvenientes señalados, propios de un sistema novedoso que empieza a abrirse paso, este medio procesal representa un adelanto y significa el comienzo de una nueva época en que los instrumentos para la protección de los derechos del hombre trascienden del ámbito nacional, de manera que además de las "garantías constitucionales", se inicia la conformación de "garantías internacionales" para los derechos humanos consagrados por documentos también de carácter internacional.

147. Y si el derecho europeo, que posee un mayor grado de armonización en sus ordenamientos jurídicos hasta el extremo de haber desarrollado un procedimiento de integración como el de las comunidades económicas, que cuentan con una Corte de Justicia que conoce de las controversias relativas a este nuevo derecho, que se ha calificado de "comunitario", tribunal al que tienen acceso también los particulares,¹²⁹ se encuentra en formación del sistema de protección procesal internacional de los derechos humanos; en Latinoamérica estamos en un estadio menos aventajado en este sentido, por una serie de factores políticos, económicos y sociales que hacen aún más difícil la adopción de la tutela internacional.

¹²⁶ Cfr. Conseil de l'Europe, *L'Europe et la défense des droits de l'homme*, Estrasburgo, 1961, pp. 22 y ss.

¹²⁷ "Reglamento de la Corte Europea de Derechos Humanos", *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núm. 40, enero-abril de 1961, pp. 89 y ss.

¹²⁸ Cfr. Egon Schwelb, "The protection of the rights of property of nationals under the first Protocol to the European Convention on Human Rights", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 13, núm. 4, Ann Arbor, Michigan, otoño de 1964, pp. 518-541.

¹²⁹ Cfr. entre muchos otros, Jesús Rodríguez y Rodríguez, *El derecho de acceso de los individuos a los tribunales internacionales*, cit., pp. 173 y ss.

148. Esto no impide que se hubiese iniciado la evolución y que tal vez en un futuro no muy lejano sea posible establecer esta tutela procesal de los derechos fundamentales consagrados en las declaraciones americanas que hemos mencionado, ya que se ha proyectado, siguiendo en mucho los lineamientos del sistema europeo, el establecimiento de una Corte Interamericana de los Derechos del Hombre, y ya en la X Conferencia Interamericana celebrada en Caracas en 1954, se probó la resolución XXIX por la cual se recomendó el estudio de la posibilidad de establecer dicha Corte, habiéndose elaborado varios proyectos de Convención sobre esta materia, siguiendo, en términos generales, el modelo de la Corte Europea.¹³⁰

149. Como primer paso práctico en este sentido se ha creado la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, de acuerdo con la resolución VII de la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, celebrada en Santiago de Chile en agosto de 1959; Comisión que se rige fundamentalmente por un estatuto aprobado por el Consejo de la Organización de los Estados Americanos el 25 de mayo de 1960 (reformado en el mismo año y en 1965) con funciones muy importantes de carácter consultivo, de información y de promoción, todas ellas dirigidas a lograr la efectividad de los derechos del hombre, en los términos de las disposiciones de los artículos 9º y 9º bis del propio estatuto.¹³¹

150. Tenemos la convicción de que dicha tutela internacional terminará por establecerse, pero no podrá tener eficacia si previamente no se desarrolla una armonización de los procedimientos internos a través de bases uniformes; requiriéndose, además de una conciencia jurídica comunitaria como la que se está logrando en Europa, y que recién se inicia en Latinoamérica a través de la incipiente Asociación Latinoamericana de Libre Comercio.

151. Sin esta maduración previa, consideramos prematuro cualquier intento de establecer una jurisdicción internacional para proteger los derechos del hombre consagrados en las declaraciones americanas antes mencionadas, en virtud de que todavía no se ha logrado esa armonización de los instrumentos nacionales y también debido a un principio

¹³⁰ Cfr. Carlos García Bauer, *Los derechos humanos, preocupación universal*, Guatemala, 1960, pp. 221-225; Pedro Pablo Camargo, *La protección jurídica de los derechos humanos y de la democracia en América*, México, 1960, pp. 223-334; Ann y A. J. Thomas, "The Interamerican Commission on Human Rights", *Southwestern Law Journal*, vol. 20, núm. 2, Dallas, Texas, junio de 1966, pp. 282-309; Karel Vasak, *La Comisión Interamericana des Droits de l'Homme*, Paris, 1968, pp. 175-200.

¹³¹ La referida Comisión cuenta con su propio reglamento interior modificado sucesivamente en los años 1961, 1962, 1966, y 1967. Cfr. *Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Documentos Básicos*, cit., pp. 9 y ss.; Karel Vasak, *op. ult. cit.*, pp. 222-232.

muy arraigado en la conciencia latinoamericana, que se apoya en una experiencia dolorosa en el pasado, y desafortunadamente, algunos acontecimientos recientes que contribuyen a mantenerla en su significación clásica: nos referimos al principio de la "no intervención", que en sí mismo es vital para la libre existencia de los países de la América Latina, pues como se afirma en el artículo 13 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos: "Cada Estado tiene derecho a desenvolver libre y espontáneamente su vida cultural, política y económica . . .".

152. Esta desafortunada experiencia de los actos de intervención que han sufrido los pueblos latinoamericanos ha provocado un sentimiento de desconfianza hacia los organismos regionales que pudiesen tener injerencia en los asuntos internos, como lo sería una Corte Interamericana, por lo que si en teoría el principio de "no intervención" no se opone a la protección internacional de los derechos del hombre, sino que ambos aspectos pueden armonizarse,¹³² en la práctica se presenta un aparente antagonismo que dificulta el establecimiento de los instrumentos internacionales de que se trata.

153. De manera que sólo a través de una labor lenta y constante de armonización y respeto recíprocos podrá conformarse una conciencia comunitaria que permita el establecimiento de un sistema efectivo de tutela internacional, y consideramos que el primer paso en este sentido es precisamente el de la introducción de bases uniformes, particularmente tratándose del amparo, para la protección interna de los derechos fundamentales, habida cuenta que en toda instancia ante un tribunal internacional de esta naturaleza se requiere, lógicamente, el agotamiento de los medios de protección internos, como lo establece expresamente el artículo 26 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos, y se propone en los artículos 50 y 32, respectivamente, de los dos proyectos de Convención de Derechos Humanos actualmente en estudio, y en los cuales se incluye el establecimiento de la Corte Interamericana,¹³³ de manera que existiendo un sistema armónico de protección interna de los derechos fundamentales, éstos servirían de un filtro eficaz a las reclamaciones por violación de los derechos consagrados en las declaraciones internacionales, llegando a la proyectada Corte Interamericana sólo las impugnaciones verdaderamente trascendentales previamente depuradas en el ámbito nacional, como se ha observado en la experiencia de los organismos europeos.

¹³² Cfr. Marco Antonio Guzmán Carrasco, *No intervención y protección internacional de los derechos humanos*, Quito, 1963, pp. 197 y ss.

¹³³ Cfr. Karel Vasak, *La Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme*, cit., pp. 183-186, 196-198, 261.

154. En ese futuro que apenas se avizora, de una conciencia jurídica comunitaria en América Latina, cuando se transforme en una realidad lo dispuesto por el artículo 18 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de que todo ciudadano latinoamericano cuente con un "procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen en perjuicio suyo algunos de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente", hasta entonces puede pensarse en una instancia internacional y, en esa oportunidad, tenemos la firme convicción de que es también el amparo, con su experiencia centenaria, su amplitud protectora y sus flexibles principios tutelares, el que debe servir de base para la protección internacional de los derechos del hombre consagrados internacionalmente, tanto en su aspecto individual como de carácter social.

155. Concluimos este trabajo con nuestra esperanza puesta en ese futuro y con la firme confianza en el desarrollo de la justicia constitucional de la libertad en las naciones de Latinoamérica, cuyos pueblos han derramado con tanta frecuencia su sangre generosa por la defensa de los derechos del hombre y de sus libertades fundamentales.

III

ALGUNOS ASPECTOS DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES EN MÉXICO Y LATINOAMÉRICA

Publicado en *Revista Jurídica Veracruzana*, Jalapa, abril-junio de 1970, pp. 3-45, aparecido en francés con el título "Quelques aspects de la Protection des Droits de l'homme dans les rapports entre personnes privés au Mexique et en Amérique Latine", en la obra *René Cassin amicorum discipulorumque Liber*, París, vol. II, 1971, pp. 279-310.

SUMARIO: I. *Planteamiento del problema.* II. *El delito de violación de garantías.* III. *La tutela respecto de los grupos profesionales y económicos.* IV. *Necesidad de instrumentos procesales eficaces.* V. *El amparo contra actos de particulares, grupos sociales y organismos autónomos.* VI. *Conclusiones.*

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1. La división simplista que se estableció con motivo de los principios liberales de la Revolución Francesa entre autoridad e individuo, y cuya máxima expresión la descubrimos en la famosa Ley Chapelier, que pretendía destruir todo sistema intermedio entre el Estado y los particulares, se encuentra totalmente superada.

2. En efecto, la sociedad contemporánea asume un carácter grupal cada vez más complejo, en el cual el tradicional imperio, que era el elemento distintivo de la autoridad, se ha venido desdibujando y actualmente los llamados grupos de interés y de presión poseen un poderío, si no superior, al menos similar al de los funcionarios estatales, por lo que pueden afectar, a veces con mayor fuerza que las propias autoridades, la esfera jurídica de los particulares, incluyendo aquélla relativa a los derechos fundamentales de la persona humana consagrados constitucionalmente.

3. Ya en las postrimerías del siglo XIX se había advertido que la pretendida igualdad entre los individuos resultaba artificial frente al poderío económico y político de algunos de ellos, que se situaban injustamente sobre los demás y les imponían condiciones despiadadas bajo el pretexto de una pretendida igualdad jurídica entre los hombres, surgiendo así los fenómenos de la socialización del derecho y del llamado derecho social.¹

4. La socialización del derecho se ha significado por la renovación de los principios de las ramas jurídicas tradicionales, con el injerto

¹ Para la diferenciación entre ambos fenómenos, *cfr.* nuestro trabajo "Introducción al estudio del derecho procesal social", en el volumen *Estudios procesales en memoria de Carlos Viada*, Madrid, 1965, pp. 502-510, y bibliografía allí citada.

de nuevos elementos de justicia social, como ocurrió con los ordenamientos civil, comercial, administrativo, etcétera, en los cuales se advierte una intervención decidida de las autoridades para proteger a los débiles y lograr, a través de la tutela jurídica, una verdadera igualdad.

5. Por otra parte, se bosquejan los principios de sectores jurídicos totalmente nuevos, que han recibido el nombre bastante discutido pero sumamente gráfico, de "derecho social", que comprende las disposiciones sobre las relaciones laborales, de seguridad social, agrarias y económicas, construidas bajo el criterio fundamental de la tutela de los económicamente débiles frente al poderío de los patronos, los terratenientes y las grandes empresas.

6. Precisamente en estas nuevas disciplinas jurídicas, extraordinariamente dinámicas, se advierte una transformación en cuanto al imperio absoluto de la norma legislativa, expedida por los órganos del Estado, ante la creación de disposiciones jurídicas por los grupos sociales, especialmente los de carácter laboral, que fueron superando las disposiciones legislativas a través de la llamada contratación colectiva, cada vez más importante y en ocasiones plenamente reconocida por las autoridades estatales y a través de lo que se ha calificado como "contrato-ley", es decir, el que se impone a todo un sector de la industria, por decreto gubernamental.²

7. Ante los tradicionales derechos individuales de la persona humana, es decir, los clásicos derechos del hombre, dirigidos a tutelar libertades fundamentales de expresión, reunión, movimiento, tránsito, etcétera,³ fueron apareciendo otros grupos de derechos, también de carácter esencial para la dignidad humana, pero que están dirigidos a proteger la dignidad del hombre como ser social, y que se han denominado derechos económicos, sociales y culturales, respecto de los cuales México ha sido un pionero en su ley suprema de 5 de febrero de 1917, ya que, adelantándose a la Constitución de la República Alemana de 11 de agosto de 1919, elevó al rango constitucional un conjunto de disposiciones tutelares de los derechos sociales de los grupos de traba-

² Sobre el valor normativo de los contratos colectivos y los llamados "contratos-ley" en el derecho mexicano, *cfr.* Mario de la Cueva, *Derecho mexicano del trabajo*, 8a. ed., México, 1967, tomo II, pp. 612 y ss.; Euquerio Guerrero, *Manual de derecho del trabajo*, 2a. ed., México, 1963, pp. 239 y ss.; 257 y ss.

³ Sobre el concepto clásico del derecho público subjetivo de carácter individual, *cfr.* Jorge Jellinek, *Sistema dei diritti pubblici subbietivi*, trad. al italiano de Gaetano Vitagliano, Milán 1912, y en relación con el derecho mexicano, José María Lozano, *Tratado de los derechos del hombre*, México, 1876, e Isidro Montiel y Duarte, *Estudio sobre garantías individuales*, México, 1873.

jadores y de campesinos, tradicionalmente débiles ante los patronos y los terratenientes.^{4, 5}

8. Los llamados derechos individuales del hombre, o derechos civiles y políticos, implican, en términos generales, un escudo protector frente a la actividad del Estado, que ha ido incrementando su intervención en la esfera privada, de manera continua, inclusive por necesidades de justicia social. Es decir, los derechos del hombre exigen la abstención de las autoridades, para lograr el respeto de la esfera de libertad del individuo, a fin de que pueda realizar su destino.

9. Por el contrario, los derechos económicos, sociales y culturales requieren la intervención activa del propio Estado para proteger a los débiles frente a los poderosos, logrando un equilibrio efectivo entre las personas privadas y entre los diversos grupos sociales.⁶

10. Pero ambas categorías de derechos, es decir, los individuales y los sociales, se encuentran íntimamente relacionados, ya que ambos están dirigidos en última instancia a la protección de la persona humana estimada en su plenitud, ya que el hombre es al mismo tiempo individuo y ser social, de manera inseparable e indivisible.

11. No obstante lo anterior, en ocasiones pretende sacrificarse al individuo en aras de los derechos sociales, o de manera inversa, que estos últimos cedan frente a los de carácter individual, y este conflicto, cuando no se resuelve en un equilibrio entre individuo y grupo social, se traduce generalmente en menoscabo de los derechos de la persona humana individual, en beneficio de un mal entendido colectivismo.

12. Por tanto, un problema palpitante de nuestros tiempos es el relativo al establecimiento de instrumentos jurídicos adecuados para lograr esa anhelada armonización entre el hombre como individuo y como ser social, y por ello es que existe una preocupación cada vez más

⁴ Respecto al surgimiento del constitucionalismo social en la ley fundamental mexicana de 1917, *cfr.* entre otros, Pastor Rouaix, *Génesis de los artículos 27 y 123 de la Constitución de 1917* (que se refieren a la reforma agraria y a los derechos de los trabajadores, respectivamente), 2a. ed., México, 1959, esp., pp. 27 y ss.; Ignacio Burgoa, *Las garantías individuales*, 5a. ed., México, 1968, pp. 231-258; Miguel de la Madrid Hurtado, "El Congreso Constituyente de 1916-1917", en la obra *Derechos del pueblo mexicano, México a través de sus constituciones*, México, 1967, vol. II, pp. 606-615; Jorge Carpizo, *La Constitución mexicana de 1917*, México, 1969, pp. 161 y ss.

⁵ Por lo que se refiere a la consagración de derechos sociales en la Constitución alemana de 1919, también conocida como "Constitución de Weimar", *cfr.*, entre otros, Boris Mirkin-Guetzevitch, *Las nuevas constituciones del mundo*, Madrid, 1931, pp. 35 y ss.; 81 y ss.; Ottmar Bühler, *La Constitución alemana de 11 de agosto de 1919*, trad. de José Rovira Armengol, Barcelona, 1931, pp. 21 y ss.

⁶ Sobre la distinción entre hechos individuales y sociales en el ordenamiento mexicano, *cfr.* Ignacio Burgoa, *Las garantías individuales*, cit., pp. 138 y ss., 231 y ss., aun cuando utiliza la denominación impropia pero tradicional de "garantías individuales" y "garantías sociales"; véase también el estudio de Alfonso Noriega C., *La naturaleza de las garantías individuales en la Constitución de 1917*, México, 1967, esp. pp. 101 y ss.

intensa en esta tutela, como lo demuestra el importantísimo coloquio organizado con motivo de la creación del Instituto Internacional de los Derechos del Hombre, que lleva el ilustre nombre del presidente René Cassin, coloquio que se efectuó en la ciudad de Estrasburgo, Francia, sede del referido Instituto, el 15 de diciembre de 1969, reunión académica cuyo tema de discusión estuvo constituido precisamente por la protección de los derechos humanos en las relaciones entre particulares, ya que hasta hace poco tiempo el estudio de estos derechos se había centrado en su exigencia frente al Estado, tanto en el campo nacional como, recientemente, también en la esfera internacional.

II. EL DELITO DE VIOLACIÓN DE GARANTÍAS

13. En primer término habremos de referirnos a la tutela que el legislador mexicano ha pretendido establecer para la protección de los derechos humanos respecto de los actos de particulares.⁷

14. A este respecto debemos mencionar la defensa sumamente enérgica del derecho penal, a través de la tipificación del llamado "delito de violación de garantías", es decir, de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, que se regula en el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, aplicable a toda la República en materia federal (nacional).⁸

15. Debemos hacer la aclaración de que en materia punitiva existen una treintena de códigos penales locales, ya que de acuerdo con nuestro

⁷ No abordaremos, por el contrario, el delicado problema de la tutela indirecta de los derechos humanos consagrados constitucionalmente a través de la interpretación jurisprudencial de las disposiciones legislativas ordinarias, que en cuanto a la defensa constitucional en general ha analizado el tratadista argentino Juan Francisco Linares, "Control de la constitucionalidad mediante interpretación", *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, el 18 de abril de 1961, pp. 1-3; y por lo que respecta al derecho privado, recientemente por Kenneth M. Lewan, "The significance of constitutional rights for private law; theory and practice in West Germany", *The International and Comparative Law Quarterly*, Londres, julio de 1968, pp. 571-601; ya que esta materia requeriría una monografía bastante extensa que nos apartaría de las breves reflexiones que realizamos en esta oportunidad.

⁸ Este delito no sólo pueden cometerlo los particulares, sino que predomina la posibilidad de que se efectúe por los funcionarios públicos, pero con respecto a esta última situación las figuras delictivas correspondientes están reguladas por la llamada "Ley de Responsabilidad de los funcionarios y empleados de la Federación, del Distrito y Territorios Federales, y de los altos funcionarios de los Estados", de 30 de diciembre de 1939, *cfr.* Julián Calvo, "El delito de violación de garantías", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 9, enero-marzo de 1953, pp. 110 y ss.; Mariano Jiménez Huerta, "Delitos contra la libertad humana cometidos por altos funcionarios", en la misma *Revista*, núm. 71, julio-septiembre de 1968, pp. 668-682.

sistema federal, cada entidad federativa puede legislar en esta materia, tanto en el campo sustantivo como en el procesal.

16. Este delito genérico asume tres modalidades específicas, en los términos de los artículos 364 a 366 del mismo Código, la primera de las cuales se hace consistir en la privación ilegal de la libertad por parte de particulares, los cuales sólo pueden detener a otras personas cuando se trate de delito *in fraganti*, para entregarlas inmediatamente a las autoridades competentes, de acuerdo con lo previsto por el artículo 16 de la Constitución federal,⁹ y esta primera modalidad, prevista por el artículo 364, fracción I, del citado Código Penal, puede asumir la categoría de plagio o secuestro, cuando la privación de la libertad tiene por objeto obtener rescate o causar daño a la víctima o a terceros (artículo 366 del mismo Código).¹⁰

17. El segundo delito se refiere a la violación, en perjuicio de otro particular, de los derechos y garantías establecidos por la Constitución de la República en favor de las personas individuales, siempre que no se trate de la libertad personal o de trabajo (artículo 364, fracción II).

18. Finalmente, también se protege penalmente la libertad de trabajo respecto de los particulares que obliguen a otros a prestarles servicios o trabajos personales sin la retribución debida, ya sea empleando la violencia física o moral, o valiéndose de la intimidación o cualquier otro medio; o también en el supuesto de que se celebre un contrato que prive a una persona de la libertad o le imponga condiciones que lo constituyan en una especie de servidumbre, o bien cuando existe el apoderamiento de una persona que se entrega a otra con objeto de celebrar dicho contrato (artículo 365 del Código Penal mencionado).

19. Debe señalarse que estas disposiciones de carácter penal se aplican muy rara vez en la práctica, con excepción de la tutela de la libertad de trabajo, que en ocasiones se hace valer cuando no se cubre

⁹ La parte relativa del citado precepto de la Constitución federal establece: "...No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, a no ser por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquéllas por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado, hecha excepción de los casos de flagrante delito, en que cualquier persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata...". Cfr. Ignacio Burgoa, *Las garantías individuales*, cit., pp. 575 y ss.; Humberto Briseño Sierra, *El artículo 16 constitucional*, México, 1967, pp. 89-93.

¹⁰ Cfr. Julián Calvo, *El delito de violación de garantías*, cit., pp. 108-110; Raúl Carrancá y Trujillo, *Código Penal anotado*, México, 1962, pp. 779-785, en la inteligencia de que el título vigésimo primero del libro segundo del citado Código Penal se intitula "Privación ilegal de la libertad y otras garantías", y tiene un capítulo único que con escasa técnica se refiere a la "Privación ilegal de la libertad", no obstante que como se ha sostenido en el texto de este estudio, comprende otras figuras delictivas.

al trabajador el salario mínimo fijado periódicamente por las comisiones respectivas, y esto se debe esencialmente a que se considera que la afectación de los derechos humanos se realiza frecuentemente por las autoridades públicas y no por los particulares, de acuerdo con la concepción tradicional.¹¹

20. El citado Código Penal únicamente tutela algunos derechos fundamentales de carácter individual, según se ha visto, a través de este delito de "violación de garantías", de acuerdo con el concepto tradicional de los derechos humanos; pero en cierta manera, así sea en forma indiferenciada, el mismo código primitivo protege, a través de la sanción penal, los derechos sociales de carácter económico, ya que regula varios tipos delictivos agrupados bajo la denominación genérica de "delitos contra la economía pública", algunos de los cuales,¹² a los que haremos referencia en relación con los grupos económicos, desde un punto de vista sistemático podrían haberse incluido dentro del delito genérico que con mayor precisión podría denominarse de "violación de los derechos humanos".

21. Por otra parte, esta protección no resulta eficaz para prevenir la afectación de los referidos derechos fundamentales, ya que está dirigida al castigo de la violación respectiva.¹³

III. LA TUTELA RESPECTO DE LOS GRUPOS PROFESIONALES Y ECONÓMICOS

22. a) Los grupos de carácter ocupacional que mayor influencia han asumido en la estructura grupal del ordenamiento mexicano son los sindicatos de trabajadores y los poblados agrícolas sujetos al régimen de la reforma agraria, y su fuerza creciente ha determinado la necesidad de establecer disposiciones legales para la protección de los derechos individuales de sus agremiados o asociados, que en ocasiones son objeto de actos o resoluciones violatorias de sus derechos fundamentales.

23. Por el contrario, no existe esta preocupación respecto de los colegios profesionales en virtud de que en el sistema legal mexicano

¹¹ Inclusive el tratadista Carrancá y Trujillo, *op. ult. cit.*, p. 781, nota 1167, afirma que en estricto sentido el delito de privación ilegal de la libertad no puede ser interpretado por los particulares, opinión que no compartimos, pero reconociendo que no se presenta con frecuencia en la práctica, o al menos, se denuncia esporádicamente; en el mismo sentido Antonio de P. Moreno, *Curso de derecho penal mexicano*, 2a. ed., México, 1968, pp. 315-316.

¹² *Cfr.* Carrancá y Trujillo, *op. ult. cit.*, pp. 589 y ss.; Moreno, *op. ult. cit.*, p. 430.

¹³ Aun desde el punto de vista represivo es sumamente deficiente la tutela penal del Código a que nos hemos venido refiriendo como lo afirma Julián Calvo, *El delito de violación de garantías*, cit., p. 119.

no se ha establecido la colegiación obligatoria, lo que determina que los actos de estas agrupaciones no afectan en forma irreparable a sus miembros, que en caso de ser sancionados, no por ello dejan de realizar sus actividades profesionales.

24. En efecto, aun cuando la Ley Reglamentaria de los artículos 104 y 105 constitucionales, en materia de profesiones (para el Distrito Federal y Territorios, aplicable a toda la República en materia federal) —y que ha servido de modelo para las leyes reglamentarias que sobre esta materia han expedido las entidades federativas— otorga a los colegios profesionales la facultad de vigilancia del ejercicio profesional con objeto de que se realice dentro del más alto plan legal y moral, así como la de expulsar de su seno, por el voto de dos terceras partes de sus miembros, después de oírlos en defensa, a los que ejecuten actos que desprestigien o deshonren a la profesión (artículo 50, incisos *a*) y *q*), respectivamente); estas atribuciones carecen de eficacia en la práctica, ya que según se ha dicho, la citada expulsión no impide el ejercicio de la profesión respectiva.

25. Por otra parte, tampoco existe la colegiación obligatoria por considerarse contraria al derecho fundamental de asociación previsto por el artículo 9º de la Constitución federal,¹⁴ de manera que el profesional libremente escoge el colegio de su especialidad al que pretende afiliarse, o bien permanece aislado según su conveniencia, y además puede darse de baja en una agrupación e ingresar a otra, en la inteligencia de que los citados colegios pueden constituirse y obtener el registro respectivo ante la Dirección General de Profesiones de la Secretaría de Educación Pública, si cumplen con requisitos realmente mínimos, pues además de otros aspectos formales, basta que demuestren anualmente tener un mínimo de cien miembros si operan en el Distrito Federal, y quince en los territorios (artículos 45 de la citada Ley de Profesiones y 67 de su Reglamento).¹⁵

26. No obstante que algunos miembros de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, propusieron una reforma legislativa en el sentido de establecer la colegiación obligatoria, ya sea en una agrupación profesional única o en la que eligiera el profesional,¹⁶ en la convención

¹⁴ La parte relativa del citado precepto constitucional establece: "No se podrá coartar el derecho de asociarse o reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito, pero solamente los ciudadanos de la República podrán hacerlo para tomar parte en los asuntos políticos del país..." Para el alcance de esta disposición Ignacio Burgoa, *Las garantías individuales*, cit., pp. 378-382.

¹⁵ Respecto a la situación de los colegios de profesionistas, *cfr.* Manuel M. Moreno, "La agremiación profesional en México", *El foro*, México, enero-junio de 1960, pp. 61-77.

¹⁶ *Cfr.* Enrique Pérez Verdía, "Ejercicio profesional de la abogacía y la asociación

que se reunió con objeto de discutir este tema los días 27 a 29 de marzo de 1963, la votación de los asistentes fue adversa a esta proposición.¹⁷

27. Por lo que se refiere a los sindicatos de trabajadores, si bien por una parte significan un reforzamiento de la defensa de los propios trabajadores, en ocasiones también implican un peligro por las presiones de tipo moral que pueden ejercer, tanto sobre los no sindicalizados como respecto de sus propios miembros ya que estos últimos pueden ser objeto de sanciones injustificadas, que pueden llegar hasta la expulsión, infringiendo su libertad de asociación.¹⁸

28. Esta situación se agrava por la tendencia que existe en numerosos contratos colectivos o inclusive los calificados como "contratos-ley" —es decir, los colectivos que se transforman en obligatorios para toda una rama de la industria, a través de un decreto del Ejecutivo¹⁹— para regular la llamada "cláusula de exclusión", en un doble sentido, en tanto que puede obligar al patrón o la empresa respectivos, a admitir en las vacantes temporales o definitivas sólo a los candidatos propuestos por el sindicato correspondiente, implicando también la obligación del propio patrón para despedir de su empleo al trabajador que renuncia o es expulsado por el sindicato titular del contrato colectivo.²⁰

29. Estas dos obligaciones contractuales de carácter colectivo o inclusive para todo el sector de la industria, que se imponen a los patrones o empresas, si bien significan una ventaja o privilegio para los sindicatos que los han obtenido, al mismo tiempo pueden colocar a los trabajadores individuales en una situación de debilidad frente a las agrupaciones laborales, y es por esto que la ley todavía vigente* los protege al prohibir a los propios sindicatos el uso de la violencia sobre los tra-

forzosa", así como las ponencias apoyando la colegiación obligatoria de Miguel Cantón Moller, Roberto Molina Pasquel, etc., *El Foro*, México, julio-septiembre de 1963, pp. 89-120; 121-124; 125-130, etc.

¹⁷ Puede verse el acta respectiva, en el mismo número de *El Foro*, citado en la nota anterior, pp. 87-88.

¹⁸ A este respecto el destacado tratadista Mario de la Cueva sostiene que no debe olvidarse que la libertad de asociación profesional es un derecho de los trabajadores frente al Estado y a los patrones, y no un derecho de los grupos profesionales sobre los hombres, ya que se debe partir del dato incontrovertible de que el fundamento de este derecho constitucional es el hombre, de manera que no puede desconocer los derechos de la persona humana porque se desconocería a sí mismo, *Derecho mexicano del trabajo*, cit., tomo II, p. 357.

¹⁹ La doctrina considera que la denominación correcta de esta institución es la de "contrato colectivo de carácter obligatorio", *cfr.* De la Cueva, *ibid.*, tomo II, pp. 685; Euquerio Guerrero, *Manual de derecho del trabajo*, cit., p. 257.

²⁰ La misma doctrina califica el primer aspecto como "cláusula de exclusión por ingreso", y la segunda como "cláusula de exclusión por separación", *cfr.* De la Cueva, cit., tomo II, pp. 651 y ss.; Guerrero cit., pp. 228 y ss.

* Nota del editor: El autor se refiere a la Ley Federal del Trabajo derogada por la actual de fecha 1o. de mayo de 1970.

bajadores libres para que se sindiquen (artículo 249, fracción III, de la Ley Federal del Trabajo).

30. Al mismo tiempo, la citada ley laboral que será substituida en breve, dispone que a nadie se le puede obligar a formar parte de un sindicato o a no formar parte de él (artículo 234 de la propia Ley), y además, establece que debe tenerse por no puesta cualquiera estipulación que imponga multa convencional por abandonar el sindicato o que en alguna forma desvirtúe la libertad de asociación profesional (artículo 235 del mismo ordenamiento laboral).

31. A este respecto debe señalarse que los tratadistas más autorizados en el estudio del derecho laboral mexicano han expresado sus dudas sobre la constitucionalidad de la llamada "cláusula de exclusión por separación"²¹ por afectar seriamente la asociación profesional consagrada por el artículo 123, fracción XVI, de la Constitución federal.²²

32. A pesar de lo anterior, en el texto de la nueva Ley Federal del Trabajo, aprobada ya por el Congreso de la Unión pero pendiente de promulgación y publicación, se consagra expresamente la citada cláusula de exclusión por separación, en la parte final de su artículo 395,²³ indudablemente debido a que las asociaciones de trabajadores más poderosas han venido considerando esta institución como un instrumento para mantener su fuerza sindical.

33. El ordenamiento mexicano protege también a los trabajadores individuales sindicados, obligando a las asociaciones profesionales a consignar en sus estatutos los motivos y procedimientos de expulsión y de correcciones disciplinarias; en la inteligencia de que las mismas asociaciones sólo pueden expulsar a sus miembros con el voto afirmativo de las dos terceras partes de los integrantes del propio sindicato (artículo 246, fracción VII, de la Ley Federal del Trabajo que todavía se encuentra en vigor).

34. Desde el punto de vista procesal, si con apoyo en la cláusula de exclusión de que se trata, una empresa despide a un trabajador que ha sido expulsado por el sindicato titular del contrato colectivo, el afectado puede acudir ante las juntas de conciliación y arbitraje —tribunales paritarios en materia laboral— para demandar de la asociación

²¹ *Cfr.* De la Cueva, cit., pp. 384-389 y 671; Guerrero, cit., pp. 230-231.

²² Dicho precepto fundamental dispone: "Tanto los obreros como los empresarios tendrán derecho para coligarse en defensa de sus respectivos intereses, formando sindicatos, asociaciones profesionales, etc."

²³ La citada disposición establece: "...Podrá también establecerse (en el contrato colectivo) que el patrón separará del trabajo a los miembros que renuncien o sean expulsados del sindicato contratante".

profesional y del patrón su reinstalación y el pago de los daños y perjuicios correspondientes.²⁴

35. Por otra parte, para evitar hasta donde sea posible el abuso de la aplicación de la mencionada cláusula de exclusión por separación en perjuicio de los trabajadores individuales, la nueva Ley Federal del Trabajo (pendiente de promulgación y publicación), de acuerdo con la práctica y con la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia,²⁵ introduce una serie de disposiciones que regulan específicamente el procedimiento de expulsión de los miembros de los sindicatos de trabajadores (artículo 371, fracción VII).²⁶

36. Además, la citada cláusula de exclusión en su sentido positivo, es decir, la que se refiere al ingreso, no podrá aplicarse en perjuicio de los trabajadores que no formen parte del sindicato que la ha obtenido, si ya prestan sus servicios a la empresa o establecimiento con anterioridad a la firma del contrato colectivo que corresponda, de acuerdo con lo que se dispone en los artículos 49 de la ley vigente y 395 de la que debe sustituirla.

37. b) Un aspecto muy importante que hasta la fecha no se le había prestado la atención necesaria, es el relativo a los deportistas profesionales, cuyas libertades de trabajo y de asociación se han visto

²⁴ En efecto, el artículo 53 del citado ordenamiento vigente dispone: "Los individuos obligados por un contrato colectivo pueden ejercitar las acciones que nacen del mismo, para exigir su cumplimiento y daños y perjuicios en su caso, contra otros individuos o sindicatos obligados en el contrato, siempre que su falta de cumplimiento le ocasione un perjuicio individual".

²⁵ La Cuarta Sala (laboral) de la Suprema Corte de Justicia, interpretando la legislación todavía en vigor y las disposiciones de los contratos colectivos, ha considerado que para que opere la referida cláusula de exclusión por separación sin responsabilidad para el sindicato respectivo, es indispensable que los motivos y los procedimientos estén previstos en sus respectivos estatutos y que se demuestre mediante el acta de la asamblea correspondiente, que se cumplió con lo dispuesto por el citado artículo 246 fracción VII de la Ley actual; tesis de jurisprudencia 19 y 20, Cuarta Sala, del *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación*, publicado en el año de 1965, pp. 35-36.

²⁶ El procedimiento pormenorizado es el siguiente: "Artículo 371. Los estatutos de los sindicatos contendrán... VII. Motivos y procedimientos de expulsión y correcciones disciplinarias. En los casos de expulsión se observarán las normas siguientes: a) La asamblea de trabajadores se reunirá para el solo efecto de conocer de la expulsión. b) Cuando se trate de sindicatos integrados por secciones, el procedimiento de expulsión se llevará a cabo ante la asamblea de la sección correspondiente, pero el acuerdo de expulsión deberá someterse a la decisión de los trabajadores de cada una de las secciones que integren el sindicato. c) El trabajador afectado será oído en defensa, de conformidad con las disposiciones contenidas en los estatutos. d) La asamblea conocerá de las pruebas que sirvan de base al procedimiento y de las que ofrezca el afectado. e) Los trabajadores no podrán hacerse representar ni emitir su voto por escrito. f) La expulsión deberá ser aprobada por la mayoría de las dos terceras partes del total de los miembros del sindicato. g) La expulsión sólo podrá decretarse por los casos expresamente consignados en los estatutos, debidamente comprobados y exactamente aplicables al caso;..."

frecuentemente menoscabadas por los clubes y asociaciones deportivas.²⁷

38. Para tutelar los derechos de los citados deportistas, la nueva Ley Federal de Trabajo, ya aprobada por el Congreso federal, inserta un capítulo especial (el X) en el título sexto (trabajos especiales), que se refiere específicamente a los citados deportistas profesionales (artículos 292-303), a los cuales califica como trabajadores al servicio de los clubes y asociaciones deportivas, confiriendo a estos últimos la calidad de patrones.²⁸

39. Partiendo de esta base, se fijan reglas para los traspasos, las primas que deben cubrirse con motivo de los mismos, y las sanciones que pueden imponerse a los citados deportistas, ya que como se afirma en la exposición de motivos de la iniciativa del Ejecutivo federal que sirvió de base al nuevo ordenamiento, las citadas normas se inspiran en los resultados del Primer Congreso Internacional sobre el Derecho y el Deporte, que se celebró en la ciudad de México los días 26 a 30 de julio de 1968, y tienen como finalidad especial, dignificar el trabajo deportivo, evitando que los deportistas profesionales sean considerados como mercancías, *con violación de los derechos humanos fundamentales*.²⁹

40. c) En cuanto a las agrupaciones de campesinos, debe hacerse la advertencia que de acuerdo con nuestro sistema de reforma agraria introducido en la Ley de 6 de enero de 1915 e incorporado posteriormente al artículo 27 de nuestra carta fundamental de 1917,³⁰ existen

²⁷ Cfr. las numerosas comunicaciones que se presentaron en el Primer Congreso Internacional de Derecho del Deporte, México, junio 26-30 de 1968; entre otros Patricia Kurczyn Villalobos, "Los deportistas como trabajadores", *Actas respectivas*, tomo II, pp. 721-727; Alfonso López Aparicio, "El deportista profesional y el derecho del trabajo", pp. 731-736; Guiliiano Mazzoni, "Le travail et le sport; l'amateur et le professionnel", pp. 739-743; Humberto A. Podetti, "La relación de trabajo de los futbolistas profesionales en la República Argentina", pp. 763-769; Víctor Mozart Russomano, "Aspectos generales del trabajo deportivo", pp. 791-798, etc., habiéndose aprobado la siguiente recomendación por la Asamblea Plenaria del citado Congreso: "Sugerimos que la Organización Internacional del Trabajo encare el examen y el estudio preliminar del problema que plantea la actividad laboral del deportista profesional teniendo en vista la posibilidad de adoptar una convención internacional que tenga por finalidad garantizar en su proyección multinacional los derechos fundamentales que lo amparen como persona humana y como trabajador, tanto en el ámbito del derecho del trabajo como de la seguridad social", p. 857.

²⁸ El artículo 292 de la nueva ley que debe entrar en vigor establece su ámbito de aplicación: "Las disposiciones de este capítulo se aplican a los deportistas profesionales, tales como jugadores de fútbol, beisbol, frontón, box, luchadores y otros semejantes".

²⁹ Especialmente debe mencionarse el artículo 295 que al entrar en vigor pretende terminar con una práctica indebida, desafortunadamente muy frecuente: "Los deportistas profesionales no podrán ser transferidos a otra empresa o club, sin su consentimiento".

³⁰ Sobre los alcances y evolución de la reforma agraria mexicana, *cfr.*, entre otros, Lucio Mendieta y Núñez, *El problema agrario de México*, 8a. ed., México, 1964, pp. 177

dos tipos de propiedad agrícola: la tradicional de carácter privado individual, pero limitada a una determinada extensión, pues de lo contrario puede ser afectada para los fines de la propia reforma agraria; y la propiedad colectiva de los poblados campesinos, calificados como “núcleos de población”, que son los titulares de esa propiedad que no es de carácter público, es decir, del Estado, sino de las referidas comunidades, y que por tanto puede calificarse como “propiedad social”, puesto que no puede enajenarse, y debe considerarse como inalienable e imprescriptible.³¹

41. La citada propiedad colectiva de los poblados agrícolas sometidos al régimen de la reforma agraria se puede dividir en dos grandes categorías, la primera de las cuales se califica como “ejidal”, entendida como toda la extensión que se entrega a un grupo de campesinos sin tierras —incluyendo las aguas en las regiones de riego— para que las exploten ya sea en forma individual o colectivamente; en el primer caso, cada campesino es dotado de una parcela, de la cual posee exclusivamente el usufructo si no abandona durante algún tiempo su explotación personal, y que puede transmitir por herencia a los que dependen económicamente de él.³²

42. La segunda especie de propiedad colectiva, que en ocasiones se confunde con la primera estimada en un sentido muy amplio, en forma estricta se conoce como “propiedad comunal” y corresponde a las comunidades indígenas, que la cultivan siempre colectivamente, de acuerdo con la organización que conservan desde la época anterior a la conquista española, y a las cuales se les han confirmado o restituido las tierras de que hubiesen sido despojadas.

43. Debe hacerse la aclaración de que el vocablo “ejido”, ya sea en su sentido de comprender todo régimen de propiedad colectiva, o bien sólo como el sistema que excluye las tierras llamadas “comunales”, no se utiliza por la legislación agraria mexicana de acuerdo con el concepto tradicional del derecho hispánico —del cual indudablemente se

y ss.; *id.*, *Cuatro etapas en la reforma agraria de México*, México, 1969, pp. 9 y ss.; Ángel Caso, *Derecho agrario*, México, 1950, pp. 113 y ss.; Martha Chávez de Velázquez, *El derecho agrario en México*, México, 1964, pp. 187 y ss.; Víctor Manzanilla Schaffer, *Reforma agraria mexicana*, Colima, México, 1966, pp. 131 y ss.

³¹ A este respecto, el artículo 138 del Código Agrario vigente dispone: “Los derechos que sobre bienes agrarios adquieran los núcleos de población serán inalienables, imprescriptibles, inembargables e intransmisibles y, por tanto, no podrán en ningún caso ni en forma alguna enajenarse, cederse, transmitirse, arrendarse, hipotecarse o gravarse, en todo o en parte, siendo inexistentes las operaciones, actos o contratos que se hayan ejecutado o que se pretendan llevar a cabo en contravención de este precepto. Esta disposición es aplicable a los bienes que se reconozcan y titulen en favor de comunidades.”

³² *Cfr.* Mendieta y Núñez, *El problema agrario de México*, cit., pp. 297 y ss.

ha tomado la palabra— según el cual abarcaba las tierras comunales situadas en las afueras de las poblaciones (de *exitus*, salida), y que servían como centro de reunión de los vecinos, para el apacentamiento de ganados y para descargar las mieses y limpiarlas.³³

44. Los ejidos en el derecho indiano formaban parte de las tierras comunales o de repartimiento que se otorgaban a las nuevas poblaciones que se iban fundando en América.³⁴

45. Pero a partir de la primera Ley de Reforma Agraria, es decir, la mencionada de 6 de enero de 1915, hasta el vigente Código Agrario de 31 de diciembre de 1942, cuando se habla de “ejidos” se quiere significar la extensión total de las tierras y aguas que se entregan o titulan a un poblado agrícola, en régimen de propiedad colectiva, aun cuando en relación con el aprovechamiento interno el mismo Código Agrario distingue entre bienes ejidales propiamente dichos (que en algunos casos, según se ha visto, pueden sujetarse a reparto individual) y bienes comunales (siempre en explotación colectiva).³⁵

46. Estas poblaciones “ejidales” o “comunales” eligen cada tres años, en asamblea general, a sus representantes, que reciben los nombres de comisariados ejidales o comunales, según el sistema de que se trate, integrados por tres titulares y tres suplentes, y al mismo tiempo también otros tres propietarios y sus respectivos suplentes en calidad de comité de vigilancia (artículos 22 y siguientes del Código Agrario).

47. Ahora bien, para evitar que las asambleas generales de ejidatarios o comuneros, o sus respectivos comisariados puedan extralimitarse en sus funciones, afectando indebidamente los derechos agrarios individuales de los campesinos integrantes de los poblados respectivos, el Código Agrario determina que la privación de tales derechos sólo puede decretarse por el presidente de la República, previa solicitud de las citadas asambleas, del Banco Nacional de Crédito Ejidal —institución de participación estatal— o de la Secretaría de Agricultura, entidades que deben seguir un procedimiento contradictorio ante el Departamento de Asuntos Agrarios, dependiente del gobierno federal, ante el cual los campesinos demandados pueden hacer valer sus defensas, a fin de que el citado Departamento funde el dictamen que deberá suscribir el referido presidente de la República (artículo 174 del Código Agrario y su Reglamento de 15 de noviembre de 1950).³⁶

³³ Cfr. Eduardo Ortiz de Rosas, “Ejido”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, tomo IX, Buenos Aires, 1958, pp. 878-879.

³⁴ Cfr. J. M. Ots Capdequí, *España en América. El régimen de tierras en la época colonial*, México, 1959, pp. 51-52.

³⁵ Cfr. Mendieta y Núñez, *El problema agrario*, cit., p. 257; Ángel Caso, *Derecho agrario*, cit., p. 221.

³⁶ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, “Lineamientos fundamentales del proceso social agrario

48. Inclusive cuando se trata de una simple suspensión en los citados derechos agrarios individuales de los ejidatarios y comuneros, si dejan de cultivar sus parcelas o de ejecutar los trabajos de índole comunal o aquellos que les corresponda dentro de una explotación colectiva, el artículo 174 del propio Código Agrario dispone que la sanción respectiva, que abarcará un ciclo agrícola, sólo podrá decretarse previa aprobación plena de las causas mencionadas, por la Secretaría de Agricultura.

49. En todo caso, las resoluciones del presidente de la República o del secretario de Agricultura que decreten la privación o suspensión de derechos individuales agrarios, pueden ser combatidos por los campesinos afectados ante los tribunales federales, a través del juicio de amparo.³⁷

50. Sin embargo, la realidad ha demostrado que los instrumentos legales mencionados son insuficientes para proteger a los campesinos individuales sujetos a la reforma agraria no sólo frente a las autoridades propiamente dichas, sino fundamentalmente respecto de las asambleas generales y más particularmente en cuanto a los comisionados ejidales o comunales, ya que no obstante todas las precauciones tomadas por el legislador, incluyendo la actuación de los comités de vigilancia, y a pesar de que dichos comisariados carecen del carácter de autoridades según la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia,³⁸ realizan actos que lesionan esos derechos agrarios individuales y que pueden traducirse inclusive en violaciones a los derechos fundamentales relativos a la libertad de trabajo o la de asociación.

en el derecho mexicano", *Atti della Seconda Asemblea, Istituto di Diritto Agrario Internazionale e Comparato*, Milán, 1964, vol. I, pp. 397-398. Al respecto conviene transcribir lo dispuesto por las facciones IV y V del citado artículo 173 del Código Agrario: "La privación de los derechos de un ejidatario, trátese de un ejido fraccionado o no, sólo podrá decretarse por el presidente de la República, previo juicio seguido por el Departamento Agrario en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento, el cual se organizará en el reglamento correspondiente, de acuerdo con las siguientes bases: ... IV. El Departamento Agrario (actualmente Departamento de Asuntos Agrarios) oír la defensa de los ejidatarios, recibiendo todas las pruebas que aporten las partes, y recabando oficiosamente todos aquellos datos que estime necesarios. V. Dicho Departamento analizará los hechos que se imputen, valorizará ecrupulosamente las pruebas recabadas y fundará legalmente el dictamen, que deberá llevarse al presidente de la República para que dicte la resolución que proceda; ..."

³⁷ Cfr. Fix-Zamudio, *op. ult. cit.*, pp. 402 y ss.; Ignacio Burgoa, *El amparo en materia agraria*, México, 1964, pp. 111 y ss.

³⁸ La tesis de jurisprudencia número 44 de la Suprema Corte de Justicia establece: "Comisariados Ejidales. No son autoridades. Es cierto que la fracción II del artículo 4o. del Código Agrario incluye a los comisariados ejidales entre las autoridades de los núcleos de población ejidal y de las comunidades que posean tierras, pero también es verdad que de tal catalogación relacionada con las atribuciones que el artículo 43 de dicho Código les marca, se desprende no son autoridades agrarias, sino propiamente órganos

51. Esta situación determinó que en el Congreso Nacional Agrario reunido en la ciudad de Toluca, Estado de México, del 26 al 30 de octubre de 1959, se aprobara una proposición en el sentido de que se establecieran en las poblaciones agrarias jueces de primera instancia para conocer las inconformidades de los campesinos, configurándose así una especie de justicia de carácter "ejidal".³⁹

52. En cierta manera esta justicia campesina, a través de jueces agrarios próximos a las comunidades agrícolas, se ha establecido en Bolivia, país en el cual se ha intentado una reforma agraria hasta cierto punto similar a la mexicana, de acuerdo con los artículos 12 y siguientes del decreto supremo 03471 de 27 de agosto de 1953.⁴⁰

53. d) Desde otro punto de vista, el legislador mexicano se ha preocupado también para tutelar los derechos económicos de carácter fundamental de los habitantes de la República respecto de las sociedades de carácter económico, que en ocasiones, debido a su poderío, impiden o menoscaban la libertad de comercio y de industria establecidas en los artículos 4º y 28 de la Constitución federal.⁴¹

54. Sobre el particular se han expedido varios ordenamientos legislativos, entre los cuales podemos destacar la llamada Ley Orgánica del Artículo 28 Constitucional en Materia de Monopolios, promulgada el 25 de agosto de 1934, que tiene vigencia en todo el territorio nacional, así como varios reglamentos de algunas de las disposiciones del ordenamiento primeramente citado, expedidos por el Ejecutivo federal en los años siguientes, y que esencialmente tienden a evitar la reunión o fusión de empresas que tengan como consecuencia el apoderamiento

de dirección de los ejidos correspondientes", p. 61, del cuaderno relativo a la Segunda Sala (Administrativa), del *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación*, publicado en el año de 1965.

³⁹ Congreso Nacional de Toluca, *Organización, funcionamiento y resoluciones*, Toluca, 1959, pp. 40 y ss., *cfr.* Raúl Cervantes Ahumada, "Los tribunales agrarios (necesidad de su creación)" *Estudios Agrarios*, núm. 8, mayo-agosto de 1964, pp. 75-78.

⁴⁰ *Cfr.* Buenaventura Villarroel y Guillermo Barrios Ávila, *Legislación agraria, Jurisprudencia*, La Paz, 1969, pp. 53 y ss. Lucio Mendieta y Núñez, "La reforma agraria en Bolivia", en *Revista Jurídica*, Cochabamba, Bolivia, marzo-diciembre de 1956, pp. 269.

⁴¹ En su parte relativa los citados preceptos constitucionales disponen: "Artículo 4o. A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero o por resolución gubernativa, dictado en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad..." "Artículo 28. En los Estados Unidos Mexicanos no habrá monopolios ni estancos de ninguna clase; ni exención de impuestos; ni prohibiciones a título de protección de la industria... En consecuencia, la ley castigará severamente y las autoridades perseguirán con eficacia toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acto o procedimiento que evite o tienda a evitar la libre concurrencia en la producción, industria o comercio, o servicios al público... etc." *Cfr.* Ignacio Burgoa, *Las garantías individuales*, cit., pp. 411-423.

de toda una rama del comercio o de la industria —es decir, los llamados *Cártels* o *Trusts*— o bien, la concentración en mano de ciertos particulares, o empresas privadas, de los artículos que se consideran como de consumo necesario para la población.⁴²

55. Los ordenamientos anteriores, expedidos en una época en que apenas se iniciaba el desarrollo económico mexicano —actualmente influido por una rápida industrialización—, han quedado superados por la dinámica de la economía nacional, por lo que puede afirmarse que el fundamento esencial del derecho económico por lo que se refiere a la protección de los particulares en sus relaciones con otros particulares o con asociaciones o sociedades privadas, está contenido en la Ley sobre Atribuciones del Ejecutivo Federal en Materia Económica, de 30 de diciembre de 1950, la que faculta el propio Ejecutivo a tomar medidas para lograr esa tutela, impidiendo el acaparamiento de los artículos de consumo que se estiman de primera necesidad.⁴³

56. Este mismo ordenamiento otorga atribuciones al referido Ejecutivo de la Unión para establecer el control de precios y tarifas para los propios artículos que se consideran necesarios para el consumo popular, especialmente los de carácter alimenticio, así como respecto a la prestación de servicios de transporte y distribución de los mismos, la de ciertos espectáculos, la venta de medicamentos, etcétera.⁴⁴

57. Recuérdesse que a este respecto el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, aplicable a toda la República en materia federal (nacional) tipifica en su artículo 253 varias figuras delictivas contra “el consumo y la riqueza nacionales”, entre las cuales deben mencionarse, el acaparamiento de artículos de primera necesidad o de consumo necesario con objeto de obtener un alza en los precios o su ocultación, así como la injustificada negativa para venderlos (fracción I); la limitación de la producción de un artículo de consumo necesario, con el propósito de mantenerlo en elevado o injusto precio (fracción III); la venta de un artículo de primera necesidad, con inmoderado lucro, por los productores, distribuidores, mayoristas o comerciantes en general (fracción V); todo acto o procedimiento que de alguna manera viole el artículo 28 constitucional (fracción VI).⁴⁵

58. Al referirnos al delito de violación de garantías afirmamos que

⁴² Cfr. Andrés Serra Rojas, *Derecho administrativo*, 4a. ed., México, 1968, tomo II, p. 1082.

⁴³ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, “Supremacía del Ejecutivo en el derecho constitucional mexicano”, en el volumen *Comunicaciones Mexicanas al VII Congreso Internacional de Derecho Comparado*, México, 1966, pp. 165-167.

⁴⁴ Cfr. Serra Rojas, *Derecho administrativo*, cit., tomo II, pp. 1055-1066.

⁴⁵ Cfr. Raúl Carrancá y Trujillo, *Código penal anotado*, cit., pp. 589-596; Antonio de P. Moreno, *Curso de derecho penal mexicano*, cit., pp. 430 y ss.

esta tutela punitiva debía considerarse conceptualmente comprendida dentro de una figura delictiva, que podíamos calificar como violación de garantías, o con mayor precisión, de derechos económicos de carácter social.

59. Por otra parte, el Estado interviene cada vez con mayor energía en las actividades anteriormente reservadas a los particulares, estableciendo organismos descentralizados autónomos con objeto de que presten determinados servicios públicos, o bien creando empresas económicas de participación estatal,⁴⁶ y tales organismos o empresas, cada vez más numerosas y potentes, pueden afectar indudablemente los derechos fundamentales de sus propios miembros o de otras personas o grupos externos, requiriéndose de una protección vigorosa para evitar perjuicios irreparables a la esfera jurídica fundamental de los particulares.⁴⁷

60. El gobierno federal ha procurado un control administrativo en el orden nacional, de tales organismos y empresas, primeramente a través de la Ley de 31 de diciembre de 1947, que los sujetó a la supervisión financiera y al control administrativo de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, pero como tal sistema demostró escasa efectividad, este ordenamiento ha sido sustituido por la denominada Ley para el Control de Organismos Descentralizados y Empresas de Participación Estatal, promulgada el 4 de enero de 1966, que introdujo disposiciones más severas y rigurosas para una constante y estrecha vigilancia, planeación y control de ambas categorías de entidades.

61. No obstante los esfuerzos anteriores, todavía no se ha llegado a configurar un sistema efectivo, que no puede descansar exclusivamente en un simple control administrativo, para evitar perjuicios de difícil reparación e inclusive irreparables por parte de los organismos descentralizados y empresas de participación estatal, y muy especialmente por parte de los primeros, respecto de los derechos de sus propios integrantes o de otros particulares o grupos privados.⁴⁸

⁴⁶ Sobre el fenómeno de las actividades del Estado empresario, en realidad, el Ejecutivo como empresario económico, véase el cuidadoso estudio de Alfonso Nava Negrete, "Empresa pública y sociedad anónima de Estado", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 57, enero-marzo de 1965, pp. 161 y ss. Puede consultarse también el trabajo de Sergio Domínguez Vargas, "El Estado empresario", en el volumen *Cursos de Invierno de 1961*, Facultad de Derecho, México, 1961, pp. 79 y ss.

⁴⁷ Cfr. el importante análisis que sobre el problema realiza Sealtiel Alatríste, "La estructura del control externo de los organismos descentralizados", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 51, julio-septiembre de 1963, pp. 549 y ss.

⁴⁸ Sealtiel Alatríste intenta una enumeración de organismos descentralizados y empresas de participación estatal, que demuestra el crecimiento asombroso de estas entida-

IV. NECESIDAD DE INSTRUMENTOS PROCESALES EFICACES

62. Aun cuando los particulares en sentido estricto, es decir, los individuos aislados o en asociación transitoria, pueden afectar, en ocasiones gravemente, los derechos humanos de otros particulares o grupos sociales, en realidad el peligro fundamental existe respecto de las asociaciones profesionales o económicas, los partidos políticos, y en general, los llamados grupos de interés y de presión, incluyendo en los últimos tiempos los organismos descentralizados autónomos y en algunos casos las empresas de participación estatal.⁴⁹

63. Respecto de los particulares propiamente dichos, pueden bastar los medios jurídicos ordinarios, es decir, la tutela penal y la administrativa, así como los instrumentos procesales ante los tribunales ordinarios, con independencia de que en algunas ocasiones se utilicen medios preventivos, como ocurre, por ejemplo con el *habeas corpus* en los países angloamericanos, que puede hacerse valer contra actos de particulares cuando se trata de problemas de patria potestad o custodia respecto de menores, o del internamiento de personas sujetas a interdicción, en clínicas privadas, etcétera.⁵⁰

64. Pero los instrumentos procesales ordinarios no son suficientes ni adecuados frente a los actos cada vez más frecuentes de las asociaciones profesionales, económicas y políticas, así como ante los organismos públicos descentralizados, todos los cuales efectúan actividades que se imponen coactivamente a sus miembros o a los particulares o grupos sociales ajenos, en forma similar o paralela a los actos de autoridad propiamente dicha, cuando afectan los derechos humanos.

65. No resulta necesario recalcar la necesidad de medios específicos para tutelar los derechos fundamentales de la persona humana, los cuales se han ido perfeccionando a través de una dolorosa experiencia, y

des, *op. ult. cit.*, pp. 581-602. Sobre este mismo problema del aumento considerable de los primeros, *cfr.* Horacio Castellanos Coutiño, "El Estado y los organismos descentralizados", en el volumen ya citado, *Cursos de invierno de 1961*, pp. 72 y ss. Una lista descriptiva del llamado "Sector Paraestatal" de carácter nacional, puede consultarse en el *Manual de organización del gobierno federal, 1969-1970*, México, 1969, pp. 420-478, incluyendo organismos descentralizados y empresas de participación estatal.

⁴⁹ Existe una amplia bibliografía sobre grupos de interés y de presión pero nos limitaremos a citar a Federico C. Gil, "Perspectivas para el estudio de los grupos de presión en América Latina", *Revista Jurídica de Buenos Aires*, abril-junio de 1959, pp. 39-57; Segundo V. Linares Quintana, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, Buenos Aires, 1960, tomo VII, pp. 675-718.

⁵⁰ *Cfr.*, entre otros, Lewis Mayers, *El sistema legal de los Estados Unidos*, traducción de Ernesto Weinchelbaun, Buenos Aires, 1958, pp. 211, 216 y ss.; D. M. Gordon, "The unruly writ of *habeas corpus*", *The Modern Law Review*, Londres, septiembre de 1963,

en este sentido, el juicio de amparo mexicano ha realizado una función muy noble de tutela, tanto preventiva como de carácter reparador, respecto de los actos de las autoridades que violen los derechos fundamentales de la persona humana consagrados constitucionalmente.⁵¹

66. No sucede así, al menos en el ordenamiento mexicano, tratándose de los actos, resoluciones y en ocasiones, de verdaderas disposiciones generales, que emanan de los grupos sociales y organismos públicos descentralizados, que todavía se consideran como particulares, o al menos, como desprovistos de autoridad, para efectos de la interposición del juicio de amparo.

67. Es decir, que a pesar de que los citados grupos u organismos realizan actividades paralelas a las de las autoridades, y por lo mismo, no pueden considerarse como provenientes de particulares en sentido estricto, es decir, de individuos privados, por la forma en que pueden imponer sus actos y resoluciones, se considera por la legislación y la jurisprudencia mexicanas, que contra los mismos no resulta procedente el referido juicio de amparo.⁵²

68. Lo cierto es que el concepto tradicional de autoridad, estimada como aquella que se confiere al funcionario estatal para imponer coactivamente sus resoluciones a los particulares,⁵³ se encuentra actualmente en crisis, ya que la noción de "imperio" no opera como criterio distintivo entre los funcionarios públicos y los grupos u organismos que se han mencionado, y así lo demuestra la creciente preocupación tanto de la doctrina, la jurisprudencia e inclusive la legislación, las que se esfuerzan en descubrir medios para tutelar eficazmente los derechos humanos frente a estas entidades, algunas de las cuales, como ocurre con los organismos públicos descentralizados de carácter autónomo, deben estimarse como entidades *paraestatales*, pero en todo caso, como de carácter intermedio entre el individuo y el Estado.

pp. 520-529; Ammon Rubinstein, "Habeas corpus as a means of review", *Modern Law Review*, Londres, mayo de 1964, pp. 322-332.

⁵¹ Cfr. Ignacio Burgoa, *El juicio de amparo*, 6a. ed., México, 1968, pp. 130-197; Héctor Fix-Zamudio, *El juicio de amparo*, México, 1964, pp. 207 y ss.; Felipe Tena Ramírez, "El amparo mexicano, medio de protección de los derechos humanos", *Boletín de Información Judicial*, México, septiembre de 1961, pp. 533-576.

⁵² Cfr. Ignacio Burgoa, *op. ult. cit.*, pp. 206-214, quien aborda con gran amplitud este problema.

⁵³ Recuérdese la clásica exposición de Jorge Jellinek sobre la situación jurídica de los órganos del Estado, *Teoría general del Estado*, traducción de Francisco de los Ríos U., Madrid, 1915, tomo II, pp. 239 y ss.

V. EL AMPARO CONTRA ACTOS DE PARTICULARES, GRUPOS SOCIALES Y ORGANISMOS AUTÓNOMOS

69. El juicio de amparo mexicano constituye un instrumento procesal sumamente complejo,⁵⁴ pero un sector fundamental del mismo, que además coincide con su significado original, está destinado a la tutela rápida y eficaz, tanto preventiva como reparadora, de los derechos humanos consagrados constitucionalmente, cuando son infringidos o violados por cualquier autoridad.

70. Este es, por otra parte, el significado que ha trascendido a otros países latinoamericanos (trece, incluyendo a México), que han adoptado el amparo con este sentido y que citamos por orden alfabético: Argentina, Bolivia, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Venezuela, debiendo agregarse también al Brasil, ya que el *mandado de segurança* realiza una función similar a la del amparo, al menos contra actos de autoridades administrativas, y por ello esta denominación se ha traducido al español por algunos autores como "mandamiento de amparo".⁵⁵

71. Este es también el significado que se ha otorgado al amparo en los artículos XVIII y 8º, respectivamente, de las Declaraciones Americana y Universal de los Derechos del Hombre⁵⁶ y también en los artículos 2º, fracción 3, inciso a), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado por las Naciones Unidas el 16 de diciembre

⁵⁴ Cfr. Fix-Zamudio, "Reflexiones sobre la naturaleza procesal del amparo", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 56, octubre-diciembre de 1964, pp. 959-1012.

⁵⁵ Cfr. Fix-Zamudio, "La protección de las garantías individuales en América Latina", en *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Ginebra, diciembre de 1968, pp. 82-86, 90-100; traducción francesa, "Les formes de procédure assurant la protection des garanties individuelles en Amérique Latine", en la misma *Revue de la Commission Internationale de Juristes*, Génova, diciembre, 1968, pp. 78-81, 85-95 (también traducido al inglés y al alemán); Pedro Pablo Camargo, "L'amparo au Mexique et en Amérique Latine comme instrument de protection des droits de l'homme", *Les droits de l'homme. Human rights. Revue de Droit Internationale et Comparé*, París, septiembre de 1968, pp. 332-362.

⁵⁶ Dichos preceptos disponen, respectivamente: "Artículo XVIII [de la Declaración Americana] toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia la ampare contra actos de la autoridad que violen en su perjuicio alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente". "Artículo 8º. [de la Declaración Universal]. Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales consagrados constitucionalmente." Cfr., en relación con la influencia mexicana en ambos textos, Germán Fernández del Castillo, "La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre", en el volumen editado por la Secretaría de Relaciones Exteriores, *México en la IX Conferencia Internacional Americana*, México, 1948, pp. 133-167; Felipe Tena Ramírez, "El aspecto mundial del amparo. Su expansión internacional", en el volumen *México ante el pensamiento jurídico social de Occidente*, México, 1955, pp. 129 y ss.

de 1966⁵⁷ y 25 del Pacto Interamericano de Derechos Humanos, suscrito en Costa Rica en noviembre de 1969.⁵⁸

72. En relación con el último precepto mencionado del Pacto Interamericano, la doctrina hace notar que al haberse adoptado el criterio —por cierto similar al del citado artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas— en el sentido de que la protección procesal de los derechos humanos debe operar aun en el supuesto de que la violación de los mismos hubiese sido cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales, implícitamente se está reconociendo que el juicio de amparo que debe funcionar en los países americanos debe proceder también contra actos de particulares —o con mayor precisión, respecto de grupos sociales.⁵⁹

73. Precisamente debido a la eficacia del amparo como instrumento específico, paralelo al *habeas corpus*, para tutelar los derechos humanos, tanto individuales como de carácter social, se observa la tendencia de extender su procedencia respecto de los actos de particulares, y especialmente de las asociaciones profesionales y de los organismos públicos descentralizados de carácter autónomo, estimados estos últimos como desprovistos de autoridad estatal, con objeto de lograr una tutela eficaz a través de un procedimiento breve y sumario ante las autoridades judiciales, las cuales pueden otorgar medidas precautorias para evitar se causen perjuicios irreparables o de difícil reparación a los afectados, y en todo caso, restaurando el orden jurídico fundamental infringido.

74. a) En efecto, en la República Argentina la doctrina y la jurisprudencia se han preocupado por ampliar el amparo al menos en el ámbito nacional —ya que también se ha regulado el amparo en los ordenamientos provinciales— respecto de los actos de particulares violatorios de los derechos del hombre, en ausencia de medios ordinarios de carácter procesal adecuados para la protección de tales derechos.

75. Primeramente, a falta de ley expresa, que en el propio ámbito

⁵⁷ Dicha disposición establece: "Cada uno de los Estados Partes 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 . . ."

⁵⁸ En su parte relativa el mencionado precepto dispone: "Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la 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 . . .". Cfr. Documento OEA/Ser. K/XVI/1.1; San José, Costa Rica, noviembre de 1969, p. 11.

⁵⁹ Humberto E. Ricord, *Los derechos humanos y la Organización de los Estados Americanos*, México, 1970, pp. 110-111.

nacional no se promulgó sino hasta el mes de octubre de 1966, la Suprema Corte argentina, modificando su jurisprudencia tradicional, estimó que el amparo era procedente contra actos de las autoridades que violasen los derechos fundamentales consagrados expresa o implícitamente en la Constitución, con exclusión de la libertad personal tutelada por el *habeas corpus*, a través de una sentencia ya clásica pronunciada el 27 de diciembre de 1957 en el asunto "Angel Siri".⁶⁰

76. Esta evolución culminó con la resolución también clásica, que dictó la misma Suprema Corte argentina con fecha 5 de septiembre de 1958 en el juicio de amparo promovido por "Samuel Kot" contra un grupo de trabajadores que habían ocupado ilegalmente una fábrica propiedad del promovente.⁶¹

77. No obstante que en esta última sentencia el referido tribunal supremo consideró que los derechos del hombre consagrados constitucionalmente, en forma expresa o implícita, son oponibles *erga omnes*, es decir, no sólo frente a las autoridades sino también en relación con los particulares, en estricto sentido, y así lo hace la propia resolución de manera expresa, al hablar de particulares no se está haciendo referencia a personas privadas individuales, sino a los "grupos de presión", y en el caso concreto, a una agrupación de trabajadores.⁶²

78. De acuerdo con el criterio fundamental de que los derechos humanos establecidos en la Constitución nacional no sólo son oponibles a las autoridades, como tradicionalmente se había venido postulando, sino también respecto de los particulares, la jurisprudencia posterior de los tribunales argentinos se ocupó de afinar la procedencia del recurso o acción de amparo, en relación con los actos de los propios particulares,⁶³ influyendo dicha jurisprudencia decisivamente en la Ley 7,166 sobre acción de amparo para la Provincia de Buenos Aires,

⁶⁰ En este asunto el actor interpuso demanda de amparo contra la clausura ilegal de un periódico. *Cfr.*, entre la amplia bibliografía, Segundo V. Linares Quintana, "Modificación de la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el amparo de la libertad", *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", *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 18 y 19 de junio de 1958; Alfredo Orgaz, *El recurso de amparo. Comentario a los casos "Siri" y "Kot"*, Buenos Aires, 1961, pp. 23-38.

⁶¹ Sobre los antecedentes y aspectos fácticos del caso "Kot", *cfr.* Orgaz, *op. ult. cit.*, pp. 41-58; Abel Houssay, *Amparo judicial. El caso Kot y su influencia en la jurisprudencia*, Buenos Aires, 1961, pp. 11-49.

⁶² *Cfr.* Genaro R. Carrió, *Recurso de amparo y técnica judicial (Análisis crítico del caso "Kot")*, Buenos Aires, 1959, pp. 147-183; Carlos A. Tagle, "El amparo judicial de los derechos fundamentales", *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 4 de noviembre de 1958, pp. 1-5; Segundo V. Linares Quintana, "La doctrina de la Corte Suprema sobre amparo de la libertad y los grupos de interés y de presión", *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 30 de diciembre de 1958, pp. 1-4.

⁶³ *Cfr.* Segundo V. Linares Quintana, "La tendencia restrictiva de la reciente juris-

promulgada el 10 de diciembre de 1965, que en su artículo primero consagró la procedencia de este instrumento tutelar, al mismo tiempo contra actos u omisiones de órganos o agentes de la administración pública, y respecto de los provenientes de *particulares*,⁶⁴ siempre que en uno u otro caso no existan otros procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, que permitan obtener el mismo efecto, o cuando existiendo, se produjera daño grave irreparable, remitiendo el examen de la cuestión a dichos procedimientos.⁶⁵

79. En forma diversa, la Ley nacional 16,986, sobre acción de amparo, expedida por el Ejecutivo nacional argentino en uso de facultades extraordinarias, el 7 de octubre de 1966, se refiere exclusivamente a los actos y omisiones de la autoridad pública, aun cuando un sector de la doctrina considera que al no prohibirse la citada acción de amparo respecto de la actividad u omisión de los particulares, se entiende que también procede contra éstos.⁶⁶

80. b) El amparo argentino ha influido en el establecimiento de la misma institución procesal en los recientes ordenamientos constitucionales de Bolivia y Paraguay, y de esta manera, en los artículos 19⁶⁷ y 77,⁶⁸ respectivamente, de las leyes fundamentales de estos países, expedidas el 2 de febrero de 1967 y 25 de agosto del mismo año, también respec-

prudencia de la Corte Suprema sobre amparo", *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 20 de noviembre de 1961, pp. 1-2.

⁶⁴ Cfr. Augusto Mario Morello, *Régimen procesal del amparo en la provincia de Buenos Aires (Ley 7166)*, La Plata, Argentina, 1966, pp. 79-84; José Luis Lazzarini, *El juicio de amparo*, Buenos Aires, 1967, pp. 234-235.

⁶⁵ El citado ordenamiento fue reformado por diversa Ley 7261, de 30 de diciembre de 1966, suprimiendo el amparo contra actos de particulares, pero la doctrina sostiene que tal modificación no impide impugnar actos de los citados particulares a través del amparo, de acuerdo con lineamientos de la jurisprudencia, cfr. José Luis Lazzarini, *op. ult. cit.*, pp. 399-400.

⁶⁶ Cfr. Germán J. Bidart Campos, "La nueva Ley de Amparo", *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 29 de noviembre de 1966, pp. 3-4; Lazzarini, *op. cit.*, pp. 373-374.

⁶⁷ El referido artículo 19 de la Constitución boliviana dispone en lo conducente: "Fuera del recurso de *habeas corpus* a que se refiere el artículo anterior (contra actos privativos de la libertad personal) se establece el recurso de amparo contra los actos ilegales o las omisiones indebidas de los funcionarios o particulares que restrinjan, supriman o amenacen restringir los derechos y garantías de la persona reconocidos por esta Constitución y las leyes...". Cfr. Enrique Oblitas Poblete, *Recurso de amparo*, La Paz, 1967, pp. 36 y ss.

⁶⁸ El artículo 77 de la carta fundamental paraguaya preceptúa: "Toda persona que por un acto u omisión ilegítima de autoridad o de un particular, se crea lesionada o en peligro inminente de serlo, de modo grave, en un derecho o garantía que consagre esta Constitución, o la ley, y que por urgencia del caso no pudiera remediarse por la vía ordinaria, podrá recurrir ante cualquier Juez de Primera Instancia o reclamar amparo. El procedimiento será breve, sumario, gratuito, y de acción pública, y el Juez tendrá facultad para salvaguardar el derecho o garantía, o para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida. La ley reglamentará el procedimiento." Aun cuando no se ha expedido la ley reglamentaria respectiva existen varios proyectos, entre ellos

tivamente, la acción, recurso o juicio de amparo, procede tanto respecto de actos u omisiones de autoridades públicas, como de los que provienen de los particulares.

81. c) En esta misma dirección, el artículo 4º de la Ley de Amparo de Nicaragua de 6 de noviembre de 1950, dispone que el propio amparo tendrá cabida contra el funcionario o autoridad que ordene la violación de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, contra el agente ejecutor, contra ambos, y contra el *particular* que restrinja la libertad personal, con la aclaración de que los artículos 46 a 49, que integran el capítulo II, del título IV del citado ordenamiento —que se refiere al *habeas corpus*, comprendido por el amparo— se intitula: “Amparo por actos de particulares restrictivos de la libertad personal”.⁶⁹

82. d) Otro punto de vista que se observa en el derecho latinoamericano consiste en la equiparación de los organismos públicos descentralizados de carácter autónomo, y en ocasiones a las asociaciones profesionales y hasta empresas de servicio público, a las autoridades gubernamentales en sentido estricto, con objeto de extender la protección de la acción, recurso o juicio de amparo, respecto de los actos realizados por las citadas entidades u organismos.

83. En este sentido, el artículo 12 de la Ley de Procedimientos Constitucionales de El Salvador, promulgada el 14 de enero de 1960, establece que la acción de amparo procede ante la Corte Suprema de Justicia por violación de los derechos que otorga la Constitución Política, contra toda clase de acciones u omisiones de cualquier autoridad, funcionario del Estado o de sus *organismos descentralizados*, que violen los citados derechos u obstaculicen su ejercicio.⁷⁰

84. e) También debe considerarse dentro de esta orientación, la Ley número 1,533 de 31 de diciembre de 1951, todavía vigente con algunas reformas, que reglamenta el mandamiento de seguridad o de amparo brasileño, en cuyo artículo primero se establece que el citado medio de impugnación procede para proteger derecho líquido y cierto, no tutelado por *habeas corpus*, siempre que ilegalmente o con abuso

uno presentado a la Cámara de Senadores por uno de sus miembros, el Dr. Juan Asencio Aponte. Cfr. el folleto *Proyecto de Ley “que establece normas procesales de la acción de amparo”*, Asunción, 1968, cuyo artículo 7o. propone expresamente: “Si la acción versara sobre un acto u omisión de un particular, el Juez señalará una audiencia para oírlo dentro de las 24 horas”.

⁶⁹ Cfr. Jesús González Pérez, “El proceso de amparo en México y Nicaragua”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, mayo-agosto de 1954, pp. 297-321.

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

de poder alguien sufra violación o tenga justo temor de sufrirla, por parte de una autoridad de cualquier categoría, cualesquiera que sean las funciones que ejerza.⁷¹

85. El inciso primero del mismo precepto dispone que debe considerarse como autoridad para efectos del citado ordenamiento, a los administradores o representantes de las entidades autárquicas (autónomas) y las personas naturales o jurídicas con funciones delegadas del poder público, solamente en lo que se refiere a las citadas funciones.⁷²

86. La jurisprudencia de los tribunales brasileños, partiendo del concepto sumamente lato de autoridad, que consigna el legislador, ha otorgado legitimación pasiva a entidades que no son órganos del Estado, y que por el contrario podrían estimarse como particulares desde el punto de vista del amparo mexicano.⁷³

87. Así por ejemplo, los propios tribunales del Brasil han admitido demandas de amparo (*mandado de segurança*) contra actos de asociaciones profesionales, tales como los colegios de abogados, agrupaciones gremiales, especialmente sindicatos de trabajadores, y también después de algunas vacilaciones, respecto de instituciones privadas de enseñanza, etcétera, cuando alguno de estos grupos o institutos afectaren los derechos fundamentales de sus miembros o de otros particulares.⁷⁴

88. f) En esta misma dirección la reciente "Ley de Amparo, *Habeas Corpus* y de Constitucionalidad", expedida por la Asamblea Constituyente de la República de Guatemala y promulgada el 3 de mayo de 1966, en sus artículos 8º y 9º, incluye entre los grupos y organismos contra los cuales se puede solicitar el proceso de amparo por violación de los derechos fundamentales —por supuesto, además de las autori-

⁷¹ El precepto constitucional que regula el citado *mandado de segurança*, idéntico en los textos fundamentales sucesivos reglamentados por la citada ley de 1951, o sea los artículos 141, parágrafo 24, de la Constitución de 1946; 150, parágrafo 21, de la carta fundamental de 1967; y 153, parágrafo 21, del texto de la ley suprema anterior, tal como fue reformada en octubre de 1969, dispone: "Se concede *mandado de segurança* para proteger derecho líquido y cierto no amparado por *habeas corpus*, sea cual fuere la autoridad responsable por ilegalidad o abuso de poder".

⁷² Esta disposición tiene su origen en el artículo 1o. de la Ley sobre el *mandado de segurança*, número 191 de 1936. Cfr. José Castro Nunes, *Do mandado de segurança e de outros meios de defesa contra atos do poder publico*, 6a. ed., Río-São Paulo, 1961, pp. 162 y ss.; Miguel Soabra Fagundes, *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*, 4a. ed., Río, 1967, pp. 40 y ss.; Temístocles Brandao Cavalcanti, *Do mandado de segurança*, 4a. ed., Río-São Paulo, 1957, pp. 247-249.

⁷³ Cfr. Fix-Zamudio, "Mandato de seguridad y juicio de amparo", en el volumen *El juicio de amparo*, cit., pp. 352-353.

⁷⁴ Cfr. Arnold Wald, *Do mandado de segurança na prática judiciária*, 3a. ed., Río, 1968, pp. 162-166; Casa de Rui Barbosa, *O mandado de segurança e sua jurisprudencia*, Río, 1961, tomo I, pp. 89 y ss.; Tito Galvao Filho, *Dicionário de jurisprudencia no mandado de segurança*, Curitiba, Paraná, Brasil, 1960, p. 100.

dades propiamente dichas— a los gerentes, jefes o presidentes de las entidades descentralizadas, autónomas o semiautónomas del Estado, o de sus cuerpos directivos, consejos o juntas rectoras de toda clase; los *colegios profesionales* y cualquiera otra entidad no especificada en forma expresa.⁷⁵

89. Como puede observarse, la equiparación de los funcionarios públicos y autoridades, en sentido estricto, con otros grupos sociales y organismos descentralizados, para los efectos de la procedencia del amparo, es sumamente vasta en el derecho guatemalteco, ya que se hace mención expresa de los colegios profesionales entre aquellos que pueden violar los derechos de la persona humana y contra los cuales se puede hacer interponer el instrumento procesal específico para la tutela de los propios derechos fundamentales, que tradicionalmente se había reservado para combatir los actos u omisiones de los actos de autoridad.⁷⁶

90. g) Por el contrario, en el derecho mexicano, no obstante la centenaria experiencia de nuestro juicio de amparo —establecido en el ámbito nacional desde el año de 1847— se conserva todavía el concepto clásico de autoridad para determinar la procedencia de este medio de impugnación,⁷⁷ o sea que sólo se admite con este carácter a quien por derecho, o aun de hecho, realiza una actividad pública estatal con posibilidad de imponer coactivamente sus decisiones;⁷⁸ de esta manera, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia ha estimado que el propio juicio de amparo es admisible únicamente contra disposiciones, actos, resoluciones u omisiones de cualquier autoridad pública, es decir, provista de “imperio”, pero no respecto de los organismos descentra-

⁷⁵ Cfr. Gabriel Antonio Medrano Valenzuela, *El amparo en la legislación guatemalteca*, inédito, Guatemala, 1969, pp. 22-23 del ejemplar mecanografiado.

⁷⁶ Lo que constituye una innovación, ya que en el sistema anterior, es decir, de acuerdo con lo dispuesto por la Ley de Amparo, número 1538, de 18 de mayo de 1928, esta institución protectora era admisible únicamente contra actos de autoridades en sentido estricto. Cfr. Ramiro Auyón Barneoud, *El procedimiento de amparo* (tesis), Guatemala, 1955, pp. 63-66.

⁷⁷ El artículo 11 de la Ley de Amparo establece al respecto: “Es autoridad responsable (en realidad, demandada) la que dicta u ordena, ejecuta o trata de ejecutar la ley o acto reclamado”. Cfr. Ignacio Burgoa, *El juicio de amparo*, cit., pp. 336-339; Octavio A. Hernández, *Curso de amparo*, México, 1966, pp. 163-165; Romeo León Orantes, *El juicio de amparo*, 3a. ed., Puebla, 1957, pp. 172-173; J. Ramón Palacios, *Instituciones de amparo*, 2a. ed., Puebla, 1969, pp. 290 y ss.; Humberto Briseño Sierra, *Teoría y técnica del amparo*, Puebla, 1966, vol. I, pp. 351-356.

⁷⁸ La Suprema Corte de Justicia ha establecido jurisprudencia en el sentido de que: “El término ‘autoridades’, para los efectos del amparo comprende a todas aquellas personas que disponen de la fuerza pública, en virtud de circunstancias, ya legales, ya de hecho, y que por lo mismo, estén en posibilidad material de obrar como individuos que ejerzan actos públicos por el hecho de ser pública la fuerza de que disponen”, tesis número 54, p. 115, del cuaderno relativo al Tribunal Pleno y a las Salas, del *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación*, publicado en el año de 1965.

lizados de carácter autónomo, aun cuando tengan carácter público, y menos aún tratándose de grupos de presión o de interés.⁷⁹

91. La única excepción y eso muy relativa, se refiere a los actos provenientes del Instituto Mexicano del Seguro Social, organismo público descentralizado de carácter autónomo, pero exclusivamente en cuanto se dirigen a la determinación de las cuotas obrero-patronales con las cuales, conjuntamente con las aportaciones gubernamentales, integra su patrimonio, y cuyo cobro se exige por conducto de las oficinas federales de Hacienda, que dependen de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.⁸⁰

92. Esos actos y resoluciones del referido Instituto en esta materia se consideran actos de autoridad, ya que el artículo 135 de la Ley del Seguro Social vigente califica al propio Instituto, sólo en este aspecto, como organismo fiscal autónomo,⁸¹ por lo que contra dichos actos y resoluciones proceden los medios de impugnación que el ordenamiento mexicano establece para combatir los que provienen de las autoridades tributarias en sentido estricto, o sea, el juicio de nulidad ante el Tribunal Fiscal de la Federación (artículo 22, fracción I, de la Ley Orgánica del referido Tribunal)⁸² y si la sentencia es desfavorable al particular, éste puede hacer valer el juicio de amparo ante la Suprema Corte de Justicia o los tribunales colegiados de circuito, según la cuantía del negocio (artículo 158 de la Ley de Amparo).⁸³

⁷⁹ La misma Suprema Corte de Justicia, en el mismo volumen citado en la nota anterior, tesis 13, p. 41, ha determinado escuetamente: "Actos de particulares. No pueden ser objeto del juicio de garantías que se ha instituido para combatir los de las autoridades, que se estiman violatorios de la Constitución".

⁸⁰ Sobre la naturaleza y funciones del citado Instituto, *cfr.* Francisco González Díaz Lombardo, *Cursillo de seguridad social mexicana*, Monterrey, Nuevo León, México, 1959, p. 95 y ss.

⁸¹ El invocado artículo 135 de la Ley del Seguro Social en su texto vigente, dispone: "La obligación de pagar los aportes, los intereses moratorios y los capitales constitutivos, tendrá el carácter de fiscal. Corresponderá al Instituto Mexicano del Seguro Social, en su carácter de organismo fiscal autónomo, la determinación de los créditos y de las bases para su liquidación; fijar la cantidad líquida y su percepción y cobro de acuerdo con la presente Ley y sus disposiciones reglamentarias. El procedimiento administrativo de ejecución de las liquidaciones que no hubieren sido cubiertas directamente al Instituto, se realizará por conducto de las Oficinas Federales de Hacienda que corresponda con sujeción a las normas del Código Fiscal de la Federación, que regulan las bases ofensiva y contenciosa del procedimiento tributario. Dichas oficinas procederán inmediatamente a la notificación y cobro de los créditos por la vía económico-coactiva, ajustándose en todo caso a las bases señaladas por el Instituto. Obtenido el pago, los jefes de las Oficinas Ejecutoras, bajo su responsabilidad entregarán al Instituto las sumas recaudadas."

⁸² Sobre la legislación procesal vigente, *cfr.* Emilio Margáin Manautou, *De lo contencioso administrativo de anulación o de ilegitimidad*, San Luis Potosí, México, 1969, pp. 37 y ss.

⁸³ La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia estableció jurisprudencia, tesis número 239, p. 290 del volumen relativo a dicha Sala, del *Apéndice al Semanario Judi-*

93. En sentido diverso, los restantes actos y resoluciones del mencionado Instituto Mexicano del Seguro Social, relativos a las prestaciones de seguridad social que tiene encomendadas, se impugnan por los afectados ante los tribunales del trabajo, en la vía ordinaria laboral.⁸⁴

94. Sin embargo, tenemos la convicción de que lenta pero seguramente se está abriendo paso la idea de que el juicio, acción o recurso de amparo, en los diversos países latinoamericanos que lo han adoptado, se debe utilizar, por su carácter breve, sumario, preventivo y reparador, para impugnar los actos y resoluciones de los diversos grupos sociales y organismos, que por su fuerza política, económica y social, pueden afectar en perjuicio de los particulares e inclusive de otras agrupaciones sociales de manera grave y a veces irreparablemente, algunos de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

VI. CONCLUSIONES

95. a) La división o separación clásica entre autoridad e individuo ha quedado superada por el fortalecimiento de entidades sociales intermedias que confieren a la sociedad contemporánea una estructura de carácter grupal.

96. b) Esta transformación en la estructura político-social del Estado moderno ha determinado la renovación de todas las ramas tradicionales del derecho (socialización jurídica) y la creación de otras nuevas (derecho social) que pretenden regular la conducta humana, tanto en su aspecto individual como en su dimensión social, todo lo cual ha propiciado que al lado o paralelamente a los derechos de la persona humana de carácter individual se hubiesen consagrado constitucionalmente los derechos económicos, sociales y culturales, que protegen la dignidad humana a través de los diversos grupos sociales que integran la comunidad pluralista de nuestros días.

97. c) El fortalecimiento de los grupos sociales ha producido la crisis del concepto clásico de la autoridad, ya que al mismo tiempo que el Estado interviene cada vez con mayor vigor en las actividades ante-

cial de la Federación, publicado en el año de 1965, y que dispone: "A partir de la reforma del artículo 135 de la Ley del Seguro Social (por Decreto de 3 de febrero de 1949) que establece la facultad del Instituto del Seguro Social para determinar el monto de las aportaciones obrero-patronales que deben cubrirse para atender los servicios que presta, es de estimarse que el propio Instituto actúa como organismo fiscal autónomo, y que por tanto, tiene el carácter de autoridad para los efectos del amparo que contra él se interponga".

⁸⁴ Cfr. Fix-Zamudio, "Panorama de los derechos procesal del trabajo y procesal burocrático en el ordenamiento mexicano", *Revista Mexicana del Trabajo*, junio de 1965, pp. 15-26.

riormente reservadas a los particulares, los grupos sociales también han incrementado su fuerza tanto respecto de sus propios miembros como en relación con otros grupos o individuos.

98. *d)* De esta manera, los particulares se encuentran, por lo que se refiere a la tutela de sus derechos humanos tanto individuales como sociales, ante una doble amenaza, la de los funcionarios públicos y la de los organismos profesionales, económicos y políticos.

99. *e)* En consecuencia, resulta indispensable lograr una eficaz tutela jurídica de los propios derechos humanos frente a los grupos sociales intermedios, de la misma manera como se han establecido mecanismos de protección de los mismos derechos frente al Estado.

100. *f)* En el derecho mexicano esta tutela es todavía muy débil y se advierte en varias direcciones, siendo la primera la relativa a la tutela penal por lo que respecta a la violación de la libertad personal, de trabajo y de otros derechos similares, por parte de individuos o asociación transtoria de los mismos.

101. En segundo lugar, se ha regulado la tutela jurídica de los miembros de los sindicatos de trabajadores y de los organismos de la reforma agraria, en relación con sus miembros, que no pueden ser privados de sus derechos individuales y sociales sin respetar su derecho de defensa.

102. A este respecto la nueva Ley Federal de Trabajo que fue expedida por el Congreso de la Unión, pero que todavía no entra en vigor, ha establecido la protección de los deportistas profesionales, a los cuales se les confiere la calidad de trabajadores respecto de los clubes o asociaciones deportivas a los que pertenecen, especialmente por lo que ve a sus derechos fundamentales de libertad de trabajo y de asociación.

103. En tercer término, se ha introducido en el derecho mexicano la tutela de los derechos esenciales de carácter económico de los particulares frente a las actividades de las grandes empresas industriales y mercantiles, a través de la intervención de las autoridades administrativas en el proceso de la producción y distribución de los artículos estimados como de consumo necesario, regulando también un sistema de control de precios en relación con estos mismos satisfactores.

104. *g)* Sin embargo, estos instrumentos jurídicos son insuficientes si en los aspectos más graves de violación de los derechos fundamentales por parte de individuos —pero especialmente por asociaciones profesionales, organismos descentralizados y en general por grupos de interés o de presión— no se cuenta con un instrumento procesal sencillo y breve para impedir que se causen a los afectados perjuicios irreparables, y en su caso, para restituirlos en el goce pleno de los derechos desconocidos o violados.

105. *Este instrumento es el juicio, acción o recurso de amparo* (en el cual debe incluirse el mandamiento de seguridad del derecho brasileño), que por influencia del derecho mexicano se ha introducido en trece países latinoamericanos: Argentina, Brasil, Bolivia, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Venezuela.

106. El amparo se ha utilizado en un principio únicamente contra los actos y omisiones de las autoridades en sentido estricto, pero se observa recientemente una propensión creciente para emplear este instrumento procesal para la tutela de los derechos humanos afectados por la actividad de los particulares, entendiéndose por tales a los grupos sociales, o bien equiparando a los actos de autoridad en sentido propio, a aquellos que provengan de asociaciones profesionales, organismos autónomos descentralizados e inclusive empresas concesionarias de servicios públicos.

107. *h)* En el derecho mexicano el amparo se utiliza, no obstante su experiencia centenaria, exclusivamente contra actos de autoridad pública en sentido estricto o clásico, es decir, respecto de funcionarios, y sólo se admite respecto de un sector de actos parafiscales del Instituto Mexicano del Seguro Social, que en este sentido se considera como organismo fiscal autónomo, con todos los atributos de la autoridad en cuanto a la determinación de las cuotas obrero-patronales, y como una entidad descentralizada en cuanto a las prestaciones de seguridad social, y respecto de las cuales no procede el juicio de amparo, ya que su cumplimiento por parte de los interesados debe solicitarse ante los tribunales del trabajo.

108. *i)* Estimamos que los actos y omisiones de los grupos intermedios, tanto profesionales como organismos descentralizados, que actualmente poseen un imperio similar al de los órganos del poder, pueden afectar con la misma intensidad que estos últimos los derechos fundamentales individuales y sociales establecidos por las constituciones contemporáneas, y por ello, además de la tutela jurídica sustantiva, deben emplearse los instrumentos procesales que se han establecido para la protección de los derechos humanos frente a la autoridad pública.

109. En América Latina se advierte cada vez con mayor fuerza la tendencia a utilizar el *habeas corpus* y el juicio, acción o recurso de amparo, para obtener una protección breve, rápida y eficaz contra las violaciones de los derechos humanos por parte de los grupos sociales.

IV

INFLUENCIA DEL DERECHO ANGLOAMERICANO EN LA
PROTECCIÓN PROCESAL DE LOS DERECHOS
HUMANOS EN AMÉRICA LATINA

Publicado en el volumen *Festschrift für Karl Loewenstein aus Anlass seines achtzigsten Geburtstages* (Libro de homenaje a Karl Loewenstein con motivo de su octagésimo aniversario), Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), pp. 485-508.

Al ilustre Karl Loewenstein
como tributo de admiración
al jurista y al hombre

SUMARIO: I. Habeas corpus. II. *Evolución en Inglaterra*. III. *Transformación del habeas corpus en los Estados Unidos*. IV. *Algunos aspectos del habeas corpus en Latinoamérica*. V. *La revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes*. VI. *Los writs de injunction y mandamus*. VII. *Su influencia en los mandamientos de ejecución y prohibición del derecho argentino*.

I. HABEAS CORPUS

1. Si excluimos algunos ensayos históricos, entre los cuales destacan los procesos forales aragoneses, especialmente el de manifestación de las personas y de amparo, que alcanzaron un desarrollo superior a las instituciones británicas entre los siglos xiv y xv, pero que fueron obscurcidos y prácticamente suprimidos por el absolutismo de las poderosas dinastías de Austrias y Borbones;¹ es la institución del *habeas corpus* la que ha constituido el germen fundamental de la protección procesal de los derechos fundamentales de la libertad humana, especialmente la de carácter físico, y por ello ha recibido con justicia el calificativo de "el gran writ".

2. El origen de esta institución es incierto, aun cuando su genealogía pudiera remontarse hasta el famoso interdicto *de homine libero exhibendo* del derecho romano, pero lo que sí resulta indudable es su paulatino perfeccionamiento en el derecho consuetudinario de la Inglaterra medieval.²

3. Algunos autores han creído descubrir los inicios de esta institución en el artículo 39 del documento original de la Carta Magna, arrancada a Juan Sin Tierra por los barones ingleses en el año de 1215, y que lleva el número 29 de la versión confirmada por Enrique III en

¹ Cfr. Víctor Fairén Guillén, "Consideraciones sobre el proceso aragonés de 'manifestación de las personas' en relación con el *habeas corpus* británico", *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, 1963, pp. 11 y ss.; Francisco Sáenz de Tejada y de Olozaga, *El Derecho de manifestación aragonés y el habeas corpus inglés*, Madrid, s.f. pp. 25 y ss.

² El derecho anglosajón también recibió la influencia de los interdictos posesorios de origen romano, según lo puso de relieve el prestigiado tratadista Paul Vinogradoff, *Diritto romano nell'Europa Medioevale*, trad. de S. Ricobono, 2a. ed., Milán, 1950, pp. 85 y ss.

1225,³ pero en realidad dicho precepto es de carácter sustantivo y no procesal, por lo que sólo puede considerarse como el intento de establecer el debido proceso en favor de un sector privilegiado de los hombres del reino, es decir, en beneficio de los hombres libres.⁴

4. El instrumento procesal propiamente dicho se fue forjando muy lentamente a través de algunas ventajas introducidas en el derecho medieval inglés, predominantemente de carácter consuetudinario, en beneficio de los detenidos, tales como la libertad caucional y los llamados *writs* de *odio et atia* y de *mainprise*.⁵

5. Pero esta institución forjada en el *common law* adquirió su verdadera importancia en el siglo XVII con motivo de la lucha del Parlamento contra el absolutismo de los Estuardo, iniciándose una labor legislativa que fue consolidando este noble instrumento libertario.

6. Un paso muy importante fue la abolición de la Cámara de la Estrella (*Star Chamber*) por una ley del Parlamento expedida en 1641, que por cierto fue precedida por el primer intento de regular también legislativamente la institución libertaria que nos ocupa, a través de la llamada "*Habeas Corpus Act*" de 1640.

7. El ordenamiento de 1641 se estima como un adelanto en el camino de la consolidación de la libertad personal, en virtud de que la citada Cámara de la Estrella, en su calidad de tribunal administrativo estrechamente vinculado a la Corona, acumulaba atribuciones propias de los tribunales judiciales, lo que motivó numerosos abusos en perjuicio de los particulares, lo que explica la razón por la cual el artículo VIII de esta ley reafirma la existencia del derecho de hacer valer el *habeas corpus* contra las detenciones indebidas ordenadas por la Corona.⁶

8. Pero en realidad el documento que consolida definitivamente esta institución tutelar es la famosa Ley de *habeas corpus* de 1679, que ha tenido una influencia excepcional en muchos países del mundo y que estableció las bases esenciales de este instrumento procesal, el

³ La Magna Carta fue objeto de varias versiones, ya que se confirmó cuando menos cuarenta y cinco ocasiones hasta la época de Enrique V (1413-1422), ya que poeía en su base una idea contractual entre el soberano y los nobles del reino. Cfr. William H. Dunham, Jr., "Magna Carta and British Constitutionalism", en el volumen *The Great Charter*, Nueva York-Toronto, 1966, pp. 29 y ss.; el texto en español de las dos versiones de la Magna Carta de 1215 y de 1225, puede consultarse en la obra de Manuel Jiménez de Parga, *Los regímenes políticos contemporáneos*, 4a. ed., Madrid, 1968, pp. 366-372.

⁴ Cfr. Samuel E. Thorne, "What Magna Carta was", en el citado volumen *The Great Charter*, pp. 11-25.

⁵ Cfr. Frederick Pollock y Frederick William Maitland, *The history of english law*, 2a. ed., vol. II, Cambridge, Inglaterra; reimpresión de la 2a. ed., Londres, 1952, pp. 587-589.

⁶ Cfr. H. M. Seervai, *Constitutional Law of India*, reimpresión, Bombay, 1968, p. 579.

cual, según este ordenamiento, procedía inclusive contra las órdenes de detención de la Corona, pero establecía varias excepciones, entre ellas las acusaciones por delitos graves (*felony*), alta traición y prisión por deudas, pero aun en los primeros dos casos, se obligaba a la Corona a consignar penalmente a los detenidos, con objeto de que fueran juzgados por los tribunales.⁷

9. Este documento se complementa con el famoso instrumento conocido como *Bill of Rights*, promulgado el 16 de diciembre de 1689 con motivo del triunfo de la llamada "Gloriosa Revolución",⁸ que prohibió en su artículo 11 se fijaran fianzas excesivas para decretar la libertad caucional, ya que se pretendía evitar que con este subterfugio se hiciera nugatoria la institución del *habeas corpus*, de acuerdo con la experiencia que se había adquirido durante el gobierno autoritario de Jacobo II.⁹

10. El *habeas corpus* se trasladó a las colonias inglesas en América como una institución de *common law*, habiendo sido incorporado en algunos documentos constitucionales anteriores a la Constitución Federal de los Estados Unidos de 1787, tales como las cartas fundamentales de Massachusetts de 1780¹⁰ y de New Hampshire de 1784,¹¹ y especialmente la primera influyó decisivamente en la consagración de la institución libertaria en el artículo 1; sección 8, inciso 3, de la propia Constitución federal.¹²

II. EVOLUCIÓN EN INGLATERRA

11. Aun cuando en un principio el *habeas corpus* se utilizó en su país de origen para la defensa de los particulares contra las detenciones

7 El texto inglés de esta famosa ley puede consultarse en el libro editado por Richard L. Perry y John C. Cooper, *Sources of our liberties*, Nueva York, 1952, pp. 189-203, y una traducción castellana aparece como uno de los apéndices del libro de Ignacio L. Vallarta, *El juicio de amparo y el writ of habeas corpus*, México, 1896. Este propio ordenamiento es calificado por el famoso jurista inglés William Blackstone como la segunda Magna Carta, *Commentaries on the law*, ed. Bernard C. Gavit, Washington, 1941, p. 73.

8 No es necesario recordar que el publicista de esta "Gloriosa Revolución" de 1688, es decir, John Locke, postuló en su famoso *Ensayo sobre el gobierno civil*, trad. de José Carner, México, 1941, pp. 79 y ss., la necesidad de dividir los poderes —en realidad las facultades de gobierno— para lograr el respeto de los derechos naturales de los súbditos.

9 Cfr. *Sources of our liberties*, cit., pp. 245-250, esp. p. 247.

10. *Ibid.*, p. 372.

11 *Ibid.*, p. 381.

12 Cfr. Karl Brent Swisher, *El desarrollo constitucional de los Estados Unidos*, trad. de Hugo Charny, Buenos Aires, tomo I, pp. 30-40. Este precepto dispone que el Congreso de los Estados Unidos "no podrá suspender el privilegio del *writ of habeas corpus* salvo en aquellos casos de rebelión, o invasión en que la seguridad pública lo requiera".

ordenadas por las autoridades administrativas dependientes de la Corona, como se ha señalado anteriormente, fue evolucionando la tutela hasta convertirse en un medio de impugnación que puede utilizarse actualmente para combatir también las detenciones ordenadas por las autoridades judiciales, cuando las mismas adolecen de defectos o irregularidades.¹³

12. Formalmente se considera como un medio de carácter colateral, es decir, no se interpone respecto de la autoridad que ordenó la privación de la libertad, sino que se dirige contra el custodio del detenido,¹⁴ y tratándose de la privación de la libertad dictada por autoridades judiciales, procede en principio y por regla general cuando el mandamiento ha sido dictado por juez incompetente, pero esto no impide que en algunas ocasiones pueda hacerse valer también respecto de juez competente.¹⁵

13. Sin embargo, como ocurre frecuentemente con instituciones tutelares, se llega a abusar de las mismas, desvirtuando su eficacia, ya que la jurisprudencia británica llegó a admitir que, en virtud de que las decisiones que negaban la protección no adquirirían la autoridad de cosa juzgada, una misma persona podía intentar sucesivamente varias demandas de *habeas corpus*, lo que se consideró indebido por un sector de la doctrina,¹⁶ lo que motivó que la Ley de Administración Judicial de 1960 (*Administration of Justice Act*), limite actualmente esa posibilidad para evitar su ejercicio abusivo, y además otorgó a los representantes de la Corona o a las guardianes del detenido, la facultad de apelar de la *Divisional Court* (de la *Queen's Bench Division*)¹⁷ directamente a la Cámara de los Lores (Tribunal Supremo de Inglaterra), en determinados casos,¹⁸ pero en tanto no se decide definitivamente el

¹³ Cfr. Harry Street, *Freedom, the individual and the law*, Middlesex, Inglaterra, 2a. ed., 1967, pp. 34-35; W. J. Mackenzie y Harry Street, *Grundfreiheiten im Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland* (Libertades fundamentales en el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte), en la obra mencionada *Die Grundrechte*, Berlín, 1967, tomo 2, pp. 823-824.

¹⁴ Cfr. Ammon Rubinstein, "Habeas corpus as a means of review", *The Modern Law Review*, Londres, mayo de 1964, pp. 323.

¹⁵ *Ibid.*, p. 331.

¹⁶ Cfr. D. M. Gordon, "The unruly writ of habeas corpus", *The Modern Law Review*, Londres, septiembre de 1963, pp. 520-521.

¹⁷ Sobre la complicada organización judicial inglesa, cfr. Henry J. Abraham, *The judicial process*, Nueva York, 1962, pp. 216-227; y especialmente por lo que se refiere a la materia penal, Miguel Pastor López, "El proceso penal inglés (Estudio comparativo de sus directrices fundamentales)" *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, 1967, tomo I, pp. 95-107.

¹⁸ Cfr. Harry Street, *Freedom, the individual and the law*, cit., p. 34.

recurso, el detenido puede disfrutar de la libertad obtenida por virtud del propio *habeas corpus*.¹⁹

III. TRANSFORMACIÓN DEL *Habeas Corpus* EN LOS ESTADOS UNIDOS

14. En el país del norte, el tradicional *habeas corpus* heredado de Inglaterra como un instrumento contra las detenciones arbitrarias ordenadas generalmente por autoridades administrativas, ha evolucionado hasta convertirse en un medio de impugnación —un recurso en sentido estricto— contra las resoluciones definitivas pronunciadas por los tribunales penales, abarcando aquellas que han adquirido la autoridad de cosa juzgada.

15. A este respecto la doctrina estadounidense ha advertido que el *habeas corpus* ante los tribunales federales ha venido a centralizar prácticamente la impartición de la justicia en material penal.²⁰

16. Esto no siempre fue así, si se toma en consideración que la Ley de Organización Judicial de 1789 (artículo 20, párrafo 14, fracción I), era muy imprecisa en cuanto al alcance del *habeas corpus* federal, por lo que la jurisprudencia de la Suprema Corte interpretó las disposiciones legales mencionadas en el sentido de que el citado instrumento protector no procedía contra resoluciones de tribunal competente, y este fue el criterio del ilustre John Marshall en el famoso asunto *Ex parte Watkins* (1832).²¹

17. En el año de 1873 se consideró que el *habeas corpus* federal podía utilizarse para revisar los errores sustantivos de los fallos judiciales (*Ex parte Lange*), y en 1879 (*Ex parte Siebold*) la Suprema Corte Federal expresó que era posible impugnar a través de este instrumento, las resoluciones apoyadas en una ley inconstitucional.²²

18. Pero el campo en el cual el *habeas corpus* federal ha realizado un progreso que puede estimarse sorprendente, es en el de la impugnación de las sentencias de los tribunales locales, hasta el extremo que ha provocado rozamientos entre éstos y los federales, de acuerdo con la evolución que se inició en el año de 1885.²³

¹⁹ Cfr. D. M. Gordon, *The unruly writ of habeas corpus*, cit., p. 521.

²⁰ Cfr. Michael Cole y Jeffrey Small, "State post-convict remedies and federal *habeas corpus*", *New York University Law Review*, Nueva York, enero de 1965, pp. 154-196.

²¹ *The Constitution of the United States of America*, ed. oficial, Washington, 1964, pp. 577-579; Edwards S. Corwin, *The Constitution and what it means today*, 12a. ed., Nueva York, 1964, p. 233.

²² Cfr. Paul M. Bator, "Finality in criminal law and federal *habeas corpus* for state prisoners", *Harvard Law Review*, Cambridge, Mass., enero de 1963, pp. 465-466; Edward S. Corwin, *op. ult. cit.*, pp. 185-186

²³ Cfr. Paul M. Bator, *Ibid.*, p. 466.

19. En los últimos veinticinco años se advierte una centralización creciente de los fallos en materia criminal, a través del *habeas corpus*, señalándose el caso de *Brown versus Allen*, resuelto en 1953,²⁴ como uno de aquellos que abrieron francamente la puerta a las instancias contra los fallos de los tribunales locales ante los de carácter federal, de manera que estos últimos han tutelado prácticamente todos los derechos fundamentales reconocidos en las enmiendas de la Constitución Federal, especialmente por conducto del concepto del debido proceso legal consagrado en la enmienda XIV de la propia carta fundamental.²⁵

20. En virtud de este desarrollo, el *habeas corpus* se ha transformado en una especie de *amparo en materia penal*, como lo sostiene agudamente el tratadista estadounidense J. A. C. Grant,²⁶ ya que puede utilizarse para impugnar las resoluciones de los tribunales locales en los supuestos defectos en la admisión de las pruebas; de la falta de imparcialidad en el proceso; o de confesiones arrancadas por medio de la violencia; debiendo destacarse las resoluciones pronunciadas por la Corte Suprema Federal, que ya se han vuelto clásicas, es decir las relativas a los casos *Escobedo versus Illinois* (1964)²⁷ y *Miranda versus Arizona* (1965),²⁸ en las que se estableció claramente el derecho de todo detenido, con apoyo en la enmienda V de la ley suprema, para no ser obligado a declarar contra sí mismo y a contar con la asistencia de un abogado, inclusive en el periodo de investigación preliminar ante la policía.²⁹

21. El liberal criterio de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos ha provocado un verdadero alud de peticiones de *habeas corpus* ante los tribunales federales, que ha preocupado a los funcionarios de la Secretaría de Justicia del país del norte, los cuales

²⁴ *Ibid.*, pp. 499-507; Edward S. Corwin, cit., pp. 156-272.

²⁵ *Cfr.* Walter A. Rafalko, "The indigent prisoner's new hope: the old writ of *habeas corpus* and the right to counsel", *North Dakota Law Review*, Grand Forks, Dakota del Norte, enero de 1966, pp. 183-184.

²⁶ *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes*, México, 1963, pp. 91-93; *id.*, *Our common law Constitution*, Boston, 1960, pp. 55-56.

²⁷ Sobre el caso Escobedo, *cfr.* Paul J. Mishkin, "The Supreme Court 1964 Term. Foreword: The High Court, the great writ and due process of time and law", comentario: "Developments in the law. Confession", ambos en *Harvard Law Review*, Cambridge, Mass., noviembre de 1965, pp. 95-102; y marzo de 1966, pp. 999-1024, respectivamente.

²⁸ En relación con el fallo dictado en el caso Miranda, *cfr.* Archibald Cox, "The Supreme Court 1965 Term. Foreword: Constitutional adjudication and the promotion of human rights", *Harvard Law Review*, Cambridge, Mass., noviembre de 1966, pp. 201-207.

²⁹ *Cfr.* Yale Kamisar, "A dissent from the Miranda dissents: some comments on the 'new fifth amendment' and the old 'voluntariness test'", *Michigan Law Review*, Ann Arbor, Michigan, noviembre de 1966, pp. 59-104.

están estudiando la posibilidad de limitar, a través de una reforma legal, la incontenible corriente de impugnaciones a través del *gran writ* contra las sentencias dictadas en materia penal por los tribunales locales.

22. Según las estadísticas, las peticiones de *habeas corpus* ante los citados tribunales federales se ha elevado de menos de dos mil en el año de 1961 hasta once mil en 1969, lo que implica un recargo y un peso muy considerable de la justicia federal y el consiguiente menoscabo de la autonomía de los tribunales de las entidades federativas.³⁰

Inclusive en la misma Suprema Corte se advierte una tendencia muy reciente para limitar los efectos de los fallos dictados en los citados casos de Miranda y Escobedo, especialmente el primero, pues en una resolución pronunciada en febrero de 1971, el Tribunal Supremo encabezado por Warren Burger —que sustituyó a Earl Warren como presidente de la Corte por 5 contra 4 votos— consideró que la declaración de un detenido ante la policía puede ser usada en su contra aun cuando no se le hubiere advertido que podía guardar silencio.³¹

IV. ALGUNOS ASPECTOS DEL *habeas corpus* EN LATINOAMÉRICA

23. Hemos señalado los elementos esenciales de la consagración y evolución del *habeas corpus* en Inglaterra y los Estados Unidos, que han servido de ejemplo a un buen número de ordenamientos para regular este instrumento protector de la libertad humana, y resulta ya un hecho conocido el que esta institución fue adoptada por una gran mayoría de los países que estuvieron bajo la dominación angloamericana, y particularmente los que forman o formaron parte de la comunidad británica.³²

24. También los países de Latinoamérica recibieron la influencia del *habeas corpus* angloamericano y lo introdujeron en sus cartas fundamentales en diversas etapas, durante el siglo anterior y los primeros años del presente, pero lo cierto es que en la actualidad lo encontramos consagrado expresa o implícitamente en casi todos, por no decir en la totalidad, de los propios ordenamientos constitucionales.³³

³⁰ Información aparecida en *Newsweek*, 10. de febrero de 1971, p. 13.

³¹ Información proporcionada por la revista *Time*, 8 de marzo de 1971, p. 26.

³² Sobre la influencia del constitucionalismo inglés en la comunidad británica y particularmente respecto del control judicial de los actos de autoridad, *cfr.* Edward McWhinney, "Constitutional law in Great Britain and the Commonwealth countries", en el volumen *Judicial Review*, 4a. ed., Toronto, 1969, pp. 3-30.

³³ *Cfr.* los datos que consigna el tratadista estadounidense Phanor J. Eder, sobre la introducción expresa del *habeas corpus* en los textos constitucionales latinoamericanos, "Habeas corpus disembodied. The Latin-American Experience", en el volumen *XXth. Century Essays in honor of Hessel E. Yntema*, Leyden, 1961, p. 473; también en Carlos

25. Si efectuamos un repaso rapidísimo de los textos de las leyes fundamentales respectivas, descubrimos el *habeas corpus* en Argentina, pues si bien el texto primitivo y ahora vigente de su Constitución nacional no lo establece de manera expresa —aun cuando se introdujo en la reforma de 1949 (artículo 29), derogada por el gobierno emanado de la revolución de 1955— sin embargo se le considera como una garantía implícita y se encuentra, además, regulado en una gran parte de las cartas provinciales.³⁴

26. Encontramos expresamente consagrado el *habeas corpus* en las cartas supremas en vigor, de los siguientes países latinoamericanos: Bolivia (artículo 18); Brasil (artículo 153, parágrafo 20, del texto reformado en 1969); Chile (artículo 16);³⁵ Costa Rica (artículo 58); Cuba (artículo 29 del texto modificado en 1959); Ecuador (artículo 28, fracción 18, inciso b); El Salvador (artículo 164); Guatemala (artículo 79); Honduras (artículo 58, fracción 2a); Nicaragua (artículo 41); Panamá (artículo 24); Perú (artículo 69); Puerto Rico (artículo 13); República Dominicana (artículo 8, inciso g); Uruguay (artículo 17); y Venezuela (disposición transitoria quinta).³⁶

27. En cuanto a México, no figura la garantía de la libertad personal con el nombre tradicional angloamericano de *habeas corpus*, en virtud de que se encuentra subsumida dentro del juicio de amparo, el cual comprende también la protección de la libertad individual contra detenciones arbitrarias y, en consecuencia, debemos considerarla comprendida dentro de los artículos 103 y 107 de la Constitución federal, que regulan el propio juicio de amparo.³⁷

Sánchez Viamonte, *El habeas corpus, garantía de libertad*, 2a. ed., Buenos Aires, 1956, pp. 85 y ss.

³⁴ Cfr. Segundo V. Linares Quintana, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, Buenos Aires, 1956, tomo V, p. 359.

³⁵ El constitucionalista chileno Carlos Estévez Gasmuri, *Elementos de derecho constitucional*, Santiago, 1949, pp. 143-144, se refiere a la institución calificándola de "amparo" o *habeas corpus* y en el mismo sentido Elena Caffarena de Jiles, *El recurso de amparo frente a los regímenes de emergencia*, Santiago, 1957, esp., pp. 152 y 187.

³⁶ La Constitución vigente de la República de Haití, promulgada en 1964, no es muy precisa en cuanto a la protección de la libertad personal contra detenciones arbitrarias, y el artículo 17 fija reglas para la detención, que son bastante amplias pero sin establecer claramente un medio de tutela similar a la exhibición personal, sino más bien, de acuerdo con la tradición francesa, parece seguir el principio de la responsabilidad penal y civil del funcionario que infrinja las reglas que deben seguirse para la detención de las personas, pues la parte final de dicho precepto establece: "Todas las violaciones a esta disposición son actos arbitrarios contra los cuales las partes lesionadas pueden sin autorización, apelar a los tribunales, sea a los autores, sea a los ejecutantes, cualesquiera que sean las cualidades o cuerpo al cual pertenezcan".

³⁷ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *La protección procesal de las garantías individuales en América Latina*, cit., p. 78.

28. La inclusión de la exhibición personal o *habeas corpus* dentro del amparo mexicano la descubrimos con toda claridad en lo dispuesto por el artículo 17 de la Ley Reglamentaria del citado juicio de amparo, que señala reglas muy liberales y flexibles para la interposición de este instrumento procesal cuando funciona como medio protector de la libertad personal, estableciendo claramente que el juez del amparo debe dictar todas las medidas necesarias para lograr la *comparecencia* del agraviado, cuando estuviese impedido para solicitar personalmente la garantía, que puede pedir cualquiera otra persona en su nombre.³⁸

29. Una rápida revista a los lineamientos generales del *habeas corpus* —o también exhibición personal o amparo de la libertad personal como se le califica en algunos ordenamientos— nos ha llevado al convencimiento de que está estructurado en los países latinoamericanos de acuerdo con características similares a la institución angloamericana que les sirvió de modelo, ya que puede considerarse como una garantía específica para proteger el derecho constitucional de la libertad individual establecido en las cartas fundamentales de los propios países hermanos del continente, y se utiliza esencialmente para impugnar las detenciones arbitrarias o ilegales, en particular respecto de las practicadas por las autoridades administrativas, que desafortunadamente y con demasiada frecuencia infringen la previsión común de todas estas leyes fundamentales que exigen un mandato judicial, salvo en las situaciones de emergencia, para la detención de los gobernados; el procedimiento debe ser rápido y preferente a cualquier otro de carácter común; el juez debe procurar la inmediata comparecencia del detenido para examinar los motivos de la privación de la libertad; el procedimiento puede ser iniciado por cualquier persona a nombre del afectado; la resolución que ordena la libertad debe ser obedecida inmediatamente y los infractores castigados con penas muy severas.³⁹

³⁸ El citado artículo 17 dispone: "Cuando se trate de actos que importen 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 constitucional (prohibición de penas infamantes y trascendentales, limitación de la pena de muerte, etc.) y el agraviado se encuentra imposibilitado para promover el amparo, podrá hacerlo cualquier persona en su nombre, aunque sea menor de edad o mujer casada. En este caso, *el juez dictará todas las medidas necesarias para lograr la comparecencia del agraviado*, y habido que sea, ordenará que se le requiera para que dentro del término de tres días ratifique la demanda de amparo; si el interesado la ratifica, se tramitará el juicio; si no la ratifica, se tendrá por no presentada la demanda, quedando sin efecto las providencias que se hubieren dictado. "A este sector del amparo lo hemos calificado, por su similitud con el *habeas corpus*, como 'amparo-libertad'", *cfr.* Héctor Fix-Zamudio, *El juicio de amparo*, México, 1964, pp. 243 y ss.

³⁹ *Cfr.* Héctor Fix-Zamudio, *La protección procesal de las garantías individuales en América Latina*, cit., p. 80.

30. Por otra parte, debemos hacer mención que en varias ocasiones el *habeas corpus* se ha hipertrofiado para utilizarlo, a falta de un instrumento específico, para la tutela de todos los derechos fundamentales de la persona humana consagrados constitucionalmente, lo que refuerza nuestra convicción de la necesidad de instrumentos adecuados a la protección procesal de todos los derechos humanos, como se advierte tratándose del amparo y del mandamiento de seguridad, que subsisten al lado del propio *habeas corpus*, según lo podremos verificar en las páginas siguientes.

31. A este respecto podemos señalar los casos de Argentina, Bolivia, Brasil y Perú, que describimos en seguida:

32. a) 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 derechos de carácter patrimonial, y en esta dirección destaca la corriente doctrinal del tratadista Carlos Sánchez Viamonte.⁴⁰

33. 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 tutela de todos los derechos fundamentales de la persona humana, excluyendo los patrimoniales, como lo demuestran los artículos 16 de la Constitución de la Provincia del Chaco, de 7 de diciembre de 1957,⁴¹ y 44 de la Constitución de la Provincia del Neuquén, de 28 de noviembre del mismo año,⁴² e inclusive se llega a duplicar el

⁴⁰ El *habeas corpus*. *Garantía de libertad*, cit.; José Faustino d'Hers, "Visión integral del amparo en el *habeas corpus* de Sánchez Viamonte", *La Ley*, Buenos Aires, 7 de abril de 1966, pp. 1-6.

⁴¹ Cfr. Segundo V. Linares Quintana, *Derecho constitucional de las nuevas provincias*, Buenos Aires, 1962, p. 97. Precepto que en su parte conducente establece: "Toda persona detenida sin orden emanada en legal forma de autoridad competente, por juez incompetente o por cualquier autoridad o individuo, o a quien arbitrariamente se le negare, privare, restringiere o amenazare en su libertad o en el ejercicio de sus derechos individuales, con excepción de los patrimoniales, podrá por sí o por tercero en su nombre, sin necesidad de mandato, valiéndose de cualquier medio de comunicación y a cualquier hora, promover acción de *habeas corpus* ante un juez letrado inmediato, sin distinción de fueros ni de instancias, y aunque formare parte de un tribunal colegiado, a fin de obtener que ordene su libertad, o que lo someta a juez competente, o que haga cesar inmediatamente la supresión, privación, restricción o amenaza de su libertad o del ejercicio de sus derechos individuales..."

⁴² De acuerdo con esta disposición: "La acción de *habeas corpus* procede en todos los casos de privación, restricción o amenaza de impedir o restringir a las personas las inviolabilidades que forman la seguridad o el ejercicio de alguno de sus derechos individuales,

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 del referido año de 1957, preceptos que deben ser coordinados para no contradecirse,⁴³ pues en las otras dos cartas locales mencionadas el *habeas corpus* se ha hipertrofiado en ausencia del juicio de amparo.

34. b) Tanto la doctrina como la jurisprudencia bolivianas realizaron el intento de aplicar extensivamente el *habeas corpus* regulado por el artículo 8º de las constituciones de 1945 y 1947, respecto de todos los derechos fundamentales de la persona humana consagrados en las mismas cartas fundamentales;⁴⁴ y posteriormente, la Comisión Codificadora propuso la introducción de un capítulo especial en el Código de Procedimientos Penales (artículos 725 y siguientes), con objeto de regular el juicio de amparo y complementar el *habeas corpus* regulado por dicho Código,⁴⁵ culminando esta evolución con el establecimiento del amparo y del *habeas corpus* como instrumentos independientes, en los artículos 19 y 18, respectivamente, de la carta fundamental vigente, de 2 de febrero de 1967.⁴⁶

35. c) Esta situación también la podemos descubrir 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 primitivo del artículo 72, parágrafo 22, de la Constitución de febrero de 1881 (antes

con exclusión de los patrimoniales. El juez de *habeas corpus* ejerce su potestad jurisdiccional por sobre todo otro poder o autoridad pública. La acción de *habeas corpus* puede entablarse sin ninguna de las formalidades procesales. Basta que se haga llegar ante el juez escogido los datos indispensables". Segundo V. Linares Quintana, *ibid.*, p. 230.

⁴³ El citado artículo 14 de la Constitución de Formosa es idéntico al 16 de la carta del Chaco, transcrito en su parte relativa en la nota 41, y por su parte, el artículo 20 de la primera ley fundamental dispone: "Procederá el recurso de amparo contra cualquier persona o autoridad que ilegalmente impidiere, dificultare, restringiere o pusiere en peligro inminente el ejercicio de los siguientes derechos: entrar, permanecer, transitar o salir del territorio de la provincia, reunirse pacíficamente, opinar, profesar su culto, ejercer sus derechos políticos de prensa, de trabajar, y de enseñar y de aprender. El procedimiento será establecido por la ley y mientras no fuere sancionada podrá el juez arbitrar y abreviar trámites y términos para el inmediato restablecimiento del ejercicio legítimo del derecho afectado. Este recurso no obstará al ejercicio de otras acciones legales que correspondan". Cfr. Segundo V. Linares Quintana, *ibid.*, pp. 163-164.

⁴⁴ 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*", *Revista de Estudios Jurídicos, Políticos y Sociales*, Sucre, Bolivia, mayo de 1950 pp. 155-194.

⁴⁵ Cfr. Enrique Oblitas Poblete, *Recurso de amparo*, La Paz, 1967, pp. 60-70.

⁴⁶ Cfr. Oblitas Poblete, *ibid.*, pp. 110-129, el cual transcribe algunas de las primeras resoluciones dictadas por los tribunales bolivianos en los juicios de amparo interpuestos con apoyo en el precepto constitucional respectivo.

de 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,⁴⁷ criterio que se señala como un antecedente del mandamiento de seguridad.

36. d) Debido a que la legislación peruana no ha llegado a introducir la institución del juicio de amparo, se advierte la necesidad de un instrumento similar, y por ello se ha utilizado el *habeas corpus* como medio protector no sólo de la libertad física, es decir, en su sentido tradicional, sino también de todos los derechos humanos establecidos por la ley suprema, con exclusión de los de carácter político.

37. En efecto, tanto la doctrina como la jurisprudencia han sostenido que, con apoyo en el artículo 69 de la carta fundamental,⁴⁸ y no obstante que algunas disposiciones de carácter secundario pretenden limitarlo —especialmente del Código de Procedimientos Penales— el *habeas corpus* procede contra cualquier acto de autoridad que limite o afecte los derechos individuales y sociales de la persona humana consagrados constitucionalmente y así lo ha establecido en varias resoluciones la Corte Suprema de Justicia del Perú.⁴⁹

V. LA REVISIÓN JUDICIAL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES

38. La doctrina ha señalado la paradoja de que no obstante que en Inglaterra hasta la fecha no se ha reconocido la facultad de los tribunales para conocer de las cuestiones de inconstitucionalidad de las leyes, debido al principio de la supremacía del Parlamento, sin embargo, la revisión judicial que actualmente existe en numerosos países del mundo tuvo su origen en las colonias británicas precisamente debido al control que ejercía el Consejo Privado de la Corona sobre los fallos de los

⁴⁷ 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 na prática judiciária*, 3a. ed., Río de Janeiro, 1968, pp. 19-35; J. M. Othon Sidou, *Do mandado de segurança*, 3a. ed., São Paulo, 1969, pp. 50-61; Themistocles Brandão Cavalcanti, *Do mandado de segurança*, 4a. ed., Río-São Paulo, 1957, pp. 50 y ss.

⁴⁸ Dicho precepto fundamental dispone: "Todos los derechos individuales y sociales reconocidos por la Constitución, dan lugar a la acción de *habeas corpus*".

⁴⁹ Cfr. Ricardo Bustamante Cisneros, "Constitución y *habeas corpus*"; "Habeas corpus y acción popular", ambos en *Revista del Foro*, Lima, enero-agosto, y enero-junio de 1960, pp. 4-35, y 8-41, respectivamente; H. H. Cooper, "Apuntes críticos sobre el *habeas corpus* en el Perú", *Anuario de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Derecho*, núm. 28, Lima, 1970, pp. 4-10.

tribunales coloniales,⁵⁰ control que todavía subsiste respecto de varios miembros de la comunidad británica, aun cuando va desapareciendo paulatinamente.⁵¹

39. Pero además de este control sobre los tribunales coloniales, influyó en el establecimiento de la revisión judicial, la doctrina del famoso magistrado inglés lord Eduard Coke, contenida en el clásico asunto del *Dr. Bonham*, resuelto en el año de 1610, y si bien no tuvo aceptación en la propia Inglaterra, debido precisamente al principio de la supremacía absoluta del Parlamento, fue acogida por los jueces coloniales norteamericanos, señalándose que ya en el año de 1657 los tribunales de Boston estimaron en forma clara que de acuerdo con la tesis sustentada en el citado caso *Bonham*, tenían facultad para invalidar una ley local.

40. Uno de los argumentos que se esgrimieron posteriormente para considerar la nulidad de la famosa Ley de Estampillas de 1765, fue precisamente su contradicción a la carta magna y a los derechos naturales de los ingleses, según el antecedente judicial de lord Coke, principio que, por otra parte, fue consagrado, así sea en forma imprecisa, en el artículo III de la Constitución de los Estados Unidos de 1787, y desde entonces proclamado por los tribunales y la doctrina como una de las bases fundamentales de la revisión judicial.⁵²

41. Ya desde los debates del Congreso Constituyente de Filadelfia se señaló, de acuerdo con la tradición colonial mencionada, la facultad de los tribunales para conocer las cuestiones de constitucionalidad de las leyes,⁵³ pero se consolidó por la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal, particularmente a través del criterio sustentado por el ilustre presidente de la propia Corte, John Marshall, en el clásico asunto *Marbury versus Madison* resuelto en el año de 1803,⁵⁴ y a partir de entonces se desarrolló ampliamente este principio de la facultad de los jueces de cualquier jerarquía para conocer y decidir de manera

⁵⁰ Cfr. Mauro Cappelletti, *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, cit., pp. 27-33.

⁵¹ Cfr. Edward McWhinney, "The Privy Council as final appellate tribunal for the overseas empire", *Judicial Review*, cit., pp. 49-60.

⁵² Cfr. George P. Smith, II, "Dr. Bonham's case and the modern significance of Lord Coke's influence". *University of Washington Law Review*, Seattle, Washington, abril de 1966, pp. 297-314.

⁵³ Alexander Hamilton señalaba en sus artículos sobre la Constitución federal, que el deber de los tribunales de justicia era declarar nulos todos los actos contrarios al sentido evidente de la carta fundamental, *El Federalista*, trad. de Gustavo R. Velasco, México, 1957, pp. 331-343.

⁵⁴ Una traducción castellana de esta clásica sentencia judicial puede consultarse en *Revista Mexicana de Derecho Público*, México, enero-marzo de 1947, pp. 317-343.

incidental las cuestiones de inconstitucionalidad de las leyes aplicables a los casos concretos sometidos a su conocimiento.

42. En realidad, la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, considerada por el tratadista estadounidense J. A. C. Grant como una aportación de América a la ciencia política universal,⁵⁵ no constituye un instrumento procesal determinado sino exclusivamente un principio que sirve de apoyo para plantear la inconstitucionalidad de las disposiciones legales aplicables en un caso concreto y que al resolverse por los jueces ordinarios puede llevarse inclusive ante el tribunal supremo, a través de los medios ordinarios de impugnación aun cuando en algunos países se hubiese elaborado un instrumento particular con ese objeto, y en este sentido podemos señalar el llamado "recurso extraordinario" regulado por las cartas federales de Argentina⁵⁶ y Brasil.⁵⁷

43. Pero este principio de la revisión judicial ha permitido plantear numerosos aspectos de inconstitucionalidad de las leyes que afectan los derechos humanos consagrados en las leyes supremas de los países influidos por el derecho angloamericano, particularmente en aquellos vinculados con la comunidad británica,⁵⁸ excluyendo a la misma Inglaterra, Nueva Zelanda, Israel y Sudáfrica.

44. Con excepción de la República Sudafricana, los restantes países no consignan la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, debido a que conservan el principio de la supremacía del Parlamento y una organización constitucional parcialmente escrita y en su mayor parte consuetudinaria, pero no por ello carecen de un sistema de protección judicial de los derechos fundamentales, muchos de ellos consignados en disposiciones legales secundarias e inclusive de carácter consuetudinario,⁵⁹ y esta protección a través de los instrumentos ordinarios es bastante efectiva como lo han puesto de relieve la doctrina

⁵⁵ *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes...*, cit., pp. 29-47.

⁵⁶ Este instrumento procesal está regulado por el artículo 100 de la Constitución nacional y la ley número 48 de 14 de septiembre de 1863, con reformas posteriores. Cfr. Rafael Bielsa, *La protección constitucional y el recurso extraordinario. Jurisdicción de la Corte Suprema*, 2a. ed., Buenos Aires, 1966; Esteban Imaz y Ricardo E. Rey, *El recurso extraordinario*, 2a. ed., actualizada por Ricardo E. Rey y Lino Enrique Palacio, Buenos Aires, 1962.

⁵⁷ Este medio de impugnación está previsto por el artículo 119, fracción III, incisos a), b) y c), de la Constitución de 1967, reformada en 1969; cfr. José Federico Marques, *Instituições de Direito Processual Civil*, Río de Janeiro, 1960, vol. IV, pp. 321-355; Alfredo de Araujo, Lopes da Costa, *Direito Processual Civil Brasileiro*, 2a. ed., Río de Janeiro, 1959, pp. 403-421; autores que se refieren a la regulación de la Constitución de 1946, pero cuyos conceptos resultan aplicables a la carta vigente.

⁵⁸ Cfr. Edward McWhinney, "Constitutional Review in the Commonwealth", en el volumen *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, cit., pp. 75-88; *id.*, *Constitutional Law in Great Britain and the Commonwealth countries*, cit., pp. 3-30.

⁵⁹ Cfr. Walter Raeburn, "El recurso efectivo y el juicio imparcial en el derecho con-

y la jurisprudencia de Inglaterra,⁶⁰ Nueva Zelanda⁶¹ e Israel,⁶² aun cuando no deja de tener sus desventajas en cuanto a su complejidad y onerosidad procesales.⁶³

45. La situación de la República Sudafricana es muy significativa por lo que se refiere a la revisión judicial como instrumento tutelar de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, ya que mientras perteneció a la comunidad británica, según su ley suprema de 20 de septiembre de 1909, artículos 95 y siguientes, la Suprema Corte poseía la facultad de decidir de manera definitiva sobre las cuestiones relativas a la constitucionalidad de las leyes.⁶⁴

46. Pero una vez que Sudáfrica se separó de la citada comunidad y se organizó de manera totalmente independiente, la carta constitucional de 31 de mayo de 1961 prohibió en su artículo 59 a los tribunales pronunciarse sobre las leyes expedidas por el Parlamento, con las únicas excepciones de que dichas leyes pretendan abrogar o modificar las disposiciones constitucionales relativas a los idiomas oficiales, o al procedimiento dificultado de reforma de la propia ley fundamental.

47. La razón de esta reforma desfavorable a la revisión judicial, que ya poseía una tradición en el derecho constitucional sudafricano con antelación a 1961, se debió a la actitud de la Corte Suprema, que durante los últimos años anteriores a la separación de la comunidad se opuso valerosamente a la política de discriminación racial del gobierno, conocida con el nombre de *apartheid*.⁶⁵

48. Otro ejemplo que nos puede ilustrar sobre el valor de la revisión judicial angloamericana para la protección de derechos humanos nos lo proporciona el Canadá, cuya Constitución de 1867 carece de una declaración de derechos, pero que en agosto de 1960 el Parlamento

suetudinario (common law)", *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Ginebra, junio de 1968, pp. 23-38.

⁶⁰ Cfr. Harry Street, *Freedom, the individual and the law*, cit., pp. 12 y ss.; W. J. Mackenzie y Harry Street, *Grundfreiheiten im Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland*, cit., pp. 823-835.

⁶¹ Cfr. Thaddeus McCarthy y P. A. Cornford, "El sistema judicial en Nueva Zelanda", *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Ginebra, junio de 1968, pp. 84-98.

⁶² Cfr. Eliahu Likhouski, "The courts and the legislative supremacy of the Knesset (Parlamento)", *Israel Law Review*, Jerusalem, julio de 1968, pp. 345-367.

⁶³ Cfr. Walter Raeburn, *El recurso efectivo y el juicio imparcial en el derecho consuetudinario*, cit., pp. 29-32.

⁶⁴ El texto de esta carta de 1909 puede consultarse en la compilación de Amos J. Peasle, *Constitutions of Nations*, 2a. ed., La Haya, 1956, vol. III, pp. 460 y ss.

⁶⁵ Edward McWhinney, "Law politics and the limits of the judicial process Court against legislature in the Union of Sudafrica", *Judicial Review*, cit., pp. 190-199; Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, cit., p. 325; D. G. Lavroff y G. Peiser, *Les Constitutions Africaines*, París, 1964, tomo II, pp. 61-62.

canadiense expidió la "Ley de Reconocimiento y Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales" (*Act of recognition and protection of human rights and fundamental freedoms*).

49. Aun cuando esta declaración —que fue precedida por la de la provincia de Saskatchewan promulgada en el año de 1947— no puede considerarse como una verdadera ley constitucional, contiene una disposición que coloca a la misma, al menos en cierto sentido, en una situación de privilegio respecto de las leyes ordinarias, ya que todo ordenamiento legal debe ser expedido y aplicado de manera que no viole, afecte o infrinja las libertades establecidas en la citada declaración, a menos que el Parlamento declare expresamente que ese ordenamiento debe subsistir, no obstante que afecte algún aspecto de la repetida declaración;⁶⁶ pudiendo señalarse que la Suprema Corte del Canadá —que se independizó definitivamente del Consejo Privado de la Corona inglesa en el año de 1949— ha declarado la inconstitucionalidad de algunas leyes ordinarias por considerarlas contradictorias con la citada Declaración de 1960.⁶⁷

50. Por lo que se refiere a América Latina, fue México el primer país en introducir la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes en la Constitución del Estado de Yucatán de 1841, debida a la inspiración de Manuel Crescencio Rejón, y a través del juicio de amparo;⁶⁸ sistema que ha llegado hasta nuestros días, pasando por el artículo 25 del Acta de Reformas de 1847, debido a Mariano Otero, el segundo padre del amparo;⁶⁹ los artículos 101 y 102 de la Constitución de 5 de febrero de 1857,⁷⁰ y 103 y 107 de nuestra ley suprema vigente de 5 de febrero de 1917;⁷¹ y que la impugnación de las leyes constitucio-

⁶⁶ Cfr. Andrew D. Weinberger, *Freedom and Protection, The Bill of Rights*, San Francisco, 1962, pp. 11, 161-162; el texto íntegro de esta declaración de derechos puede consultarse en el libro de Bora Laskin, *Canadian Constitutional Law*, 2a. ed., Toronto, 1960, pp. 1043-1046; *id.*, "Canada's Bill of Rights: a dilemma for the Courts", *The International and Comparative Law Quarterly*, Londres, abril de 1962, pp. 519-536.

⁶⁷ Puede consultarse un caso importante, el de *H. M. the Queen versus Joseph Drybones*, resuelto por la Suprema Corte del Canadá el 20 de noviembre de 1969, en una situación de discriminación racial, en L. G. Weermantry, "Algunos fallos de importancia en materia del imperio del derecho y de la libertad de la persona", *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Ginebra, marzo de 1970, pp. 49-50.

⁶⁸ Cfr. Phanor J. Eder, "Judicial Review in Latin America", *Ohio Law Journal*, otoño de 1960, pp. 570-571; Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Homenaje a don Manuel Crescencio Rejón*, México, 1960, pp. 111-112.

⁶⁹ Cfr. Manuel Herrera y Lasso, "Los constructores del amparo", *Revista Mexicana de Derecho Público*, México, 1967, pp. 369-378.

⁷⁰ Cfr. Ignacio Burgoa, *El juicio de amparo*, cit., pp. 144 y ss.; Ignacio L. Vallarta, *El juicio de amparo y el writ of habeas corpus*, cit., pp. 31 y ss.

⁷¹ Cfr. Ignacio Burgoa, *ibid.*, pp. 120-132; Felipe Tena Ramírez, *Derecho constitucional mexicano*, 8a. ed., México, 1967, pp. 464-492.

nales se realiza en el ordenamiento mexicano por medio del juicio de amparo, que debido a esta función ha recibido el nombre de "amparo contra leyes".⁷²

51. Todos los restantes países latinoamericanos han acogido expresamente el principio de la revisión judicial, inclusive a través de medios de impugnación particularizados como Argentina y Brasil, según lo expresamos anteriormente, y sólo podemos señalar como excepciones a las leyes fundamentales de Perú y Ecuador, que todavía consignan el criterio de que corresponde al órgano legislativo la declaración final sobre la constitucionalidad de las leyes.⁷³

52. Sin embargo, aun en estos dos países se está abriendo paso la revisión judicial cada vez con mayor fuerza, pudiendo señalarse que debido a que la doctrina peruana había venido pugando por la citada revisión judicial,⁷⁴ el artículo 8o. de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 25 de julio de 1963 consagró finalmente esta institución.⁷⁵

53. Por lo que se refiere a Ecuador, los artículos 76 y 205, inciso 4o. de las cartas fundamentales de 1946 y 1967, respectivamente, atribuyeron a la Corte Suprema de Justicia la facultad limitada de suspender la aplicación de las disposiciones legales que estime contrarias

⁷² Cfr. Mariano Azuela, "Aportación al estudio del amparo contra leyes", *Revista Jurídica Veracruzana*, Jalapa, marzo de 1957, pp. 7-43; Héctor Fix-Zamudio, *El juicio de amparo*, cit., pp. 167-194.

⁷³ En efecto, el artículo 123, inciso 4o. de la carta fundamental peruana de 1933, todavía en vigor con algunas reformas, establece categóricamente: "Son atribuciones del Congreso... 4o. Examinar las infracciones de la Constitución y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores"; en cuanto al Ecuador, el artículo 189, de su Constitución de 1946, reformada en 1948, otorgó al Congreso la decisión final en las cuestiones relativas a la constitucionalidad de las leyes y de los actos de autoridad, precepto que corresponde esencialmente al artículo 257 de la carta fundamental vigente, promulgada en 1967.

⁷⁴ Cfr. M. Antonio Zárate Polo, "La protección judicial de constitucionalidad" (tercera parte), *Revista de Jurisprudencia Peruana*, núm. 161, junio de 1957, pp. 626 y ss.

⁷⁵ Dicho precepto establece: "Cuando los jueces o tribunales, al conocer de cualquier clase de juicios encuentren que hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirán la primera. Si no fueren apelables las sentencias de primera instancia en que se aplique este precepto, se elevarán en consulta a la Primera Sala de la Corte Suprema. Las sentencias de segunda instancia, se elevarán en consulta a la Primera Sala de la Corte Suprema, si no se interpusiere recurso de nulidad. Los jueces y tribunales no aplicarán los decretos y reglamentos del Poder Ejecutivo o de cualquier otra autoridad, contrarios a la Constitución o a las leyes". Cfr. Phanor J. Eder, "Judicial Review in Latin America", cit., p. 606; José Pareja Díaz Soldán, *Las constituciones del Perú*, Madrid, 1954, p. 327; sobre el particular conviene aclarar que acaso la fuente del precepto transcrito sea el artículo 7, número 1o. de la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial española, de 15 de septiembre de 1870, de acuerdo con el cual: "No podrán los jueces, magistrados y tribunales: 1o. Aplicar los reglamentos generales, provinciales o locales, ni otras disposiciones de cualquier clase que sean, que estén en desacuerdo con las leyes".

a la propia ley fundamental, aun cuando corresponde al Congreso, según se ha dicho, la facultad de decidir en definitiva sobre la citada institucionalidad.⁷⁶

VI. Los *writs* DE *injunction* Y *mandamus*

54. En el derecho inglés se establecieron una serie de remedios procesales calificados de "extraordinarios", en el sentido de que constituyeron una protección especial que se apartaba de la ordinaria del *common law*,⁷⁷ y entre ellos se mencionan tanto los *writs* de *injunction* y *mandamus*, como los de *quo warranto*, *prohibition*, *certiorari*, etcétera, que conjuntamente con el más importante de ellos desde el punto de vista de la tutela de los derechos humanos, es decir, el de *habeas corpus*, se aplicaron en la época colonial y posteriormente en el derecho estadounidense, habiendo sido objeto de regulación legislativa tanto en el campo local como federal.

55. Aun cuando estos instrumentos procesales no pueden considerarse como remedios específicos tutelares de los derechos humanos, con frecuencia se han utilizado en los países de origen, es decir, Inglaterra y los Estados Unidos, como medios para lograr estos fines, aun cuando a través de los mismos se pueden hacer valer también derechos de carácter ordinario de muy diversa índole.⁷⁸

56. Sin embargo podemos destacar la influencia que los citados instrumentos angloamericanos han ejercido, especialmente los referidos de *injunction* y *mandamus* en los ordenamientos de otros países, tanto de los pertenecientes a la comunidad británica como los de Latinoamérica, transformándose en remedios procesales específicos para la tutela de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

57. a) En primer término podemos señalar que los artículos 32 y 246 de la Constitución de la República de la India, promulgada el 26 de noviembre de 1949 y que entró en vigor el 26 de enero de 1950, confieren a la Suprema Corte federal y a los tribunales superiores (*High Courts*) de las entidades federativas, la facultad para conocer y resolver sobre *procedimientos específicos* para la tutela de los derechos humanos consagrados por la misma carta fundamental, contra todo acto o

⁷⁶ Cfr. Ramiro de Borja y Borja, *Las constituciones del Ecuador*, Madrid, 1951, p. CLXVI.

⁷⁷ Cfr. Richard B. Allen, "Mandamus, quo warranto, prohibition and ne exeat", *The University of Illinois Law Forum*, Urbana, Illinois, primavera de 1960, p. 102.

⁷⁸ *Ibid.*, pp. 108 y ss.

ley que los afecten, señalándose concretamente entre ellos los *writs de habeas corpus, mandamus, prohibition, quo warranto* y *certiorari*.⁷⁹

58. b) El artículo 25 de la Constitución birmana, expedida en 1947, consigna un principio similar al de los preceptos mencionados de la carta fundamental de la India, en cuanto atribuye a la Corte Suprema federal, la facultad de conocer de procedimientos particulares para tutelar los derechos fundamentales consignados por la misma ley suprema, comprendiéndose entre los mismos a los citados *writs de habeas corpus, mandamus, prohibition, quo warranto* y *certiorari*.⁸⁰

59. c) Pero de todos estos remedios, han sido los de *injunction* y *mandamus* los que han tenido una influencia más apreciable en los ordenamientos latinoamericanos, ya que el primero, mucho más complejo de como se le considera por los que no se encuentran compenetrados con el derecho angloamericano,⁸¹ tiene su mayor aplicación como procedimiento para obtener una orden de abstención, provisional o definitiva, que ha sido muy útil como instrumento preventivo para impedir la realización de actos que pueden lesionar derechos fundamentales; en tanto que el *mandamus* implica la posibilidad de obtener un mandato judicial, para obligar, generalmente a una autoridad, para que cumpla con una obligación establecida claramente en la ley.⁸²

60. Un sector de la doctrina mexicana ha encontrado similitud entre estos dos remedios procesales y algunos de los mencionados anteriormente, con el juicio de amparo,⁸³ ya que, en efecto, podemos descubrir algunos elementos comunes, en cuanto a los efectos de los propios remedios —totalmente distintos en su estructura— con los efectos de la sentencia de amparo, en los términos del artículo 80 de la Ley de Amparo, que pueden traducirse en el mandato para que una autoridad se abstenga de realizar un acto violatorio o bien en la orden para que realice una obligación constitucional o legal,⁸⁴ y también por lo que se refiere a la suspensión del acto reclamado como medida pre-

⁷⁹ Cfr. H. M. Seervai, *Constitutional Law of India*, cit., pp. 577 y ss.; Allan Gledhill, *The Republic of India*, 2a. reimpression, Londres, 1954, pp. 135 y ss.

⁸⁰ Henry Puget, *Les Constitutions d'Asie et d'Australasie*, París, 1965, pp. 69 y ss.

⁸¹ Cfr. Earl Jowit, *The Dictionary of English Law*, Londres, 1959, vol. 2, p. 972.

⁸² Cfr. Richard B. Allen, *Mandamus, quo warranto, prohibition and ne exeat*, cit., pp. 102-105; H. M. Seervai, *Constitutional Law of India*, cit., pp. 588-593.

⁸³ Cfr. Óscar Rabasa, "Diferencias entre el juicio de amparo y los recursos constitucionales norteamericanos", *Revista Mexicana de Derecho Público*, México, 1947, pp. 385-405; *id.*, *El derecho angloamericano*, México, 1944, pp. 640 y ss.; Maurice Minchem, *Comparación general de las Constituciones de México y los Estados Unidos del Norte*, México, 1923, pp. 156-174; Ignacio Burgoa, *El juicio de amparo*, cit., pp. 73-79.

⁸⁴ Sobre los efectos de la sentencia de amparo, cfr. Ignacio Burgoa, *El juicio de amparo*, cit., pp. 553-545; Octavio A. Hernández, *Curso de amparo. Instituciones fundamentales*, México, 1966, pp. 285-300.

cautoria, que en cierto sentido puede parangonarse con el procedimiento o mandato de *injunctio* preventivo.⁸⁵

61. Sin embargo, no existe indicio firme de que los mencionados *writs* hubiesen influido en la creación o en la evolución del propio juicio de amparo, puesto que se inspiró esencialmente en la revisión judicial en su aspecto genérico, según expresamos con anterioridad.

VII. SU INFLUENCIA EN LOS MANDAMIENTOS DE EJECUCIÓN Y PROHIBICIÓN DEL DERECHO ARGENTINO

62. Descubrimos una influencia decisiva de los mencionados *writs* de *injunctio* y *mandamus*, en los ordenamientos procesales de las provincias argentinas, que los han traducido como *mandamientos de ejecución y prohibición*.

63. En efecto, inclusive de manera expresa, el Código de Procedimientos Civiles de la provincia de Santiago del Estero, promulgado en 1944, al reglamentar el recurso de amparo establecido por el artículo 22 de la carta fundamental de la misma provincia, de 2 de junio de 1939, hacía referencia a los procedimientos de *injunctio* y *mandamus*, en su artículo 673, poniendo entre paréntesis los nombres castellanos de *mandamientos de prohibición y ejecución*.⁸⁶

64. Resulta discutible la traducción de *mandamus* por *ejecución*, que no corresponde estrictamente al sentido de la palabra castellana; sería preferible, por tanto, utilizar los vocablos intimación, conminación o requerimiento.⁸⁷

65. Por otra parte, estos mandamientos de ejecución y prohibición asumen tres direcciones en el derecho provincial argentino, en cuanto a su regulación como instrumentos procesales para tutelar los derechos fundamentales:

66. a) En primer término, en algunos de los citados ordenamientos se consignan como remedios procesales independientes del recurso o acción de amparo, realizando entonces una función paralela a la de este último instrumento tutelar.

⁸⁵ Respecto a la *suspensión* en el juicio de amparo, Ricardo Couto, *Tratado teórico-práctico de la suspensión en el amparo*, 2a. ed., México, 1957, pp. 43 y ss.; Ignacio Soto Gordo y Gilberto Liévana Palma, *La suspensión del acto reclamado en el juicio de amparo*, México, 1959, pp. 37 y ss.; Ignacio Burgoa, *op. ult. cit.*, pp. 677-688.

⁸⁶ Cfr. J. Ramiro Podetti, *Tratado de los recursos*, Buenos Aires, 1958, p. 47; Antonio Castiglione, "Recurso civil de amparo", *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 1946, vol. II, pp. 48-58.

⁸⁷ Cfr. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, reseña a la traducción española del libro de Piero Calamandrei, *El procedimiento minoritario*, traducción efectuada por Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1946. Esta reseña aparece en la *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, núms. 35-36, México, julio-diciembre de 1947, pp. 369-370.

67. En este sentido, el artículo 22 de la Constitución de la Provincia del Chaco de 7 de diciembre de 1957, consagra expresamente los mandamientos de ejecución y prohibición, otorgando los primeros en beneficio de la persona que sufiere perjuicio material, moral o de cualquier naturaleza, por el incumplimiento de un deber expresamente determinado que una ley u ordenanza impusiere a un funcionario o entidad pública; en tanto que los de prohibición se establecen cuando las propias autoridades ejecuten actos prohibidos por leyes u ordenanzas.⁸⁸

68. En forma similar se consignan tales instrumentos en los artículos 35 (*mandamiento de ejecución*) y 36 (*de prohibición*), de la Constitución de la Provincia del Chubut, de 26 de noviembre del mismo año de 1957,⁸⁹ y en el mismo orden en los artículos 12 y 13, respectivamente, de la ley suprema de la Provincia del Río Negro, de 10 de diciembre del propio año de 1957;⁹⁰ en tanto que el artículo 32 de la

⁸⁸ Cfr. Segundo V. Linares Quintana, *Derecho constitucional de las nuevas provincias*, cit., p. 98. El citado artículo dispone en forma expresa: "Siempre que una ley u ordenanza imponga a un funcionario o entidad pública un deber expresamente determinado, toda persona que sufiere perjuicio material, moral o de cualquier naturaleza por incumplimiento de ese deber, puede demandar ante juez competente la *ejecución inmediata* del o los actos que el funcionario o entidad pública rehusare cumplir. El juez, previa comprobación sumaria de los hechos enunciados y del derecho invocado, librará el *mandamiento encaminado a exigir el cumplimiento inmediato del deber omitido*. — Si el funcionario o entidad pública de carácter administrativo ejecutarse actos prohibidos por leyes u ordenanzas, la persona afectada podrá obtener por la vía y procedimientos establecidos en el presente apartado, un *mandamiento judicial prohibitivo* librando al funcionario o entidad de que se trate."

⁸⁹ Cfr. Segundo V. Linares Quintana, *ibid.*, p. 132. Los citados preceptos establecen: "Artículo 35. Cuando una ley u ordenanza imponga a un funcionario o corporación pública un deber expresamente determinado, todo aquel en cuyo interés debe ejecutarse el acto o que sufiere perjuicio material, moral o político, por falta de cumplimiento del deber, puede demandar ante el juez competente su *ejecución inmediata*, y el juez, previa comprobación sumaria de la obligación legal y del derecho del reclamante, dirigirá al funcionario o corporación un *mandamiento de ejecución*". "Artículo 36. Si un funcionario o corporación pública ejecutase actos expresamente prohibidos por las leyes u ordenanzas, el perjudicado podrá requerir del juez competente, por procedimiento sumario, un *mandamiento prohibitivo* dirigido al funcionario o corporación."

⁹⁰ Cfr. Linares Quintana, *ibid.*, p. 269. Las mencionadas disposiciones establecen: "Artículo 12. Para el caso de que esta Constitución, una ley, decreto, ordenanza, o resolución, imponga a un funcionario o ente público administrativo un deber concreto, toda persona cuyo derecho resultare afectado por su incumplimiento, podrá demandar ante la justicia competente, la *ejecución inmediata* de los actos que el funcionario o ente público administrativo hubiere rehusado cumplir. El juez, previa comprobación sumaria de los hechos denunciados, librará un *mandamiento y exigirá el cumplimiento inmediato del deber omitido*". "Artículo 13. Si un funcionario o ente público administrativo ejecutare *actos prohibidos por esta Constitución*, una ley, decreto, ordenanza o resolución, la persona afectada podrá obtener por la vía y procedimientos establecidos en el artículo anterior un *mandamiento judicial prohibitivo* que se librará al funcionario o ente público del caso".

carta fundamental de la Provincia de Formosa, que entró en vigor el 30 de noviembre, también de 1957, únicamente consigna el mandamiento de ejecución.⁹¹

69. b) Dentro de la segunda corriente, varios ordenamientos locales argentinos identifican los mandamientos de ejecución y prohibición con los efectos de la sentencia protectora dictada en un recurso o acción —en realidad, proceso— de amparo.

70. En esta dirección podemos señalar los artículos 14 de la Ley de Amparo de Santa Cruz, de 17 de julio de 1958;⁹² 8o. de la Ley de Amparo de Mendoza de 7 de octubre de 1954;⁹³ y 11 de las Leyes de Amparo de Misiones y de San Luis, de 14 de noviembre de 1961 y 30 de julio de 1958, respectivamente.⁹⁴

71. c) Finalmente, puede advertirse que en los artículos 1o. y 2o. de la Ley de Amparo de la Provincia de Entre Ríos, de 27 de noviembre de 1946, reformada por el decreto 1640 de 1963, se identifica la petición de los mandamientos de ejecución y prohibición, con el recurso o acción de amparo.⁹⁵

⁹¹ Cfr. Linares Quintana, *ibid.*, p. 165. El referido precepto dispone: "Siempre que una ley u ordenanza imponga a un funcionario público o corporación pública de carácter administrativo un deber expresamente determinado, toda persona o entidad en cuyo interés debe ejecutar el acto que sufre perjuicio material, moral o político, por falta de cumplimiento del deber, puede demandar ante los tribunales su *ejecución inmediata*, y el tribunal, previa comprobación sumaria de la obligación legal y del derecho del reclamante, dirigirá al funcionario o corporación un *mandamiento de ejecución*".

⁹² Según el referido precepto: "Si la resolución concediera el amparo se librará el respectivo *mandamiento de ejecución o prohibición*, que deberá contener: a) Expresión concreta de la persona, entidad o autoridad contra quien se dirige; b) Determinación precisa de lo que debe hacerse o no hacerse; c) Plazo fijado para el cumplimiento; d) *Apercibimiento de ley*".

⁹³ En la parte conducente de esta disposición se establece: "Si la resolución concediera el amparo, de inmediato se librará el respectivo *mandamiento de ejecución o prohibición* con expresión concreta de la persona, entidad o autoridad contra quien se dirige y con determinación precisa de lo que debe o no hacerse y del plazo fijado para el cumplimiento de la resolución, que en ningún caso podrá exceder de 24 horas..."

⁹⁴ Estos dos preceptos, que son idénticos inclusive en su numeración, disponen en su parte relativa: "Si la resolución concediera el amparo, en el mismo auto que lo decida se mandará librar el respectivo *mandamiento de ejecución o prohibición*. El mandamiento contendrá la expresión concreta de la autoridad contra quien se dirige; la determinación precisa de lo que debe o no hacerse, y el plazo fijado para el cumplimiento de la resolución, que en ningún caso podrá exceder de 24 horas..."

⁹⁵ De acuerdo con estas disposiciones: "Artículo 1o. Siempre que una ley u ordenanza imponga a un funcionario o corporación pública de carácter administrativo un deber expresamente determinado, todo aquél en cuyo interés debe ejecutarse el acto o que sufre perjuicio material, moral o político por la falta de cumplimiento del deber, *puede demandar su ejecución inmediata*." "Artículo 2o. Si un funcionario o corporación pública de carácter administrativo ejecutare actos que le fueran expresamente prohibidos por las leyes u ordenanzas, el perjudicado podrá requerir un *mandamiento prohibitivo* contra el funcionario o corporación". Cfr. Eugenio Orlando, "La acción de amparo en la Constitución de Entre Ríos", *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 12 de septiembre de 1966, pp. 1-4.

V

LA PROTECCIÓN PROCESAL DE LOS DERECHOS HUMANOS
EN AMÉRICA LATINA Y LAS SITUACIONES DE
EMERGENCIA

Publicado en *El Foro*, quinta época, núms. 30 y 31, México, abril-junio, julio-septiembre de 1973, pp. 63-75 y 29-45. Aparecido en francés con el título "La défense de l'individu face à l'administration au Mexique", en el volumen *Travaux du dixième colloque International de Droit Comparé, tenu à Ottawa (Canada) du 17 au octobre 1972*, Ottawa, Ontario, Canada, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1973, pp. 68-100. Este trabajo fue presentado en el Décimo Coloquio Internacional de Derecho Comparado, organizado por el Centro Canadiense de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Ottawa, durante los días 17 a 19 de octubre de 1972, y se publica en español con la autorización expresa del director de dicho Centro, profesor J. A. Clarence Smith.

SUMARIO: I. Planteamiento del problema. II. Los instrumentos de protección procesal de los derechos humanos. III. Los instrumentos específicos en Latinoamérica. IV. Las situaciones de emergencia y la seguridad del Estado. V. El criterio general de la legislación, la jurisprudencia y la doctrina. VI. Los tribunales ordinarios y las situaciones de emergencia. VII. Intervención de los tribunales militares. VIII. Seguridad nacional y derechos humanos. IX. Conclusiones.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1. No obstante que en los ordenamientos latinoamericanos existen suficientes instrumentos específicos para la tutela de los derechos humanos, como se verá en uno de los incisos siguientes, estos instrumentos carecen con frecuencia de eficacia práctica debido a que en numerosas ocasiones, en virtud de la tormentosa política de nuestro continente, son suspendidos, suprimidos y limitados al declararse las situaciones de emergencia.

2. A este respecto podemos citar la opinión significativa del destacado comparatista estadounidense Phanor J. Eder, recientemente desaparecido, el cual afirmó que la vigencia del *habeas corpus* en Latinoamérica —y lo mismo podemos sostener de las restantes instituciones tutelares de los derechos fundamentales— resulta afectada con frecuencia al ser suspendida por las constantes declaraciones de “estado de sitio” o de “ley marcial”, y expresó, además, con gran penetración, que en esta materia se encuentran con conflicto dos características contradictorias de los habitantes de las naciones latinoamericanas: el individualismo apasionado y el culto al hombre fuerte o al caudillo.¹

3. En el mismo sentido el constitucionalista argentino Segundo V. Linares Quintana afirma que:

En buena parte, la historia política de los países latinoamericanos gira en torno a un círculo vicioso: quienes gobiernan procuran mantener sus

¹ “Habeas Corpus disembodied, The Latin-American Experience”, en el volumen *XXth. Century Essays in honor of Hessel E. Yntema*, Leyden, 1961, pp. 477-478.

posiciones desconociendo y hasta suprimiendo los derechos de la oposición, la cual no encuentra otro camino para llegar al poder que el golpe de Estado. A su vez, los gobernantes en peligro echan mano del estado de sitio o medidas análogas para prevenir o sofocar la revuelta que, cuando triunfa, suele marcar la iniciación de un nuevo devenir trágico y casi constante ciclo institucional.²

4. Son muy escasos los estudios jurídicos latinoamericanos que se refieren específicamente a las relaciones entre estos estados de sitio, excepción, de emergencia, etcétera, y la situación de los instrumentos protectores de los derechos humanos, ya que en la mayoría de los casos se hace un análisis de carácter tangencial en los tratados o manuales de derecho constitucional,³ pero sin que se hubiese constituido una verdadera corriente doctrinal que pretenda formular proposiciones concretas para la resolución de este problema que podemos calificar de apasionante y angustioso para los habitantes de nuestro continente.⁴

5. Por otra parte, la mayoría de los delegados que asistieron al Seminario sobre amparo, *habeas corpus* y otros recursos similares, efectuado en la ciudad de México durante el mes de agosto de 1961, bajo los auspicios de las Naciones Unidas, estuvieron de acuerdo en que sería aconsejable reconocer a los tribunales el poder de decidir respecto a la legalidad de las medidas adoptadas por la autoridad durante estas situaciones de emergencia.⁵

6. Pero se requiere no sólo de una declaración internacional, sino de disposiciones jurídicas internas, preferiblemente de carácter constitucional, que establezcan límites concretos a las declaraciones de emergencia en cuanto a sus efectos sobre la vigencia de los instrumentos procesales, destinados a la tutela de los derechos de la persona humana consagrados en las cartas fundamentales.

II. LOS INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN PROCESAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

7.. En un trabajo anterior hemos hecho el intento de sistematizar los instrumentos procesales que se han venido utilizando, con mayor o

² *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, Buenos Aires, 1956, tomo V, p. 489.

³ Como ejemplo podemos citar la mencionada obra de Segundo V. Linares Quintana, *Tratado ...*, cit., tomo V, pp. 359-409.

⁴ Además de algunos artículos que citaremos posteriormente, podemos mencionar como una monografía aislada el libro de Elena Caffarena de Jiles, *El recurso de amparo frente a los regímenes de emergencia*, Santiago de Chile, 1957.

⁵ *Actas* contenidas en el Documento ST-TAO-HR-12, Nueva York, 1962, p. 26, y resumen de las discusiones en las pp. 97-109.

menor eficacia, para lograr la tutela de los derechos fundamentales del hombre, tanto en su dimensión individual como en su carácter social, distinguiendo entre *indirectos*, *complementarios* y *específicos*:

8. a) Los remedios procesales *indirectos* son aquellos que están dirigidos a la protección de los derechos de carácter ordinario, es decir, consignados en las disposiciones legales secundarias, pero que en forma refleja pueden utilizarse para la tutela de los derechos fundamentales, pudiendo encuadrar en este sector al proceso ordinario (civil, penal, laboral, etcétera) y a la justicia administrativa.

9. b) Como instrumentos *complementarios* entendemos aquellos que si bien no han sido estructurados para proteger los derechos del hombre, se utilizan para reprimir la violación de estos derechos cuando la misma ha sido consumada, y en este sentido podemos citar dos instrumentos de esta categoría: el llamado juicio político o de responsabilidad de los altos funcionarios, cuando los mismos han infringido la Constitución y particularmente los derechos humanos consagrados por ella, y la responsabilidad económica del Estado y sus servidores, cuando su actividad ha ocasionado daños y perjuicios a los particulares, al afectar los mismos derechos fundamentales.

10. c) Los medios *específicos* son aquellos que se han configurado para otorgar una protección peculiar, rápida y eficaz a los derechos humanos y que funcionan de manera directa y generalmente con efectos reparadores, ya que no es suficiente el castigo de los causantes de las violaciones de los mismos derechos, sino la restitución al afectado de los derechos infringidos.

11. Estos instrumentos pueden agruparse dentro de la institución que el procesalista italiano Mauro Cappelletti ha calificado de manera afortunada como "jurisdicción constitucional de la libertad".⁶

12. En este sector podemos comprender un conjunto de instrumentos procesales que cumplen esta función directa de los derechos humanos, tales como el *habeas corpus*; el juicio de amparo regulado por la influencia directa o indirecta del derecho mexicano en los ordenamientos de numerosos países latinoamericanos; la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, cuando éstas afectan los derechos subjetivos públicos de los reclamantes o de otros ciudadanos;⁷ algunos medios de impugnación específicos del derecho europeo continental,

⁶ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "Los derechos humanos y su protección ante las jurisdicciones nacionales", en prensa en la obra *Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch*, Bruselas, 1962.

⁷ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "La protección procesal de las garantías individuales en América Latina", *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Ginebra, diciembre de 1968, pp. 74-77.

que podemos agrupar bajo la denominación aproximada de "recurso constitucional", tales como la *Verfassungsbeschwerde* de la República Federal de Alemania,⁸ la *Beschwerde* del ordenamiento austriaco,⁹ y la *Staatsrechtliche Beschwerde* de la legislación suiza;¹⁰ la transformación de algunos recursos tradicionales angloamericanos en medios específicos, como ha ocurrido en algunos países de la *Commonwealth* británica recientemente independizados —particularmente la India y Birmania—, tales como los *writs* de *injunction*, *mandamus*, *qui warranto*, etcétera.¹¹

III. LOS INSTRUMENTOS ESPECÍFICOS EN LATINOAMÉRICA

13. El sector que podemos calificar como "jurisdicción constitucional de la libertad latinoamericana", siguiendo la terminología de Cappelletti mencionada anteriormente, está integrado por varias instituciones de carácter procesal que, con algunas modificaciones legislativas, pueden considerarse como suficientes para la tutela de los derechos del hombre consagrados constitucionalmente.

14. En efecto, podemos mencionar en esta dirección: A) El *habeas corpus* inspirado en el modelo angloamericano, que tuvo su expresión esencial en la *Habeas Corpus Act* de 1679¹² y que fue adoptada expresa o implícitamente en casi todos, por no decir la totalidad, de los ordenamientos constitucionales latinoamericanos.¹³

15. Encontramos consagrado en forma expresa el *habeas corpus* en las leyes fundamentales de los siguientes países: Bolivia (artículo 18); Brasil (artículo 153, parágrafo 20 del texto reformado en 1969); Chile (artículo 16); Costa Rica (artículo 48); Cuba (artículo 29 de su texto reformado en 1959); Ecuador (artículo 141, inciso 5o. de la Constitución de 1945, restablecida por el gobierno militar); El Salvador (artículo

⁸ Entre otros, Hans Rupp, "Die Verfassungsbeschwerde im Rechtsmittel" (El recurso constitucional en el sistema de los medios de impugnación), en *Zetischrift für Zivilprozess*, Colonia, enero de 1969, pp. 1-10.

⁹ Cfr. Felix Ermacora, *Die Verfassungsgerichtshof* (La Corte Constitucional), Graz, Austria, 1956, pp. 214-263; Erwin Melichar, "Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich" (La jurisdicción constitucional en Austria), en el volumen *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart* (Jurisdicción constitucional en la actualidad), Colonia, Berlín, 1962, pp. 458-460.

¹⁰ Cfr. Mauro Cappelletti, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, trad. Héctor Fix-Zamudio, México, 1961, pp. 17-29.

¹¹ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "Influencia del derecho angloamericano en la protección procesal de los derechos humanos en América Latina", en el libro *Festschrift für Karl Loewenstein*, Tubinga, 1971, pp. 502-505.

¹² El texto inglés de esta famosa ley puede consultarse en el libro editado por Richard L. Perry y John C. Cooper, *Sources of our liberties*, Nueva York, 1952, pp. 189-203.

¹³ Cfr. Phanor J. Eder, *Habeas corpus disembodied*, cit., p. 473.

164); Guatemala (artículo 79); Honduras (artículo 58, fracción 2a.); Nicaragua (artículo 41); Panamá (artículo 24); Paraguay (artículo 78); Perú (artículo 69); Puerto Rico (artículo 13); República Dominicana (artículo 8o., inciso g); Uruguay (artículo 17); y Venezuela (disposición transitoria quinta).

16. Si bien la Constitución nacional argentina no consigna de manera expresa el *habeas corpus*, que se introdujo en la reforma de 1949 (artículo 29), derogado por el gobierno emanado de la revolución de 1955; sin embargo, se considera como una garantía implícita, y se encuentra, además, regulado en una gran parte de las constituciones provinciales y en los códigos de procedimientos penales correspondientes.¹⁴

17. En cuanto a México, no figura la protección de la libertad personal con el nombre tradicional angloamericano de *habeas corpus* debido a que se encuentra subsumido dentro del juicio de amparo, el cual comprende también la protección de la libertad personal contra las detenciones arbitrarias, y en consecuencia debemos considerarlo comprendido dentro de los artículos 103 y 107 de la Constitución federal, que regulan el propio juicio de amparo.¹⁵

18. Desde un punto de vista muy general, el *habeas corpus*, exhibición personal, o amparo de la libertad como indistintamente se le designa en los diversos ordenamientos jurídicos latinoamericanos, nos lleva al convencimiento de poseer como una característica común la de constituir una garantía específica para la protección del derecho constitucional de la libertad individual y se utiliza esencialmente para impugnar las detenciones ilegales o arbitrarias, en particular respecto de las practicadas por las autoridades administrativas.

19. B) *Acción, recurso o juicio de amparo*. Resulta ya un hecho notorio que México fue el primer país de Latinoamérica que consagró el juicio de amparo, en cuya significación primitiva, de acuerdo con la intención de sus creadores Manuel Crescencio Rejón, Mariano Otero y los constituyentes de 1856-1857, tenía como finalidades esenciales la protección de las "garantías individuales", o sea de los derechos humanos consagrados constitucionalmente, así como la tutela del régimen federal, siempre a través de la afectación de un derecho particular.¹⁶

20. Haciendo abstracción del propio amparo mexicano, en virtud de su extraordinaria complejidad, los restantes países iberoamericanos han otorgado al amparo, como instrumento protector de los derechos

¹⁴ Cfr. Carlos Sánchez Viamonte, *El habeas corpus, garantía de libertad*, 2a. ed., Buenos Aires, 1956, pp. 22-23.

¹⁵ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *El juicio de amparo*, México, 1964, pp. 243-245.

¹⁶ *Ibid.*, pp. 210-227.

del hombre, una extensión muy variable, que para los efectos de su estudio podemos dividir en las siguientes categorías:

21. a) El amparo se entiende como un instrumento procesal equivalente al *habeas corpus*, ya que únicamente puede utilizarse para la tutela de la libertad de las personas físicas contra detenciones indebidas o irregularidades en el proceso criminal, y este es el sentido que posee en la República de Chile, en el artículo 16 de la Constitución de 1925, reformada en 1945, que ha sido reglamentada por los artículos 306 a 307 del Código de Procedimiento Penal de 12 de junio de 1906, reformado el 30 de agosto de 1934; así como el auto acordado de la Corte Suprema de 19 de diciembre de 1932, sobre tramitación y fallo del recurso de amparo.¹⁷

22. En las legislaciones de Argentina, Venezuela, Guatemala, El Salvador, Costa Rica, Panamá y más recientemente en Bolivia, Ecuador y Paraguay, el "recurso", "acción" o "juicio" de amparo ha adquirido el significado de instrumento protector de los derechos humanos consagrados constitucionalmente, con excepción de la libertad personal, que como se ha dicho, se tutela a través del tradicional *habeas corpus*, y por tal motivo, el propio amparo se consagra como un capítulo independiente de los ordenamientos sobre procedimientos constitucionales, o bien se reglamenta por medio de una ley específica.

23. a') El amparo en la República Argentina ha sido objeto de una evolución que no dudamos en calificar de explosiva, al menos hasta hace algunos años, después de su introducción en el artículo 17 de la Constitución de 1921 de la Provincia de Santa Fe, reglamentado por la Ley 2994 de 10 de octubre de 1935.¹⁸

24. Debido al carácter federal del ordenamiento argentino, el amparo se ha desarrollado en una doble esfera, la de las provincias, y en el ámbito nacional, la primera se encuentra regulada actualmente en las siguientes constituciones provinciales: Corrientes (artículo 145, fracción 13); Chubut (artículo 34); Formosa (artículo 20); Misiones (artículos 16-18); La Pampa (artículo 16); Río Negro (artículo 11); Santa Cruz (artículo 15); y Santa Fe (ley suprema de 1962, artículo 17).

25. Además de las disposiciones constitucionales anteriores se han expedido las siguientes leyes de amparo, de carácter local: número

¹⁷ Cfr. Carlos Estévez Gasmuri, *Elementos de derecho constitucional*, Santiago, 1949, pp. 143-144; Alejandro Silva Bascuñán, *Tratado de derecho constitucional*, Santiago, 1963, tomo II, pp. 324-332; Mario Bernaschina González, *Manual de derecho constitucional*, 3a. ed., Santiago, 1958, tomo II, pp. 161-165; Elena Caffarena de Jiles, *El recurso de amparo*, cit., pp. 151-220.

¹⁸ Cfr. Salvador Dana Montaña, "La reglamentación del amparo jurisdiccional de los derechos y garantías", *La Ley*, Buenos Aires, 8 de diciembre de 1966, p. 3.

tal de la República de El Salvador, de 8 de enero de 1962, reglamentado por los artículos 12 y siguientes de la Ley de Procedimientos Constitucionales de 14 de enero de 1960.²³

30. e') Artículo 51 de la Constitución de la República de Panamá, promulgada en marzo de 1946, reglamentado por los artículos 43-59 de la Ley número 46 sobre recursos constitucionales y de garantía, de 24 de noviembre de 1956.²⁴

31. f') Artículo 48, párrafo tercero, de la carta fundamental de Costa Rica, de 7 de noviembre de 1949, reglamentado por la Ley de Amparo número 1161, de 2 de junio de 1950.²⁵

32. g') Artículo 19 de la Constitución Política de Bolivia, promulgada el 2 de febrero de 1967, sin ley reglamentaria pero regulado por la jurisprudencia.²⁶

33. h') Artículo 28, inciso 15, de la Constitución Política del Estado Ecuatoriano, de 25 de mayo de 1967, que ya no se encuentra en vigor debido a dos sucesivos golpes de Estado en 1971 y 1972, que restablecieron la vigencia de las constituciones de 1946 y de 1945, respectivamente, y que no regulan esta institución.

34. i') Artículo 77 de la Constitución de la República del Paraguay, de 25 de agosto de 1967, también regulado por la jurisprudencia.²⁷

35. b) Existe un tercer sector de ordenamientos que otorgan al amparo una amplitud mayor que los anteriores, puesto que conservan más cercana la influencia del derecho mexicano sobre esta materia, y en este sentido podemos mencionar las legislaciones de Honduras (artículo 58 de la Constitución de 3 de junio de 1965, y Ley de Amparo de 14 de abril de 1936; y Nicaragua (artículo 229, fracción 11, de la Constitución de 6 de noviembre de 1950, y Ley de Amparo de la misma fecha).

²³ El texto de la citada Ley Reglamentaria puede consultarse en el *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núm. 40, enero-abril de 1961, pp. 111-126 y sobre el proceso de amparo, artículos 12-37, pp. 113-117; *cfr.* Francisco Bertrand Galindo, "La protección procesal de las garantías individuales en América Latina", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Madrid, 1967, pp. 496-498.

²⁴ *Cfr.* Carlos Bolívar Pedreschi, *El pensamiento constitucional del Dr. Moscote*, Panamá, 1959, pp. 170 y ss.

²⁵ *Cfr.* Roberto Vinicio Alfaro Valverde, *El recurso de amparo* (tesis mimeografiada), San José, 1959, pp. 49 y ss.; Ismael Antonio Vargas Bonilla, *Lecciones de derecho constitucional costarricense*, San José, 1955, pp. 120-122; *cfr.* Enrique Guier, "Sentencias de amparo, 1950-1962"; *Revista del Colegio de Abogados*, núms. 16 y 17, julio y noviembre de 1969.

²⁶ *Cfr.* Enrique Oblitas Poblete, *Recurso de amparo*, La Paz, 1967, pp. 27 y ss.

²⁷ *Cfr.* Juan Ascencio Aponte, *Proyecto de ley "que establece normas procesales para la acción de amparo" presentado a la honorable Cámara de Senadores*, Asunción, 1968; Enrique A. Sosa, *Anteproyecto de Ley de Amparo y estudio sobre el juicio de amparo*, Asunción, 1968 (tesis doctoral mimeografiada).

7166, de Buenos Aires; 4915 de Córdoba; 2582 y 1640 de Entre Ríos; 2355 de Mendoza; 146 de Misiones; 2690 de La Rioja; 11 de Santa Cruz, y 2596 de San Luis.

26. Por lo que se refiere a la esfera nacional, el amparo, que carece de consagración constitucional, fue admitido por la jurisprudencia de la Corte Suprema a partir de los clásicos fallos dictados en los asuntos "Ángel Siri" y "Samuel Kot", resueltas el 27 de diciembre de 1957 y 5 de septiembre de 1958, respectivamente;¹⁹ jurisprudencia que se fue perfeccionando a través de numerosas resoluciones tanto de la Corte Suprema como de los restantes tribunales nacionales, los cuales sentaron los principios que configuraron la institución hasta que la misma fue reglamentada por la Ley nacional sobre acción de amparo, número 16 986, de 18 de octubre de 1966, actualmente en vigor.²⁰

27. b') En Venezuela el amparo está regulado por el artículo 49 de la Constitución vigente de 23 de enero de 1961, que todavía no ha sido objeto de reglamentación legal, pero se le ha configurado a través de la jurisprudencia.²¹

28. c') La Constitución de la República de Guatemala de 15 de septiembre de 1965, artículo 84, regula el juicio de amparo, que a su vez ha sido reglamentado por los artículos 1o. a 74 de la Ley de Amparo, *Habeas Corpus* y de Constitucionalidad, de 20 de abril de 1966.²²

29. También regulan la acción o recurso de amparo las siguientes disposiciones: d') artículo 89, fracción I, de la vigente carta fundamen-

¹⁹ Cfr. Segundo V. Linares Quintana, "Modificación de la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el amparo de la libertad", *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", *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 18 y 19 de junio de 1958.

²⁰ Cfr. Genaro R. Carrió, *Recurso de amparo y técnica judicial*, Buenos Aires, 1960, esp., pp. 147-183; Abel Houssay, *Amparo judicial, El caso Kot y su influencia en la jurisprudencia*, Buenos Aires, pp. 51 y ss.; Alberto R. Robredo, "La acción de amparo y la reciente ley 16.986", *La Ley*, Buenos Aires, 3 de noviembre de 1966, p. 3; Bartolomé A. Fiorini, "Acción de amparo. Graves limitaciones e inconsecuencias que la desnaturalizan", *La Ley*, Buenos Aires, 24 de noviembre de 1966, pp. 1-3; Germán J. Bidart Campos, "La nueva Ley de Amparo", *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 29 de noviembre de 1966, pp. 1-3; Salvador Dana Montañó, *La reglamentación del amparo jurisdiccional*, cit., pp. 1-7.

²¹ Cfr. Ramón Escobar Salom, *El amparo en Venezuela*, Caracas, 1971, pp. 66-92; José A. de Miguel, "Amparo y *habeas corpus* en la Constitución de 1961", *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, Caracas, julio-diciembre de 1965, pp. 46-47; Esteban Agudo Freytes, "Algunos casos de amparo y *habeas corpus*", *Anuario del Colegio de Abogados del Estado Lara*, Barquisimeto, Venezuela, 1969, pp. 243-269.

²² Cfr. Mario Aguirre Godoy, *Protección procesal de los derechos humanos*, Quetzaltenango, Guatemala, 1972, pp. 6-16; Antonio Rafael Calderón Calderón, *Fundamentación de los derechos humanos y su protección en la legislación guatemalteca: amparo y habeas corpus* (tesis), Guatemala, 1970; pp. 65 y ss.; Gregorio Fuentes Charnaud, *El amparo en la legislación guatemalteca* (tesis), Guatemala, 1970, pp. 31 y ss.

36. En estos dos países el citado instrumento tutelar posee actualmente un triple contenido: el suyo propio de protección de los derechos humanos consagrados constitucionalmente; abarca también la libertad personal, pues el *habeas corpus* se encuentra incorporado al amparo, aun cuando con ciertos lineamientos peculiares, y finalmente, puede también utilizarse para impugnar las disposiciones legales violatorias de la carta constitucional, en la inteligencia de que la sentencia protectora en el último supuesto, se traduce en la desaplicación de la ley impugnada, en beneficio exclusivo del promovente y en el caso concreto en el cual fue planteada la cuestión relativa.²⁸

37. c) El juicio de amparo mexicano es sumamente complejo, pues además de su finalidad primaria de la tutela de los derechos fundamentales consagrados en el texto de la ley suprema, ha incorporado paulatinamente otras funciones e instituciones procesales que en los restantes países latinoamericanos se regulan por regla general de manera independiente, ya que se ha puesto de relieve que el propio amparo, a través de los artículos 14 y 16 de la Constitución federal, funciona también como *habeas corpus*, como revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes; como recurso de casación contra sentencias judiciales en materia civil, penal, administrativa y laboral; como contencioso-administrativo, y finalmente, como proceso tutelar de los campesinos sujetos a la reforma agraria.²⁹

38. d) Debemos también incorporar dentro de la acción, recurso o juicio de amparo, a la institución que recibe la denominación de *habeas corpus* en el ordenamiento peruano, ya que rebasa ampliamente la tutela de la libertad personal, de acuerdo con lo establecido por el artículo 69 de la Constitución de 9 de abril de 1933, actualmente en vigor, el cual dispone: "Todos los derechos individuales y sociales reconocidos por la Constitución dan lugar a la acción de *habeas corpus*."

39. En efecto, la jurisprudencia ha reconocido que esta institución tutela todos los derechos humanos consagrados constitucionalmente, en la inteligencia de que en la actualidad está reglamentada, en cuanto a la tutela de la libertad personal por los artículos 349-360 del Código de Procedimientos Penales (*habeas corpus* en sentido estricto), y respecto de los restantes derechos humanos, por el decreto-ley número 17083, de 24 de octubre de 1968, intitulado: "Normas para la trami-

²⁸ Cfr. Jesús González Pérez, "El proceso de amparo en México y Nicaragua", *Revista de Administración Pública*, Madrid, mayo-agosto de 1954, pp. 297-321.

²⁹ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "El juicio de amparo mexicano y la enseñanza del derecho procesal", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, Madrid, abril-septiembre de 1971, pp. 361-408.

tación de la acción de *habeas corpus*", y que la doctrina ha calificado acertadamente como "Ley de Amparo".³⁰

40. C) *Mandamiento de seguridad brasileño*. Este instrumento procesal, que ha sido traducido al español por algunos tratadistas como "mandamiento de amparo",³¹ fue establecido por el artículo 113, párrafo 33, de la Constitución de 16 de julio de 1934,³² y actualmente se encuentra regulado por el artículo 153, párrafo 21, de la Constitución federal de 24 de enero de 1967, en su texto reformado por decreto de 27 de octubre de 1969,³³ y reglamentado por la Ley número 1533 de 31 de diciembre de 1951.³⁴

41. El mandamiento de seguridad o de amparo, según la legislación y la jurisprudencia, se utiliza como medio de impugnación contra las violaciones de los derechos de los particulares establecidos por los ordenamientos legales ordinarios, o por las normas constitucionales por parte de las autoridades administrativas, y sólo de manera excepcional puede interponerse contra disposiciones legislativas o resoluciones judiciales,³⁵ por lo que en un estudio anterior lo hemos comparado con el amparo mexicano en materia administrativa.³⁶

42. D) *Acción o recurso de inconstitucionalidad de las leyes*. Una gran parte de los ordenamientos constitucionales latinoamericanos se ha inspirado en la revisión judicial de la constitucionalidad de las le-

³⁰ Cfr. Domingo García Belaúnde, *El habeas corpus interpretado*, Lima, 1971, pp. 21-22.

³¹ El tratadista español Manuel Fraga Iribarne traduce dicha institución brasileña como "mandamiento de amparo" en su versión española de la Constitución de 1946, en el volumen de Themisocles Brandão Cavalcanti, *Las Constituciones de los Estados del Brasil*, Madrid, 1858, pp. 685-686; y también utilizan el nombre de amparo para la institución brasileña los juristas argentinos Carlos Sánchez Viamonte, *Juicio de amparo*, Buenos Aires, 1963, pp. 43-47; y José Luis Lazzarini, *El juicio de amparo*, Buenos Aires, 1967, pp. 53-64.

³² Cfr. Brandão Cavalcanti, *Ibid.*, p. 434.

³³ Dicho precepto dispone: "Para proteger derecho líquido y cierto no amparado por *habeas corpus*, se concederá mandamiento de seguridad, sea cual fuere la autoridad responsable por ilegalidad o abuso de poder", cfr. Alejandro Ríos Espinosa, "Mandamiento de seguridad", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 53, enero-marzo de 1964, p. 112.

³⁴ Cfr. J. M. Othon Sidou, "Lei 1533 de 31 de dezembro de 1951, que disciplina o mandado de segurança como as alterações em vigor", *Boletim Instituto dos Advogados de Pará*, Belem, Brasil, diciembre, 1967, pp. 33-35.

³⁵ Entre muchos otros, José Castro Nunes, *Do mandado de segurança*, 6a. ed., Río-São Paulo, 1961, pp. 117 y ss.; Alfredo Buzaid, "Juicio de amparo e mandado de segurança (contrastes e confrontos)", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, nums. 37-40, enero-diciembre de 1960, p. 145.

³⁶ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "Mandato de seguridad y juicio de amparo", en el volumen colectivo *Tres estudios sobre el mandato de seguridad brasileño*, México, 1963, pp. 25-28.

yes, establecida por la Constitución Federal de los Estados Unidos, de 1787, y desarrollada por la jurisprudencia de la Corte Suprema del mismo país del norte.³⁷

43. Esta revisión judicial funciona como instrumento tutelar de los derechos humanos en cuanto puede utilizarse contra las disposiciones legislativas que infrinjan los derechos de la persona humana consagrados constitucionalmente, asumiendo varios matices en América Latina, ya que en ocasiones se hace valer en forma incidental en un proceso concreto y en otras directamente, como acción de inconstitucionalidad, y también existen variantes en cuanto a los efectos del fallo protector, que pueden ser particulares para el caso concreto o en ocasiones, de carácter general.³⁸

44. Desde un punto de vista muy genérico es posible reducir a tres categorías la impugnación de las leyes inconstitucionales en América Latina:

45. a) Los ordenamientos que siguen los principios teóricos del llamado "*sistema americano de la constitucionalidad de las leyes*", o sea la declaración de inconstitucionalidad con efectos particulares,³⁹ entre los cuales podemos incluir al juicio de amparo mexicano, de acuerdo con el principio trazado por la llamada "fórmula de Otero",⁴⁰ así como aquellas legislaciones que siguen de cerca el modelo mexicano, como las de Honduras y Nicaragua,⁴¹ y también deben incluirse las instituciones que se han denominado "recurso de inaplicabilidad" del derecho chileno,⁴² y el "recurso extraordinario" de los ordenamientos de Argentina y de Brasil.⁴³

46. b) *La acción popular de inconstitucionalidad*, que surgió en el siglo pasado en los ordenamientos constitucionales de Colombia y Ve-

³⁷ Cfr. J. A. C. Grant, *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes*, México, 1963, pp. 29-47.

³⁸ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *La protección procesal de las garantías individuales*, cit., pp. 86-90.

³⁹ Cfr. Mauro Cappelletti, *Judicial Review in the Contemporary World*, Indianapolis, Kansas City, Nueva York, 1971, pp. 69-71.

⁴⁰ Cfr. Ignacio Burgoa, *El juicio de amparo*, 8a. ed., México, 1971, pp. 113-116.

⁴¹ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *La protección procesal*, cit., pp. 98-99.

⁴² Cfr. Mario Bernaschina González, *Manual de derecho constitucional*, cit., tomo II, pp. 467-472; Jorge Mario Quinzio Figueiredo, *Manual de derecho constitucional*, Santiago, 1960, pp. 506-509.

⁴³ Cfr. Rafael Bielsa, *El recurso extraordinario*, 2a. ed., Buenos Aires, 1958, esp. pp. 117 y ss.; Jorge Reinaldo A. Vanossi, *Aspectos del recurso extraordinario de inconstitucionalidad*, Buenos Aires, 1966; Esteban Imaz y Ricardo E. Rey, *El recurso extraordinario*, 2a. ed., actualizado por Ricardo E. Rey y Lino Enrique Palacio, Buenos Aires, 1962; José Federico Márquez, *Instituições de direito processual civil*, Rio de Janeiro, 1960, vol. IV, pp. 326 y ss.; Alfredo de Araujo López de Costa, *Direito processual civil brasileiro*, 2a. ed., Rio de Janeiro, 1959, vol. III, pp. 410 y ss.

nezuela,⁴⁴ pero posteriormente se ha extendido a otras cartas fundamentales, de tal manera que actualmente existe en las siguientes legislaciones: Venezuela (Constitución de 1961, artículo 215, ordinales 3a. y 4a.); Colombia (Constitución de 1886, artículo 214, reglamentado por la Ley 96 de 1936); El Salvador (Constitución de 1962, artículo 96, reglamentado por los artículos 6o. al 11 de la Ley de Procedimientos Constitucionales de 14 de enero de 1960); Panamá (carta fundamental de 1o. de enero de 1946, artículo 167, reglamentado por los artículos 65-78 de la Ley sobre Recursos Constitucionales y de Garantía, de 24 de octubre de 1946); Cuba (artículos 160, 161 y 172 de la Constitución de 1940, reformada en 1959, reglamentados por la Ley número 7 de 31 de mayo de 1949), y provincia argentina del Chaco (ley fundamental de 7 de diciembre de 1957, artículo 9o.).

47. Según lo dispuesto en los preceptos mencionados, cualquier ciudadano, aun cuando no resulte afectado, puede acudir ante la Corte Suprema de cada uno de los citados países (o al tribunal superior de la provincia, en el último caso referido), para solicitar la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos legales que se consideran contrarios a la ley suprema, declaración que asume efectos generales o *erga omnes*.

48. c) Un caso aislado es el de Guatemala, cuyo ordenamiento, además de establecer la declaración de inconstitucionalidad de las leyes con efectos particulares tanto por la vía incidental como a través de una verdadera acción, se ha inspirado evidentemente en el sistema que se ha calificado como austriaco,⁴⁵ al establecer, al lado de los tribunales ordinarios, un tribunal específico para conocer de la impugnación de las disposiciones legales contrarias a la carta fundamental, que recibe el nombre de "*Corte de Constitucionalidad*", se integra cada vez que se plantea una reclamación, con doce miembros de la Corte Suprema, de las Cortes de Apelaciones y de lo Contencioso-Administrativo, y ante la cual puede interponerse el llamado "recurso de inconstitucionalidad" por el Consejo de Estado, el Colegio de Abogados, el Ministerio Público o por cualquier persona o entidad afectada, con auxilio de diez abogados en ejercicio, en la inteligencia de que la declaración de inconstitucionalidad tiene efectos generales (artículos 262-265 de la Constitución de 15 de septiembre de 1965, reglamentados por los artículos

⁴⁴ Cfr. J. A. C. Grant, *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes*, cit., pp. 78-79; Alvaro Copete Lizarralde, *Lecciones de derecho constitucional*, 3a. ed., Bogotá, 1960, pp. 228-229; Francisco de Paula Pérez, *Derecho constitucional colombiano*, 5a. ed., Bogotá, 1962, pp. 449 y ss.; Ernesto Wolf, *Tratado de derecho constitucional venezolano*, Caracas, 1945, tomo II, pp. 167 y ss.; Humberto J. La Roche, *Derecho constitucional general*, 10a. ed., Maracaibo, Venezuela, 1969, pp. 124-128.

⁴⁵ Cfr. Mauro Cappelletti, *Judicial Review in the Contemporary World*, cit., pp. 71-77.

105-111 de la Ley de Amparo, *Habeas Corpus* y de Constitucionalidad, de 26 de abril de 1966).

IV. LAS SITUACIONES DE EMERGENCIA Y LA SEGURIDAD DEL ESTADO

49. En la imposibilidad de examinar todas y cada una de las legislaciones nacionales latinoamericanas por lo que se refiere a las situaciones de emergencia, haremos mención de aquellas que pueden considerarse como características:

50. a) En primer lugar podemos señalar que la Constitución argentina de 10. de mayo de 1853, que todavía se encuentra en vigor con varias enmiendas posteriores, regula el llamado *estado de sitio*, en sus artículos 34; 54; 68, inciso 26, y 83, inciso 19, según los cuales puede declararse en caso de conmoción interior o de ataque exterior, que ponga en peligro el ejercicio de la propia Constitución nacional y de las autoridades creadas por ella; la declaración corresponde al Congreso en uno o varios puntos de la nación en caso de conmoción interior, y en sus recesos puede hacerlo el Ejecutivo, pero una vez reunido el Congreso, éste debe aprobar o suspender la declaración del propio Ejecutivo.

51. En el supuesto de un ataque exterior, corresponde al Senado de la República autorizar al presidente de la nación para declarar el estado de sitio por término limitado.

52. Los efectos de la declaración del estado de sitio se traducen en la suspensión de las "garantías constitucionales" (en realidad, de los derechos fundamentales), pero durante este periodo de suspensión el presidente de la República no podrá condenar por sí ni aplicar penas, ya que su poder se limitará, en tal caso, respecto de las personas, a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro de la nación, si ellas no prefiriesen salir del territorio argentino.⁴⁶

53. b) En la Constitución brasileña de 24 de enero de 1967, en su texto reformado por decreto de 17 de octubre de 1969, se establece un capítulo especial para el *estado de sitio* (artículos 155 a 159), que esencialmente consiste, en forma similar al régimen argentino, en la limitación y suspensión de los derechos fundamentales de la persona humana, correspondiendo al presidente de la República decretar dicho estado de sitio en los casos de grave perturbación del orden o la amenaza de su interrupción, y en el caso de una contienda bélica, las regiones que abarque, las disposiciones que deben observarse y las personas que deben ejecutarlas.

⁴⁶ Cfr. Segundo V. Linares Quintana, *Tratado...*, cit., tomo V, pp. 444-448; Rafael Bielsa, *Derecho constitucional*, 3a. ed., Buenos Aires, 1959, pp. 327-332.

54. c) En el régimen constitucional chileno se han establecido tres instituciones de emergencia: el *estado de asamblea*, el *estado de sitio* y las *facultades extraordinarias*.⁴⁷

55. El estado de asamblea puede declararlo el presidente de la República siempre que exista una declaración de guerra por parte del Congreso respecto de un país extranjero, con la amenaza o la invasión de una o varias provincias (artículo 72, fracción 17 de la Constitución nacional).

56. El estado de sitio corresponde en principio al Congreso pero se faculta para declararlo al presidente de la República en el supuesto de ataque exterior en uno o varios puntos de la República, y si se trata de conmoción interior, cuando no encuentra reunido al Congreso, pero si el citado Congreso se reúne y no ha concluido el plazo fijado en el derecho de emergencia, la declaración del Ejecutivo se entenderá como una proposición o iniciativa de ley (artículo 72, inciso 17, segundo párrafo de la Constitución).

57. Las facultades extraordinarias se consideran independientes del estado de sitio, aun cuando pueden coincidir en determinado momento, correspondiendo su establecimiento a una ley del Congreso que autorice al presidente de la República para restringir, por un periodo que no exceda de seis meses, la libertad personal, la de imprenta, así como la suspensión o la restricción del ejercicio del derecho de reunión cuando lo reclamare la necesidad imperiosa de la defensa del Estado, la conservación del régimen constitucional o la paz interior (artículo 43, inciso 12, la de Constitución).

58. Existe una modalidad establecida por la Ley 7,200 de julio de 1942, que se refiere a la declaración de zonas de emergencia por parte del presidente de la República y que tuvo su aplicación esencial durante la Segunda Guerra Mundial, pero esta figura jurídica ha sido criticada por la doctrina, ya que se considera que implica la confusión de varias instituciones de emergencia, además de no estar prevista por el texto constitucional.⁴⁸

59. Estas tres instituciones se encuentran reglamentadas, en algunos aspectos, por la Ley 12,927 sobre seguridad interior del Estado, promulgada el 6 de agosto de 1958, y modificada por la diversa Ley 13,959 de 4 de julio de 1960.⁴⁹

⁴⁷ Cfr. Alejandro Silva Bascuñán, *Tratado...*, cit., tomo II, pp. 340-347; Jorge Mario Quinzio Figueiredo, *Manual de derecho constitucional*, cit., pp. 280-287; Mario Bernaschina González, *Manual de derecho constitucional*, cit., tomo II, pp. 223-233; Elena Caffarena de Jiles, *El recurso de amparo*, cit., pp. 43-148.

⁴⁸ Cfr. Mario Quinzio Figueiredo, *ibid.*, pp. 282-284; Elena Caffarena de Jiles, *ibid.*, pp. 132-148.

⁴⁹ Cfr. Mario Quinzio Figueiredo, *ibid.*, pp. 284-287.

60. *d)* Por lo que se refiere al derecho mexicano, los estados de emergencia se encuentran regulados por el artículo 29 de la Constitución Federal, bajo la denominación de *suspensión de garantías* (en realidad, derechos del hombre), la que a su vez está comprendida dentro de las llamadas "facultades extraordinarias para legislar", que puede delegar el Congreso de la Unión al presidente de la República, en los términos del artículo 49 constitucional.⁵⁰

61. De acuerdo con el referido artículo 29 constitucional, en los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública o cualquiera otro que ponga a la sociedad en grande peligro o conflicto, solamente el presidente de la República mexicana, de acuerdo con el Consejo de Ministros y con aprobación del Congreso de la Unión, y en los recesos de éste, por la Comisión Permanente, podrá suspender en todo el país, o en lugar determinado, las garantías (derechos fundamentales) que fuesen obstáculos para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación, pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la suspensión se contraiga a determinado individuo.

62. *e)* De los ordenamientos que hemos examinado anteriormente podemos concluir en el sentido de que, con diversos matices, otorgan facultades extraordinarias al Ejecutivo para hacer frente rápida y eficazmente a un estado de grave peligro exterior o interior, y entre estas facultades se encuentran las de limitar o suspender los derechos de la persona humana consagrados constitucionalmente, pues si bien los referidos ordenamientos latinoamericanos utilizan con frecuencia la denominación de "estado de sitio", consideramos acertada la afirmación del constitucionalista argentino Linares Quintana en el sentido de que el modelo que han seguido no es la institución francesa del mismo nombre, sino la suspensión del *habeas corpus* en Inglaterra y los Estados Unidos.⁵¹

V. CRITERIO GENERAL DE LA LEGISLACIÓN, LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA

63. *a)* Las constituciones latinoamericanas no hacen referencia expresa, salvo el caso de la carta fundamental del Brasil, a la cual nos refe-

⁵⁰ *Cfr.* Felipe Tena Ramírez, "La suspensión de garantías y las facultades extraordinarias en el derecho mexicano"; Antonio Martínez Báez, "Concepto general del estado de sitio"; Mario de la Cueva, "La suspensión de garantías y la vuelta a normalidad"; los tres trabajos en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, núms. 25-28, México, enero-diciembre de 1945, pp. 133 y ss.; 109 y ss., 177 y ss., respectivamente.

⁵¹ *Tratado...*, cit., tomo V., p. 440.

riremos más adelante, a la procedencia de la revisión judicial respecto de los actos de autoridad emanados de las situaciones de emergencia y que afecten los derechos fundamentales de los gobernados.

64. En términos generales, los textos constitucionales latinoamericanos señalan ciertas limitaciones a las facultades que pueden ejercitar los órganos del poder, particularmente el Ejecutivo, en estas situaciones excepcionales, en relación con los derechos públicos subjetivos de los ciudadanos, en especial la libertad personal, que suele ser la que se menoscaba con mayor frecuencia en los casos de peligro ó conflicto interno o externo, pudiendo señalarse como un ejemplo significativo la disposición contenida en el artículo 29 de la Constitución federal mexicana de 5 de febrero de 1857, según el cual la "suspensión de garantías" que podía decretarse en las situaciones de emergencia, no podía comprender aquellas garantías *que aseguran la vida del hombre*,⁵² declaración romántica en relación con las feroces guerras civiles que han azotado periódicamente a nuestros infortunados países.

65. En tal virtud, corresponde a la legislación ordinaria, y con frecuencia aquella que se dicta precisamente en las situaciones de emergencia, el establecimiento de las restricciones a los instrumentos específicos de tutela de los derechos humanos, sin que exista una base esencial en las disposiciones constitucionales que impidan extralimitaciones por parte de los organismos legislativos o del mismo Ejecutivo en uso de facultades extraordinarias para legislar.

66. Podemos citar algunos ejemplos recientes que son bastante ilustrativos: a) La Ley de Orden Público de Guatemala, de 30 de noviembre de 1966, establece en su artículo 95 que tratándose de la detención de una persona debida a medidas de seguridad dictadas en aplicación del mismo ordenamiento, el mandamiento judicial de *habeas corpus* debe practicarse en el mismo lugar de la detención y con el único objeto de evitar malos tratamientos, pero no puede traducirse en la libertad del mismo detenido, el cual puede quedar sujeto a investigación sin la obligación de ser consignado a la autoridad judicial en plazo alguno —anteriormente el plazo máximo de consignación era de 30 días— esto último de acuerdo con la reforma por el Decreto 88 de 13 de noviembre de 1970.

El diverso artículo 62 de la citada Ley de Orden Público dispone que los actos derivados de su aplicación no podrán ser impugnados a

⁵² Cfr. Isidro Montiel y Duarte, *Estudio sobre garantías individuales*, México, 1873, pp. 551-562; José María Lozano, *Tratado de los derechos del hombre*, México, 1876, pp. 400-408.

través del juicio de amparo, sino hasta que cese la vigencia del estado de emergencia declarado conforme al referido ordenamiento.⁵³

67. b') La Ley argentina sobre acción de amparo en el ámbito nacional, número 16,986 de 1966, establece en su artículo 2o. inciso b), la improcedencia de este instrumento procesal cuando el acto impugnado haya sido adoptado por expresa aplicación de la Ley sobre la Defensa Nacional, número 16,970, también de 1966, lo que implica una severa restricción a la eficacia del mismo juicio de amparo, que según habíamos expresado anteriormente, había tenido un desarrollo considerable en la jurisprudencia de los tribunales nacionales antes de la expedición de este ordenamiento, pues resulta evidente que un porcentaje elevado de las violaciones a los derechos fundamentales de los gobernados proviene precisamente de la aplicación de las disposiciones que se refieren a la defensa nacional.⁵⁴

68. c') En un grado de mayor gravedad se encuentra el artículo 181, del texto de la reforma constitucional brasileña de 1969, ya que este precepto considera aprobados y *excluidos de la apreciación judicial* los actos practicados por el Comando Supremo de la Revolución de 31 de marzo de 1964, y además de convalidar otros actos del gobierno federal apoyados en los llamados actos institucionales, el mismo artículo deja expresamente en vigor el acto institucional número 56, de 14 de diciembre de 1968, cuyos artículos 10 y 11 suspenden el proceso de *habeas corpus* respecto de los delitos políticos, los cometidos contra la *seguridad nacional*, el orden económico y social o la economía popular.

69. Este acto institucional prohíbe la intervención judicial para la calificación de los actos realizados en apoyo de este ordenamiento, que contiene disposiciones que autorizan al presidente de la República para declarar el receso del Congreso, la intervención en los Estados y los municipios, la suspensión de los derechos políticos de los ciudadanos, etcétera.

70. Precisamente por lo anterior resulta sorprendente que el artículo 159 de la misma Constitución brasileña, en su texto reformado en 1969, consigne una disposición que podría servir de ejemplo a los restantes ordenamientos constitucionales latinoamericanos, en cuanto establece que: *La inobservancia de cualquiera de las disposiciones relativas al estado de sitio determina la ilegalidad de la coacción y autoriza al afectado para acudir al Poder Judicial.*

71. La contradicción que se observa entre los mencionados artículos

⁵³ Cfr. Mario Aguirre Godoy, *Protección procesal de los derechos humanos*, cit., pp. 23-24.

⁵⁴ Cfr. Bartolomé A. Fiorini, *Acción de amparo. Graves limitaciones e inconsecuencias que la desnaturalizan*, cit., pp. 1-3.

181 y 159 de la Constitución brasileña, puede explicarse si se toma en consideración que el último de los preceptos mencionados proviene casi literalmente del artículo 215 de la Constitución democrática de 1946.⁵⁵

72. d') Un sector importante de la doctrina jurídica latinoamericana postula, en mayor o menor grado, la intervención de los órganos jurisdiccionales para la calificación de los actos, disposiciones o resoluciones dictados durante los periodos de emergencia.

73. Los constitucionalistas argentinos Segundo V. Linares Quintana⁵⁶ y Rafael Bielsa,⁵⁷ han considerado que la suspensión del *habeas corpus* con motivo de la declaración del estado de sitio, de acuerdo con la Constitución nacional, sólo implica la restricción en cuanto al fondo de la libertad personal, pero no del instrumento procesal mismo, el cual puede seguir operando, ya que como lo sostiene el último de los autores mencionados, una detención dispuesta por autoridad incompetente o aun por el mismo Poder Ejecutivo, sin relación de causa con los motivos determinantes del estado de sitio, no se conformaría al propósito de la Constitución, pues no sería detención *por los motivos del estado de sitio, sino en ocasión de ese estado*.

74. Respecto al juicio o acción de amparo en Argentina, Germán J. Bidart Campos afirma que, en principio, el estado de sitio no implica la falta de competencia de los jueces para conocer y decidir acciones de amparo, las cuales deben prosperar cuando la restricción de un derecho nada tenga que ver con la emergencia.⁵⁸

75. La tratadista chilena Elena Caffarena de Jiles dedica una monografía específica en apoyo de su criterio en el sentido de que los tribunales ordinarios conservan su competencia durante los periodos de estado de sitio y de facultades extraordinarias para conocer de los recursos de amparo contra órdenes de detención y traslado emanadas del presidente de la República, ya que no existe antinomia entre las facultades que se otorgan en estas situaciones de excepción al titular del Ejecutivo y la vigencia del derecho de amparo —que como se dijo oportunamente, equivale al *habeas corpus*—, ya que la intervención del Poder Judicial en las detenciones ordenadas por el mismo presidente de la República, no significa peligro para el mantenimiento del orden público.⁵⁹

⁵⁵ Sobre este precepto de la carta fundamental de 1946, *cfr.* Pontes de Miranda, *Comentarios a Constituição de 1946*, 3a. ed., Rio de Janeiro, 1960, tomo VI, pp. 466-467.

⁵⁶ *Tratado . . .*, cit., tomo V, pp. 471-488.

⁵⁷ *Derecho constitucional*, cit., pp. 331-332.

⁵⁸ *Régimen legal y jurisprudencia del amparo*, Buenos Aires, 1968, pp. 276-271.

⁵⁹ *El recurso de amparo*, cit., pp. 229-267.

76. También la doctrina mexicana ha sostenido la procedencia del juicio de amparo respecto de las disposiciones legislativas y su aplicación, dictadas durante el periodo de "suspensión de garantías" que autoriza el artículo 29 constitucional, según se expresó oportunamente.⁶⁰

77. e') La jurisprudencia de los tribunales latinoamericanos se ha manifestado insegura y vacilante a la defensa de su competencia para la tutela de los derechos fundamentales durante los estados de excepción.

78. En efecto, Elena Caffarena de Jiles hace referencia a la actitud temerosa de los tribunales chilenos para intervenir frente al departamento ejecutivo cuando éste actúa en ejercicio de facultades de emergencia, con algunas excepciones que no desvirtúan esta conducta de excesiva autolimitación judicial,⁶¹ y en su interesante examen de la eficacia del *habeas corpus* en el ordenamiento peruano —entendido, según se ha visto, como instrumento protector de todos los derechos humanos y no exclusivamente de la libertad personal— Domingo García Belaúnde demuestra gráficamente el menoscabo de la institución procesal con motivo de los constantes estados de excepción que se declararon entre 1932 y 1945, periodo en el cual sólo se interpusieron 12 demandas de protección de los derechos fundamentales, sobre un total de 182 que se hicieron valer desde la primera fecha hasta el año de 1970.⁶²

79. La jurisprudencia argentina ha examinado con mucha profundidad el problema de la tutela de los derechos fundamentales durante los periodos de emergencia, pero también en ella se advierten vacilaciones e incertidumbre, ya que en varios fallos de la Corte Suprema de la Nación se sostuvo la tesis de que la declaración del estado de sitio, en los términos del artículo 23 de la Constitución nacional, constituye un acto político que no es susceptible de revisión judicial.⁶³

80. Sin embargo, este criterio no ha sido absoluto, y paulatinamente se ha creado el concepto de la *razonabilidad* para juzgar de las facultades de emergencia establecidas durante el estado de sitio, lo que ha permitido a los tribunales conocer y decidir, a través de los instrumentos específicos de la tutela de los derechos humanos, es decir, *habeas*

⁶⁰ Cfr., especialmente, José Campillo Sáinz, "El juicio de amparo y la legislación de emergencia", *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, núms. 21-22, enero-junio de 1944, pp. 34-42.

⁶¹ *El recurso de amparo*, cit., pp. 21-30.

⁶² *El habeas corpus interpretado*, cit., pp. 14-22.

⁶³ Cfr. 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", *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 12 y 1 de diciembre de 1969, p. 20; José Luis Lazzarini, *El juicio de amparo*, cit., pp. 203-204.

corpus, amparo y recurso extraordinario, si los actos o disposiciones que afectan los derechos humanos durante las situaciones de excepción, se ejercen dentro de los límites establecidos por la Constitución nacional.

81. Este concepto de *razonabilidad*, que además debe ejercerse por los tribunales de manera "prudente", se ha hecho consistir, en esencia, en la proporción adecuada entre los fines perseguidos mediante la ley que declara el estado de sitio y las medidas utilizadas por la autoridad pública, en cuanto afecten los derechos fundamentales de los gobernados.⁶⁴

82. La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia mexicana no se ha ocupado ampliamente del problema, en virtud de que las conmociones interiores no se han presentado desde hace varios años, pero en cambio, se ha manifestado con motivo del estado de guerra con Alemania, Italia y Japón, que se declaró en el año de 1942.

83. En esta oportunidad, el Congreso de la Unión dictó varios ordenamientos para regular las facultades del Ejecutivo con motivo de la "suspensión de garantías" previstas en el mencionado artículo 29 constitucional, y en la que se denominó "Ley de Prevenciones Generales" de 11 de junio del citado año de 1942, se siguió el criterio restrictivo de los instrumentos tutelares, que ha imperado en la legislación de emergencia latinoamericana, al disponer en su artículo 18: "No se dará entrada a ninguna demanda de amparo en que se reclame alguna disposición de las leyes de emergencia o algún acto derivado de las mismas..."

84. Este precepto fue considerado implícitamente contrario al invocado artículo 29 constitucional, ya que la Suprema Corte de Justicia resolvió en cuanto al fondo varios procesos de amparo que se hicieron valer contra disposiciones expedidas por el Ejecutivo en uso de facultades extraordinarias, con apoyo en la citada Ley de Prevenciones Generales, y las declaró inconstitucionales por estimar que sus preceptos no tenían relación con la defensa del territorio nacional, de su soberanía y dignidad y para el mantenimiento de las instituciones fundamentales, como lo exigían los artículos 4o. y 5o. de la diversa ley expedida por el mismo Congreso de la Unión el 2 de junio de 1942.⁶⁵

⁶⁴ *Cfr.*, la minuciosa reseña jurisprudencial de Eduardo Vocos Conesa, "El Estado de sitio en la jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional, desde 1863 hasta el 30 de junio de 1970", *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 1o. de septiembre de 1970, pp. 57-63.

⁶⁵ Ver autores citados en la nota 51.

VI. LOS TRIBUNALES ORDINARIOS Y LAS SITUACIONES DE EMERGENCIA

85. De acuerdo con lo expresado en los incisos anteriores, existe una tendencia cada vez más vigorosa que reclama la subsistencia de los instrumentos procesales tutelares de los derechos humanos en las situaciones de emergencia, por lo que en esta oportunidad es preciso plantearnos brevemente la cuestión de los organismos jurisdiccionales a los cuales corresponde el conocimiento y la decisión de tales instrumentos.

86. La doctrina se inclina en forma abrumadora por la intervención de los tribunales ordinarios, ya que las declaraciones de emergencia, a no ser en casos extremos en los cuales resulta necesaria la imposición de la ley marcial, no impiden el funcionamiento de los organismos jurisdiccionales, aun cuando se limiten algunas de sus facultades, exclusivamente en cuanto sea necesario para superar la situación de peligro.⁶⁶

87. Esta conclusión resulta evidente, ya que deriva del principio del "juez natural", como un derecho fundamental de la persona humana para ser juzgada por un tribunal previamente establecido por el ordenamiento legal, con prohibición de su sometimiento a organismos especiales, privativos o por comisión, de los cuales tanto se ha abusado y se abusa no sólo en los tiempos anteriores al constitucionalismo moderno, sino inclusive en épocas recientes bajo la forma de tribunales militares, de orden público, revolucionarios, populares, etcétera.

88. Este principio del "juez natural" ha sido acogido prácticamente por la totalidad de las constituciones latinoamericanas contemporáneas, y a este respecto podemos mencionar las siguientes: Argentina (1853-1860, artículo 18); Bolivia (1967, artículos 14 y 116); Brasil (1967, artículo 153, parágrafo 15, del texto reformado en 1969); Chile (1925-1943, artículo 12); Colombia (1886, artículo 26); Costa Rica (1949, artículo 35); Ecuador (1945, artículo 141, parágrafo 6o.); El Salvador (1962, artículo 1969); Guatemala (1965, artículo 159); Haití (1950, artículo 11); Honduras (1965, artículo 59); México (1917, artículo 13); Nicaragua (1950, artículo 48); Panamá (1946, artículo 32); Paraguay (1967, artículo 61); Perú (1933, artículos 57 y 228); Uruguay (1967, artículo 19); y Venezuela (1961, artículo 69).

89. No obstante lo anterior, con motivo de las declaraciones de emergencia, especialmente cuando se trata de conmociones internas —que por otra parte son las más numerosas— a través de disposiciones

⁶⁶ Nos limitamos a citar las amplias referencias consignadas por Segundo V. Linares Quintana, *Tratado . . .*, cit., tomo V, pp. 469-513.

legislativas y aun de carácter administrativo, se sustrae a los particulares de los tribunales ordinarios y se les somete a organismos creados especialmente, o bien, lo que resulta más frecuente, a la jurisdicción castrense, cuando se trata de delitos políticos graves, no obstante que en este último caso, los acuerdos no pertenezcan a las fuerzas armadas.

VII. INTERVENCIÓN DE LOS TRIBUNALES MILITARES

90. Ya hemos mencionado en el número anterior que una de las violaciones más frecuentes al principio del "juez natural" consagrado en todas las constituciones latinoamericanas, radica en la intervención de la jurisdicción castrense para conocer de los delitos políticos que atentan contra la seguridad del Estado en las situaciones de emergencia.

91. Esta hipertrofia de la justicia militar resulta totalmente injustificada tratándose de civiles, ya que afecta en forma considerable el derecho de defensa de los acusados a través de un procedimiento que está dirigido esencialmente a preservar la disciplina militar,⁶⁷ y si bien no podría hablarse de una absoluta denegación de justicia,⁶⁸ este sistema resulta inadecuado para el enjuiciamiento de personas ajenas a las fuerzas armadas.

92. Como ejemplo podemos mencionar diversos ordenamientos expedidos en los recientes periodos de crisis política en Argentina, el último de los cuales, la Ley 18,323, atribuyó a los tribunales castrenses la competencia para juzgar a personas que incurrieran en hechos o situaciones previstos por el Código de Justicia Militar, cuando el Ejecutivo estimara que se presentaban en situaciones de emergencia, con lo cual, como lo sostiene el tratadista Augusto M. Morello, además de violarse injustificadamente el artículo 18 de la Constitución nacional,⁶⁹ se limitan gravemente las funciones y la competencia de los tribunales ordinarios, por lo que este sistema merece las críticas más severas.⁷⁰

93. Esta situación se presenta periódicamente en otros países latinoamericanos que se encuentran bajo el dominio de gobiernos directa

⁶⁷ Cfr. Francisco Arturo Schroeder, *Concepto y contenido del derecho militar*, México, 1965.

⁶⁸ Cfr. Octavio Véjar Vázquez, "Las garantías individuales en la jurisdicción castrense mexicana", *Revista Española de Justicia Militar*, Madrid, 1964, pp. 91-100.

⁶⁹ La parte relativa del artículo 18 de la Constitución argentina establece: "Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa..."

⁷⁰ "Protección procesal de los derechos humanos en Argentina", comunicación nacional presentada al Quinto Congreso Internacional de Derecho Procesal, México, marzo de 1972, resumido en la ponencia general redactada por Héctor Fix-Zamudio, *Protección procesal de los derechos humanos*, Quetzaltenango, Guatemala, p. 33.

o indirectamente sometidos a un régimen militar, y ha sido abordada en forma valiente por la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina, la cual declaró inconstitucionales preceptos análogos al señalado en el párrafo anterior, que dispusieron la sustitución de los jueces nacionales o de las provincias, por consejos de guerra, ya que en concepto de la propia Corte, cuando no existen hostilidades efectivas, las fuerzas armadas actúan en calidad de auxiliares del presidente de la nación, que es su comandante en jefe y, por otra parte, la invocación de los poderes de guerra no justifica el sacrificio perdurable de los derechos fundamentales de los ciudadanos, cuando ese sacrificio no sea claramente necesario para la seguridad nacional.⁷¹

94. A pesar de la jurisprudencia anterior, el máximo tribunal argentino ha incurrido en algunas contradicciones, lo que nos está indicando la fuerza de los problemas políticos, como ha ocurrido en su resolución en el caso *Roberto Candenario Rodríguez*, fallado el 19 de febrero de 1971, en el cual revocó la concesión, por parte de un juez federal, de una petición de *habeas corpus* interpuesta por un civil contra una resolución de un tribunal militar, por estimar dicha Corte Suprema que son competentes los tribunales castrenses para aplicar bandos militares en zonas de emergencia, en aplicación de la Ley 16,970, de 6 de octubre de 1966.

95. Este fallo ha sido criticado por la doctrina al considerar, que de acuerdo con la letra y el espíritu de la Constitución nacional, e inclusive del mismo ordenamiento invocado por la Corte (Ley de la Defensa Nacional),⁷² cuando se trata de personas ajenas a las fuerzas armadas, deben ser enjuiciadas ante los tribunales ordinarios, aun cuando incurran en delitos previstos por bandos o el Código de Justicia Militar.⁷³

96. En el derecho constitucional mexicano la exclusión de los tribunales militares resulta evidente a partir del artículo 13 de la Constitución anterior de 5 de febrero de 1857,⁷⁴ que ha sido reproducido

⁷¹ Cfr. Eduardo Vocos Conesa, *El estado de sitio en la jurisprudencia*, cit., pp. 35-37.

⁷² El artículo 42 del citado ordenamiento dispone: "Los magistrados judiciales que desempeñen funciones en los teatros de operaciones mantendrán independencia en su acción y la plenitud de sus atribuciones para la aplicación de la legislación vigente y de los bandos que se dicten".

⁷³ Cfr. Norberto Eduardo Spolansky y Jorge Reinaldo Vanossi, "Sanciones militares y garantías constitucionales", sobretiro de la *Revista Federación Argentina de Colegios de Abogados*, Buenos Aires, febrero de 1971. En relación con la jurisprudencia reciente, cfr. Eduardo Vocos Conesa, "Estado de sitio en la jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional (1970 - junio 1972)", *Jurisprudencia Argentina*, junio 7 de 1971, pp. 2-15.

⁷⁴ Cfr. Isidro Montiel y Duarte, *Estudio sobre garantías individuales*, cit., pp. 75-85; José María Lozano, *Tratado de los derechos del hombre*, cit., pp. 224-237.

en el precepto del mismo número de nuestra carta fundamental vigente de 1917, ya que en su parte conducente se dispone:

*Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales... Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falla del orden militar estuviere complicado un paisano, conocerá el caso la autoridad civil que corresponda.*⁷⁵

97. En nuestra opinión, de acuerdo con lo dispuesto por el citado precepto constitucional, en ningún supuesto puede aplicarse el Código de Justicia Militar a personas ajenas a las fuerzas armadas, las que tampoco pueden ser juzgadas por los tribunales castrenses, pues en nuestro sistema los civiles no pueden cometer delitos militares, aun cuando participen en ellos y se encuentren en época de emergencia, ya que su conducta se encuentra tipificada en los códigos penales, por lo que el mismo precepto fundamental no puede limitarse ni suspenderse en los términos del diverso artículo 29 de la carta federal.

98. Así lo ha entendido el legislador mexicano, ya que con motivo del estado de guerra con Alemania, Italia y Japón, la ley de 2 de junio de 1942 expedida por el Congreso de la Unión y que aprobó la declaración de "suspensión de garantías" por parte del Ejecutivo de la Unión, no comprendió dentro de los derechos fundamentales afectados por la emergencia, el establecido por el referido artículo 13, sobre el "juez natural" y la prohibición del sometimiento de los civiles a los tribunales castrenses.

VIII. SEGURIDAD NACIONAL Y DERECHOS HUMANOS

99. En este problema que estamos examinando nos encontramos frente a dos valores cuya tutela resulta indispensable, por una parte la defensa de una comunidad nacional y por la otra, el respeto de los derechos fundamentales de la persona humana.

100. Aun cuando a primera vista ambos valores de rango superior y de la misma jerarquía pueden encontrarse en conflicto debiendo sacrificarse uno de ellos para la protección del otro y viceversa, en realidad, esta contradicción puede resolverse a través del equilibrio entre

⁷⁵ Cfr. Ignacio Burgoa, *Las garantías individuales*, 6a. ed., México, 1970, pp. 202-314.

los imperativos de la defensa nacional y la tutela de la esfera jurídica de los miembros de la comunidad.

101. Este equilibrio no puede establecerse únicamente a través del control político abstracto realizado por los órganos legislativos hacia el departamento ejecutivo, al cual se delegan habitualmente facultades muy amplias, y con mayor razón tratándose de gobiernos militares que han decretado el receso de los propios órganos, sino esencialmente por conducto de los tribunales ordinarios que deciden en cada caso concreto sobre los límites de la acción de los organismos de defensa del Estado.

102. Sin embargo, en la realidad política latinoamericana se observa que los organismos de la defensa nacional contemplan con desconfianza la intervención de la judicatura, a no ser que se trate de tribunales castrenses, debido al temor injustificado de una interferencia en los mecanismos de la propia defensa, que con bastante frecuencia resultan desproporcionados para los fines de seguridad que se persiguen.

103. Uno de los argumentos esgrimidos en tales casos por los gobiernos se refiere a la indebida apreciación judicial de las cuestiones políticas,⁷⁶ pero además de que este concepto es sumamente variable y se ha restringido en los últimos años, como lo demuestra el cambio de actitud en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que elaboró toda una doctrina de autolimitación en el conocimiento de las *cuestiones políticas*,⁷⁷ la función de los órganos jurisdiccionales durante las situaciones de emergencia no puede referirse a la *oportunidad política* de las medidas adoptadas por las instituciones que tienen encomendada la defensa nacional, y respecto de la cual existen otros organismos de control, también de carácter político.⁷⁸

104. La intervención de los tribunales debe centrarse, por tanto, en el examen de las limitaciones jurídicas establecidas por la Constitución, y en su caso, por los ordenamientos legislativos que regulan la seguridad nacional, así como las declaraciones de emergencia del Ejecutivo, en la inteligencia de que estos últimos deben conformarse a la carta fundamental.

105. Por este motivo, nos adherimos a la postura adoptada por el tratadista guatemalteco Mario Aguirre Godoy en cuanto sostiene que desde el punto de vista jurídico no existe obstáculo para que los tribu-

⁷⁶ Cfr. Giuseppe de Vergottini, *Indirizzo politico de la difesa e sistema costituzionale*, Milán, 1971, pp. 48-92.

⁷⁷ Cfr. Bernard Schwarz, *Los poderes del gobierno*, vol. I, trad. de José Juan Olloqui Labastida, México, 1966, pp. 576-579; Karl Loewenstein, "La función política del Tribunal Supremo de los Estados Unidos", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 33, Madrid, enero-febrero de 1964, pp. 5-39.

⁷⁸ Cfr. Giuseppe de Vergottini, *Indirizzo Politico...*, cit., pp. 333-400.

nales ordinarios —y también la Corte de Constitucionalidad en su país— puedan conocer y declarar, en su caso, la inconstitucionalidad del decreto legislativo que confiera al Ejecutivo facultades de emergencia, si este decreto comprende un derecho o garantía constitucional no susceptible de ser restringido de acuerdo con los lineamientos de la carta fundamental.⁷⁹

106. Si lo que se va a juzgar no es la oportunidad, los motivos o la orientación política de las medidas de emergencia, sino exclusivamente sus limitaciones de carácter jurídico, en nuestro concepto resultan aplicables, con las debidas adaptaciones, los lineamientos de la admirable jurisprudencia establecida por el Consejo de Estado francés sobre la *desviación de poder*,⁸⁰ para calificar los límites jurídicos de los actos discrecionales de carácter administrativo, que por mucho tiempo se sustrajeron al control jurisdiccional,⁸¹ como también ocurrió en los actos calificados de políticos y ahora se pretende hacerlo con los relativos a las situaciones de emergencia.

107. En un sentido similar se ha construido la mejor jurisprudencia de la Corte Suprema argentina, aun cuando no la hubiese sostenido en forma permanente por las graves presiones políticas que se han ejercido sobre la propia Corte, sobre la *razonabilidad* de las medidas de emergencia, en cuanto a su relación con los fines perseguidos con su establecimiento y su proporción con el peligro que se pretende combatir.

108. Ya sea que aceptemos el concepto de la desviación de poder o el de la *razonabilidad*, lo cierto es que los instrumentos procesales específicos para la tutela de los derechos humanos deben subsistir en las situaciones de emergencia, especialmente en la tormentosa vida política latinoamericana, ya que constituyen el único baluarte para evitar que, con apoyo en la seguridad nacional, se restrinjan considerablemente tales derechos, en forma desproporcionada a la conmoción interior o exterior, ya que los restantes controles políticos que funcionan eficazmente en otros sistemas constitucionales no constituyen un freno efectivo contra los abusos del poder en nuestro continente.

⁷⁹ *Protección procesal de los derechos humanos*, cit., p. 24.

⁸⁰ Sobre la desviación de poder en la jurisprudencia francesa existe una enorme bibliografía, por lo que nos limitaremos a citar los estudios más accesibles, Maxime Létourner, "El Consejo de Estado francés", *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Ginebra, diciembre de 1967, pp. 116-119; Michael Fromot, "La protección juridictionnelle du particulier contre le pouvoir exécutif en France", en la obra *Gerichtsschultz gegen die Executive*, cit., vol. I, pp. 226-240; Jean Marie Aubry y Michael Fromot, *Les recours contre les actes administratifs dans les pays de la Communauté économique européenne*, París, 1971, pp. 250-261.

⁸¹ Cfr. Juan Francisco Linares, *Poder discrecional administrativo*, Buenos Aires, 1958, pp. 167-283.

IX. CONCLUSIONES

109. a) La doctrina latinoamericana no ha abordado con el debido detenimiento la tutela procesal de los derechos humanos en las situaciones de emergencia, por lo que resulta indispensable analizar con mayor amplitud este problema, tomando en cuenta la situación angustiosa de los habitantes de Latinoamérica.

110. b) Los ordenamientos constitucionales latinoamericanos cuentan con suficientes instrumentos específicos de carácter procesal para la protección de los derechos fundamentales de la persona humana, como lo son el *habeas corpus*, la acción, recurso o juicio de amparo, el mandamiento de seguridad brasileño, la acción o incidente de inconstitucionalidad de las leyes, la acción popular de inconstitucionalidad, etcétera.

111. c) Sin embargo, las propias constituciones no establecen con precisión la intervención de los tribunales en las situaciones de emergencia, por lo que resulta necesario acudir a la legislación secundaria para establecer las facultades de la judicatura, con excepción de la carta fundamental del Brasil, pero en este último supuesto, otras disposiciones, inclusive de carácter constitucional, desvirtúan el precepto relativo, por lo que sería conveniente señalar en los mismos textos fundamentales las bases de la intervención de los propios tribunales frente a la actividad de los organismos e instrumentos de la defensa o seguridad nacional, en cuanto afectan los derechos fundamentales de la persona humana.

112. d) Se ha pretendido con frecuencia, particularmente tratándose de gobiernos dirigidos directa o indirectamente por militares, que los delitos políticos contra la seguridad del Estado, en especial los realizados durante las situaciones de excepción, sean sometidos a la jurisdicción castrense, aun cuando los acusados no pertenezcan a las fuerzas armadas, pero es evidente que esta extensión de los tribunales militares es injustificada, ya que de acuerdo con el principio del "juez natural", en todo caso estos delitos corresponden a los jueces ordinarios.

113. e) Finalmente, como los tribunales ordinarios en su función de tutela de los derechos humanos frente a las medidas de la defensa nacional sólo juzgan de los límites jurídicos de tales medidas, pero no de su oportunidad o de los motivos de carácter político, resultan aplicables a esta materia los elementos esenciales de los conceptos de *desviación de poder* construido por la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, o el de *razonabilidad* utilizado por la jurisprudencia argentina.

VI

EL PENSAMIENTO DE EDUARDO J. COUTURE
Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL PROCESAL

Publicado en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 30, septiembre-diciembre de 1977, pp. 315-348. Aparecido en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, Uruguay, enero-junio de 1980, tomo I, pp. 51-69. "Estudios en honor de Eduardo J. Couture". Trabajo elaborado para el número de la *Revista de Derecho Procesal*, de Uruguay, dedicado a la memoria del ilustre procesalista Eduardo J. Couture, y se publica con autorización de la comisión editorial de dicha revista.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Derecho constitucional y derecho procesal*. III. *Nacimiento de una nueva disciplina: el derecho constitucional procesal*. IV. *Sectores que la integran*. V. *La jurisdicción como función esencial del Estado moderno. Las garantías judiciales*. VI. *El proceso y la tutela de los derechos humanos. Las garantías de los justiciables*. VII. *El acceso a la jurisdicción*. VIII. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

1. Pretendemos abordar en este breve estudio, el problema relativo al nacimiento reciente de una disciplina jurídica, todavía de contornos imprecisos, que podemos calificar como *derecho constitucional procesal*, y que ha surgido como resultado de la confluencia de otras dos ramas de la ciencia jurídica: el derecho constitucional y el derecho procesal.

2. Efectivamente, por mucho tiempo esta confluencia no fue advertida de manera suficiente y los cultivadores de las dos disciplinas mencionadas en segundo término seguían caminos diferentes, especialmente en la época, afortunadamente superada, en que predominaba un concepto privatista del proceso.¹

3. Sin embargo, se advierte un cambio de perspectiva, en cuanto surgió el procesalismo científico, que para fijar una fecha inicial hasta cierto punto arbitraria, se puede señalar el año de 1868, en que fue publicado el libro clásico de Oscar Bülow sobre *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*,² especialmente a través del

¹ Cfr., la brillante exposición de Eduardo J. Couture, sobre las concepciones privatistas del proceso, *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3a. ed., Buenos Aires, 1958, pp. 126-131.

² Aparecido en Giessen con el título de "Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessoraussetzungen", y traducido al español por Miguel Ángel Rosas Lichtstein, Buenos Aires, 1964; cfr. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, 2a. ed., México, 1970, p. 135; *id.*, "La teoría general del proceso y la enseñanza del derecho procesal" en la obra del mismo autor intitulada *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, México, 1974, tomo I, pp. 537-538.

concepto sobre la autonomía de la nación, lo que significó para los estudios procesales un fenómeno análogo a lo que representó para la física la división del átomo, según una frase muy acertada de Eduardo J. Couture.³

4. Esta evolución hacia la que podemos calificar como publicización del proceso en general, y del civil en particular, culmina con la corriente moderna que considera al derecho de acción como un derecho subjetivo público, de carácter constitucional, orientación en la cual han sido fundamentales las ideas del ilustre jurista uruguayo, en cuanto al desarrollar este concepto formulado brillantemente por Francesco Carnelutti,⁴ destacó la trascendencia constitucional de la acción como un derecho paralelo al de petición.⁵

5. Con anterioridad la doctrina había explorado hasta cierto límite, como lo hicimos notar respecto del gran Carnelutti, las implicaciones de carácter constitucional de las instituciones procesales, particularmente del derecho de acción, y en esta dirección, para señalar algunos ejemplos, podemos mencionar el clásico estudio de Piero Calamandrei sobre *La realidad del concepto de acción*, en el cual puso de relieve las relaciones de las orientaciones políticas de carácter constitucional y el concepto mismo de la acción,⁶ y el no menos clásico de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción*, que analiza esta institución procesal en su dimensión más amplia.⁷

6. Respecto a esa trascendencia constitucional de las instituciones procesales, debemos señalar como una obra básica y además como el inicio de los estudios sobre la nueva disciplina jurídica que hemos señalado, es decir, del derecho constitucional procesal, el profundo estudio de Eduardo J. Couture intitulado *Las garantías constitucionales del*

³ *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit., *supra* nota 1, pp. 63-64.

⁴ *Sistema de derecho procesal civil*, trad. de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1944, tomo II, pp. 637 y ss.; *id.*, *Instituciones del proceso civil*, y *Lecciones sobre el proceso penal*, ambos traducidos por Sentís Melendo, Santiago, Buenos Aires, 1959 y 1950, respectivamente, tomo I, pp. 317 y ss., y tomo II, pp. 11 y ss.; Luigi Paolo Camoglio, *La garanzia costituzionale dell'azione nel processo civile*, Padua, 1970, pp. 98 y ss.

⁵ *Cfr.* Eduardo J. Couture, "Las garantías constitucionales del proceso civil" en el libro *Estudios de derecho procesal en honor de Hugo Alsina*, Buenos Aires, 1946, pp. 158-173; *id.*, *Fundamentos del derecho procesal civil*, cit., *supra*, nota 1, pp. 67-68.

⁶ Estudio publicado en el libro del mismo autor *Estudios sobre el proceso civil*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1961, pp. 135-160.

⁷ Publicado primeramente en el volumen *Estudios de derecho procesal en honor de Hugo Alsina*, cit., *supra*, nota 5, pp. 761-820; y posteriormente en la obra *Estudios de teoría general e historia del proceso*, cit., *supra*, nota 2, pp. 317-373.

proceso civil,⁸ que tuvo una amplia repercusión entre los juristas latinoamericanos e inclusive los europeos.⁹

7. Por tanto, las ideas del ilustre Eduardo J. Couture sobre las categorías constitucionales del proceso civil fácilmente pueden ampliarse a las restantes ramas procesales, y además vincularse con las reflexiones que actualmente predominan en la doctrina procesal contemporánea sobre esta materia, respecto de la cual debemos considerarlo como un renovador.

II. DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHO PROCESAL

8. Hemos sostenido que no es sino hasta época muy reciente que tanto los estudios del derecho constitucional como los cultivadores del procesalismo científico se han percatado de la estrecha vinculación de sus respectivas disciplinas, particularmente en esta segunda posguerra, en la que se han expedido cartas fundamentales en las cuales se consagran expresamente los lineamientos de las instituciones procesales, ya que los constituyentes contemporáneos se han percatado de la necesidad de otorgar la debida importancia a la función jurisdiccional.¹⁰

9. Ya no se discute la trascendencia constitucional de la función jurisdiccional, pero como lo expresó con toda claridad el distinguido procesalista español Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, conocemos lo que es la jurisdicción, pero no sabemos dónde está, es decir si en el derecho procesal o en el constitucional,¹¹ lo que significa que esta fundamental institución se ha estudiado simultáneamente por los cultivadores de ambas disciplinas, pero desde ángulos diversos, sin pretender un análisis de conjunto que unifique los criterios de los juristas de las ramas.

10. En tal virtud, el enfoque novedoso de las instituciones procesales, empezando por la jurisdicción, pero comprendiendo también las otras dos instituciones fundamentales de la llamada "trilogía",¹² es decir, la acción y el proceso, consiste en examinarlas desde los dos án-

⁸ Trabajo citado, *supra*, nota 5.

⁹ Véase el estudio de Enrico Tulio Liebman, "Diritto costituzionale e processo civile", *Rivista di Diritto Processuale*, Padua, 1952, pp. 327-332, trad. española "Derecho constitucional y proceso civil", en la *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Montevideo, junio-julio de 1953, pp. 121-124, estudio que comenta las ideas del insigne Couture.

¹⁰ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, México, 1974, pp. 9-24.

¹¹ *Proceso, autocomposición y autodefensa*, cit., *supra*, nota 2, p. 103.

¹² Denominación utilizada por el procesalista argentino Ramiro Podetti J., *Teoría y práctica del proceso civil*, Buenos Aires, 1942, pp. 64-66; *id.*, "Trilogía estructural de la ciencia del proceso civil", *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 1944, vol. I, pp. 113-170.

gulos, tanto procesal como constitucional, con objeto de obtener un criterio común que permita una explicación satisfactoria para los cultivadores de ambas disciplinas.

11. En otras palabras, se está despertando la conciencia entre constitucionalistas y procesalistas, sobre la conveniencia de unir sus esfuerzos con el objeto de profundizar las instituciones procesales fundamentales, ya que no debe olvidarse, como ocurrió durante mucho tiempo, que poseen una implicación político-constitucional, y no de carácter exclusivamente técnico, y es en este sentido en que podemos hablar de la relatividad de los conceptos de jurisdicción y de proceso, en el sentido que lo hiciera el inolvidable Calamandrei respecto de la acción.¹³

12. Este encuentro consciente entre constitucionalistas y procesalistas, además de otros eventos que señalaremos en su oportunidad, se advierte en el Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, que se efectuó en la ciudad de México durante los días 25 a 30 de agosto de 1975, y en el cual se examinó un tema de implicaciones recíprocas intitulado *Función del Poder Judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos*, y respecto del cual se sustentaron conclusiones que implican un examen conjunto de las instituciones procesales por los cultivadores de las dos disciplinas jurídicas mencionadas.¹⁴

13. Es importante la conclusión del citado Congreso, respecto del tema que nos ocupa, en cuanto aprobó la siguiente recomendación:

Es necesaria una mayor aproximación entre los constitucionalistas y los cultivadores del procesalismo científico, con el objeto de estudiar, con mayor profundidad y en forma integral, las materias que comprenden las zonas de confluencia entre ambas disciplinas, y que tienen relación directa con la función del organismo judicial.¹⁵

III. NACIMIENTO DE UNA NUEVA DISCIPLINA: EL DERECHO CONSTITUCIONAL PROCESAL

14. De las relaciones que deben ser cada vez más estrechas entre los cultivadores de las disciplinas jurídicas del derecho constitucional y del derecho procesal, ha surgido en los últimos años el planteamiento de problemas que se derivan de la zona fronteriza entre las dos ramas mencionadas, y que al sistematizarse los conceptos, ideas e instituciones

¹³ Véase su trabajo citado, *supra*, nota 6.

¹⁴ Estas conclusiones pueden consultarse en el folleto intitulado *Derecho y realidad constitucional en América Latina*, México, 1975, pp. 15-19.

¹⁵ *Ibid.*, p. 15.

surgidas de dos nuevas ramas jurídicas, que no obstante su juventud prometen un firme y constante desarrollo, ya que se relacionan directamente con los fenómenos de carácter sociopolítico más apremiantes de esta segunda posguerra, especialmente la necesidad de someter a los órganos del poder, cada día más poderosos, a la acción de la justicia, y que hemos tratado de calificar gráficamente como *justificación del poder*,¹⁶ frente a la simple racionalización que señaló Boris Mirkin Guetzevich después de la Primera Guerra Mundial.¹⁷

15. Es decir, que al lado del venerable Estado de derecho liberal e individualista, que ya cumplió su misión histórica, ha surgido el *Estado de derecho democrático de carácter social*, como expresamente se establece en el artículo 20, fracción I, de la Constitución de la República Federal de Alemania,¹⁸ hasta el extremo de que el jurista alemán Ernst Forsthoff ha podido sostener que sólo como "Estado social", el "Estado de derecho" tiene un futuro.¹⁹

16. En un análisis reciente y muy agudo del Estado social de derecho, realizado por el distinguido constitucionalista y cultivador de la ciencia política, Manuel García Pelayo, se afirma que significa un Estado sujeto a la ley legítimamente establecida con arreglo al texto y a la praxis constitucionales con indiferencia a su carácter formal o material, abstracto o concreto, constitutivo o activo, y la cual, en todo caso, no puede contradecir los preceptos sociales establecidos o reconocidos por la Constitución.²⁰

17. Desde un punto de vista de la filosofía política, el Estado social de derecho también puede caracterizarse como *Estado de justicia*, en el sentido en que lo entiende Giacomo Perticone, es decir, 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 del individuo aislado, sino en los de la persona asociada, los cuales pueden constituirse en un orden basado en la solidaridad.²¹

¹⁶ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1965)*, México, 1968, pp. 9-10.

¹⁷ *Las nuevas constituciones del mundo*, Madrid, 1931, pp. 56-57; *id.*, *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, París, 1931, pp. VII-VIII.

¹⁸ Dicho precepto establece: "La República Federal Alemana es un Estado Federal, democrático y social..." Sobre el alcance de este precepto, cfr. Wilhelm Herschel, "Protezione del lavoro nello Stato di diritto sociale", *Nuova Revista di Diritto Commerciale, Diritto del Economia, Diritto Sociales*. Pisa, 1956, pp. 67 y ss.; Theodor Maunz, *Deutsches Staatsrecht* (Derecho político alemán), 18a. ed., Munich, 1971, pp. 68-77.

¹⁹ "Repubblica Federale Tedesca come Stato di Diritto e Stato Sociale", *Revista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milán, julio-septiembre de 1956, p. 592.

²⁰ *El Estado social y sus implicaciones*, México, 1975, pp. 44-45.

²¹ "Stato di Diritto e Stato di Giustizia", *Revista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Milán, enero-febrero de 1963, p. 129.

18. Tomando en cuenta las ideas anteriores y en la actualidad en que se encuentran de moda los estudios sobre el lenguaje jurídico, es posible afirmar que ese Estado social de derecho, como Estado de justicia, implica, desde el ángulo del ordenamiento constitucional, una doble referencia a las categorías procesales, es decir, por una parte resulta necesario someter a los órganos del poder a la justicia, es decir, al proceso, y desde otro ángulo, es preciso otorgar poder a la justicia, es decir, darle efectividad y hacerla accesible a los gobernados, con apoyo en uno de los derechos humanos más importantes de nuestra época, o sea el derecho a la justicia o a la jurisdicción.²²

19. Si pretendemos utilizar los vocablos para un intento de clarificación de las ideas anteriores y sólo con el propósito de otorgarles un carácter gráfico, es posible sostener que tomando en cuenta el primer aspecto, de darle efectividad a las disposiciones constitucionales a través de los instrumentos procesales, se puede hablar de la "justicia constitucional",²³ en tanto que si queremos describir la regulación constitucional de las instituciones procesales, no sería descabellado calificar este fenómeno como una "constitucionalización de la justicia", y por ello en el primer caso se puede afirmar que su estudio sistemático da lugar a la disciplina que podemos llamar "derecho procesal constitucional", y en el segundo, del "derecho constitucional procesal", sin que pueda considerarse que se trata de un juego de palabras puramente semántico.

20. En efecto, la rama más joven del procesalismo científico es precisamente el *derecho procesal constitucional*, cuya iniciación como ciencia sistemática se atribuye al ilustre Hans Kelsen,²⁴ y que se ocupa del estudio de los instrumentos procesales que garantizan el cumplimiento de las normas constitucionales; instrumentos que de acuerdo con la terminología de James y Robert Goldschmidt, se pueden comprender dentro de las normas que calificaron de carácter "justicia formal".²⁵

21. A este respecto debemos destacar que, si bien es verdad que en diversas etapas históricas han existido medios para lograr la limitación del poder, e inclusive a fines del siglo XVIII surgió en la Constitución

²² Cfr., entre otros, Adolfo Gelsi Bidart, "Proceso y garantía de derechos humanos", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, Madrid, 1971, pp. 43-54.

²³ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional*, cit., *supra*, nota 16, pp. 9-18.

²⁴ Cfr. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, cit., *supra*, nota 2, p. 215.

²⁵ *Derecho justicial material y Derecho justicial material civil*, respectivamente; el primero traducido por Catalina Grossman, y el segundo redactado directamente en español, publicados ambos en un solo volumen, Buenos Aires, 1959.

de los Estados Unidos de 1787 un sistema de impugnación de la inconstitucionalidad de las leyes a través del departamento u organismo judicial, que este último desarrolló en forma admirable,²⁶ tales instrumentos no fueron analizados en forma sistemática sino a partir de los estudios del fundador de la Escuela de Viena sobre la justicia constitucional,²⁷ los que fructificaron ampliamente con la creación de la Corte Constitucional austriaca en la carta fundamental de 1920, con una repercusión muy amplia en las leyes fundamentales de esta segunda posguerra, particularmente a través de las cortes o tribunales constitucionales que todavía subsisten en Italia (1948); República Federal de Alemania (1949); Turquía (1961); República Federal Socialista de Yugoslavia (1963-1974); y Guatemala (1965), tomando en cuenta, por supuesto, la Corte Constitucional austriaca, restablecida en 1945.²⁸

22. El derecho procesal constitucional como disciplina científica tiene como objeto el estudio de los instrumentos de garantías en sentido estricto, los que han adquirido cada vez mayor importancia, en virtud del convencimiento de que las normas constitucionales, que tradicionalmente y en su mayor parte carecían de medios eficaces para imponerse a sus destinatarios (que generalmente tienen el carácter de autoridades), deben contar con los instrumentos procesales necesarios para obtener su cumplimiento.²⁹

23. Desde este punto de vista podemos señalar dos categorías de garantías constitucionales de carácter procesal:

24. A) Las que tienen por objeto la tutela de los derechos de la persona humana en su dimensión individual y social, consagradas en el sector que ha sido calificado con gran penetración por el tratadista

²⁶ Cfr. Mauro Cappeletti, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, trad. de Héctor Fix-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., 1971; Leda Boechat Rodríguez, *La Suprema Corte y el derecho constitucional norteamericanos*, trad. de Justo Pastor Benítez, México, 1965.

²⁷ Cfr. Hans Kelsen, particularmente en su clásico estudio intitulado "La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)", *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et a l'Étranger*, París, 1928, pp. 197-257; publicado posteriormente en el *Annuaire de l'Institut de Droit Public*, París, 1929, pp. 52-143; trad. española de Rolando Tamayo y Salmorán, con el título de "La garantía jurisdiccional de la Constitución", *Anuario Jurídico*, México 1974, pp. 471-515.

²⁸ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional*, cit., *supra*, nota 16, pp. 68-69; *id.*, "Introducción al estudio procesal comparativo de la protección procesal interna de los derechos humanos", en el volumen colectivo *Veinte años de evolución de los derechos humanos*, México, 1974, pp. 228-247.

²⁹ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Veinticinco años de evolución...*, cit., *supra*, nota 16, pp. 15-18; *id.*, "Introducción al estudio de la defensa de la Constitución", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 1, México, enero-abril de 1969, pp. 108-118.

italiano Mauro Cappelletti con la denominación afortunada de *jurisdicción constitucional de la libertad*.³⁰

25. B) El sector integrado por el conjunto de instrumentos procesales dirigidos a lograr el cumplimiento efectivo de las disposiciones constitucionales que establecen los límites de atribución de los órganos del poder, o sea lo que tradicionalmente se ha designado como parte orgánica de las leyes fundamentales, y que por este motivo podemos denominar como *jurisdicción constitucional orgánica*.

26. Todavía más reciente es la disciplina que hemos llamado *derecho constitucional procesal*, como aquella rama del derecho constitucional que se ocupa del estudio sistemático de los conceptos, categorías e instituciones procesales consagradas por las disposiciones de la ley fundamental, y en cuya creación debemos destacar, como lo hemos sostenido a lo largo de este trabajo, el pensamiento del ilustre procesalista uruguayo Eduardo J. Couture, quien fue uno de los primeros juristas no sólo latinoamericanos, sino en el ámbito mundial, que advirtió la necesidad de analizar científicamente las normas constitucionales que regulan las instituciones procesales.

27. Si bien es cierto que el propio Couture se ocupó esencialmente de la vinculación de las disposiciones constitucionales con el proceso civil, sus puntos de vista se pueden aplicar perfectamente a las demás ramas del proceso.

28. Para no citar sino un ejemplo, tomado de su estudio, ya clásico, que hemos mencionado con anterioridad, es decir *Las garantías constitucionales del proceso civil*,³¹ son muy importantes sus observaciones en el sentido de que: "De la Constitución a la ley no debe mediar sino un proceso de desenvolvimiento sistemático. No sólo la ley procesal debe ser fiel intérprete de los principios de la Constitución, sino que su régimen del proceso, y en especial de la acción, la defensa y la sentencia, sólo pueden ser instituidos por la ley",³² y además, que: "el Código de Procedimiento Civil y sus leyes complementarias son el texto que reglamenta la garantía de justicia contenida en la Constitución".³³

29. El pensamiento del insigne jurista uruguayo despertó el interés en el estudio de las garantías constitucionales del proceso, y por ello este tema se abordó en las Primeras Jornadas Latinoamericanas de De-

³⁰ *La jurisdicción constitucional de la libertad*, trad. de Héctor Fix-Zamudio, México, 1961, pp. 1-128.

³¹ *Supra*, nota 5.

³² *Ibid.*, p. 155.

³³ *Ibid.*, p. 153.

recho Procesal, efectuadas en la ciudad de Montevideo, Uruguay, en el mes de mayo de 1957 y respecto del cual se aprobaron las siguientes conclusiones:

30. "I. La Constitución, ya sea por el texto de sus normas o por contenido o sustancia política de las mismas, o por ciertas valoraciones político-sociales implícitas en ellas, impone un cierto tipo de proceso adecuado a la naturaleza de los derechos cuya vigencia se requiere garantizar, y a la teoría jurídico-política que inspira dicha Constitución".

31. "II. La ley procesal concebida como reglamentación de los principios constitucionales del debido proceso, debe asegurar el libre acceso de los particulares a los tribunales, el derecho de defensa y de prueba, la independencia, autoridad y responsabilidad de los jueces".

32. "III. Debe afirmarse como inconciliable con toda organización de tipo democrático republicana, cualquier forma de proceso que bajo pretexto de acrecentar los poderes del juez o asegurar la moralidad y la verdad en el proceso, implique introducir principios y modalidades del proceso, propias de la concepción autoritaria del Estado".³⁴

33. En las siguientes Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal se debatieron temas relacionados con esta materia, aun cuando no específicamente encuadrados dentro de las "garantías constitucionales" y así en las Segundas que se efectuaron en la ciudad de México, conjuntamente con el Primer Congreso Mexicano de Derecho Procesal, durante los días 14 a 18 de febrero de 1960, se abordaron aspectos relativos a la "implantación de la carrera judicial" y "situación y perspectiva de la moralidad en América";³⁵ en las Terceras, realizadas en la ciudad de São Paulo, Brasil, en septiembre de 1962, se discutieron y aprobaron conclusiones, entre otros aspectos, en relación con el "despacho saneador";³⁶ y en las Cuartas, que tuvieron lugar en las ciudades de Caracas y Valencia, Venezuela, del 27 de marzo al 2 de abril de 1967, se hizo referencia, entre otras materias, a las relativas al "despacho saneador", a la "iniciativa probatoria del juez en el proceso civil", y "El principio de que las partes estén a derecho".³⁷

³⁴ "Resumen general de las Jornadas", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, enero-marzo de 1958, p. 2.

³⁵ Cfr. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, "Crónica del Primer Congreso Mexicano y de las Segundas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal" *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núms. 37-40, enero-diciembre de 1960, pp. 18-19; 21-23.

³⁶ Cfr. Otto Gil, *Introdução a colectanea de estudos sobre o mandado de segurança*, Río de Janeiro, 1963, pp. 9-31.

³⁷ "Crónica de las Cuartas Jornadas", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Madrid, 1967, pp. 321-380.

34. Especial mención debe hacerse de las Quintas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal, que se efectuaron en las ciudades de Bogotá-Cartagena, Colombia, en el mes de junio de 1970, en las cuales se discutieron dos magníficas ponencias redactadas: la primera por los procesalistas uruguayos Enrique Véscovi y Adolfo Gelsi Bidart, intitulada "Relación general sobre bases uniformes para la reforma de la legislación procesal civil de los países latinoamericanos";³⁸ y la segunda por los argentinos Alfredo Vélez Mariconde y Jorge A. Clarjá Olmedo, con la denominación de "Uniformidad fundamental de la legislación procesal penal de América Latina".³⁹

35. Con apoyo en las ponencias anteriores, los procesalistas asistentes a estas jornadas aprobaron conclusiones fundamentales, varias de las cuales se refieren a diversos aspectos de las garantías constitucionales de los procesos civil y penal, y para no citar sino algunas de ellas, mencionaremos la relativa a que los procedimientos garantizarán los derechos de las partes, otorgándoles oportunidad razonable para defenderse y hacer valer pruebas; que debe asegurarse la efectiva igualdad de las partes, en todas las actuaciones del proceso; que las leyes procesales penales deben ajustarse real y fielmente a los principios proclamados en 1948 en las Declaraciones Americana y Universal de los Derechos Humanos y en las constituciones de cada país; que la ley procesal penal debe procurar un equilibrio razonable entre el interés de la colectividad por el triunfo de la verdad y la justicia y el derecho individual a la libertad personal, etcétera.⁴⁰

36. En el derecho continental europeo, también en época reciente, se ha incrementado en forma paulatina el interés de la doctrina y la jurisprudencia por el examen de las garantías constitucionales de carácter procesal, inclusive en el proceso civil, en el cual la vinculación con las disposiciones fundamentales resulta menos evidente que en la materia penal o en la administrativa.

37. Esta situación se observa en especial, a partir de esta segunda posguerra y resulta significativo que las cartas fundamentales de los dos países en los cuales la ciencia del proceso ha logrado sus máximas apor-

³⁸ Material publicado en el volumen de ambos autores intitulado *Bases uniformes para la reforma de la legislación procesal civil de los países latinoamericanos*, Montevideo, 1974.

³⁹ Ponencia publicada en *Estudios de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Antioquía*, Medellín, Colombia, septiembre de 1970, pp. 361-387.

⁴⁰ Véase la crónica de dichas jornadas redactadas por Hernando Devis Echandia, en la *Revista* citada en la nota anterior, pp. 389-398.

taciones, hubiesen consagrado de manera expresa los principios esenciales de las "garantías de justicia".

38. Son esenciales las disposiciones contenidas en los artículos 24 y 25 de la Constitución republicana italiana promulgada el 27 de diciembre de 1947, que entró en vigor el primero de enero de 1948, que en su parte relativa disponen:

39. "Artículo 24. Todos pueden actuar en juicio para la defensa de sus derechos e intereses legítimos. La defensa es un derecho inviolable en todo estado o grado del procedimiento. Quedan asegurados a los no pudientes, mediante instituciones creadas al efecto, los medios para actuar y defenderse ante cualquier jurisdicción... Artículo 25. Nadie puede ser sustraído del juez natural preconstituido por la ley...".⁴¹

40. Algunas de las más bellas páginas del ilustre procesalista florentino Piero Calamandrei, contenidas en su inolvidable libro *Proceso y democracia*, se refieren precisamente a la influencia que los preceptos constitucionales deben tener sobre la democratización del proceso, en virtud de lo dispuesto por el invocado artículo 24 de la ley fundamental italiana y en este sentido, afirmó:

El derecho de acción, o sea el derecho de dirigirse a los órganos judiciales para obtener justicia (el derecho de "obrar" en sentido abstracto) así como el derecho inviolable de defensa, entran directamente en el campo constitucional, entre los derechos fundamentales reconocidos a "todos", o sea, no solamente a los ciudadanos, sino también, en determinadas condiciones, a los extranjeros.

41. Agregó este insigne jurista, con una gran penetración, que constituye un rasgo típico de las más modernas constituciones democráticas esta "constitucionalización de las garantías de igualdad procesal".⁴²

42. Con posterioridad se han redactado estudios muy importantes sobre esta "constitucionalización" de los principios fundamentales, particularmente referidos al proceso civil italiano, varios de ellos en forma comparativa con el *due process of law* del derecho angloamericano, y en esta dirección podemos señalar las valiosas aportaciones de Mauro Cappelletti,⁴³ Luigi Paolo Camoglio⁴⁴ y Vincenzo Vigoriti.⁴⁵

⁴² Trad. española de Héctor Fix-Zamudio, Buenos Aires, 1960, p. 179; nueva edición italiana, "Processo e democrazia", *Opere Giuridiche*, Nápoles 1965, vol. I, pp. 691-692.

⁴¹ Cfr., entre otros, Paolo Biscaretti di Ruffia, *Diritto Costituzionale*, 10 ed., Nápoles, 1974, pp. 731-732; Paolo Barile, *Istituzione di diritto pubblico*, Pádua, 1972, pp. 444-445.

⁴³ "Diritto di azione e di difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale" (art. 24 Costituzione e "due process of law clause"), en su libro *Proceso e*

43. Dentro de la vigorosa doctrina italiana que hemos mencionado se encuentra muy especialmente la excelente y profunda investigación de Nicolo Trockner, intitulada *Processo civile e Costituzione* y que se refiere en forma muy amplia a esta materia en los ordenamientos italiano y alemán, obra que puede considerarse como un verdadero estudio de derecho constitucional procesal dentro del campo que aborda.⁴⁶

44. En la ley fundamental de la República Federal de Alemania conocida como "Constitución de Bonn", promulgada el 23 de mayo de 1949, se han consignado también varias disposiciones relativas a derechos constitucionales de naturaleza procesal, y entre ellos podemos mencionar los contenidos en los artículos 20, fracción 2a. que otorga independencia a la función judicial; 92, que confía dicha función a los jueces, y 97, que garantiza la independencia material y personal de los propios juzgadores.⁴⁷

45. El artículo 101, fracción I, párrafo 2o. de la misma carta suprema consagra el derecho fundamental para acudir al "juez natural" o "legal", y el diverso artículo 103, fracción I, consigna expresamente el derecho a la defensa legal.⁴⁸

46. Estos preceptos constitucionales han sido objeto de una elaboración muy amplia de carácter jurisprudencial, en especial por el Tribunal Constitucional Federal, que en varias sentencias ha aplicado las citadas disposiciones fundamentales a diversas ramas procesales, incluyendo al proceso civil.⁴⁹

ideologia, trad. española de Horacio Cassinelli Muñoz, "La garantía constitucional del debido proceso y su particularización jurisprudencial", *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, tomo 59, número extraordinario "Homenaje a Quintín Alfonsín", Montevideo, 1971, pp. 151-157; "Le garanzie costituzionali delle parti nel processo civile italiano", en el libro del mismo autor, *Giustizia e società*, Milán, 1972, pp. 339-386; los dos trabajos fueron traducidos al español, el primero de ellos por segunda vez, por Santiago Sentís Melendo, y están incluidos en el libro *Proceso, ideologías, sociedad*, Buenos Aires, 1974, pp. 477-486 y 525-570, respectivamente.

⁴⁴ *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, cit., *supra*, nota 4.

⁴⁵ "Garanzie costituzionali della difesa del processo civile (note di giurisprudenza comparata)", *Revista di Diritto Processuale*, Pádua, 1965, pp. 516-533; *id.*, *Garanzie Costituzionali del processo civile (Due Process of Law e art. 24 Cost.)*, Milán, 1970.

⁴⁶ Milán, 1974.

⁴⁷ Según el citado artículo 20, fracción 2a.: "Todo poder estatal emana del pueblo. Éste lo ejercerá mediante elecciones y votaciones y por medio de órganos especiales de legislación, del Poder Ejecutivo y del Judicial". En su parte relativa, al artículo 92 dispone: "El poder de administrar justicia está confiado a los jueces". En cuanto al artículo 97, en su fracción 1a., establece: "Los jueces son independientes y sólo están sometidos a la ley".

⁴⁸ La parte relativa de los mencionados artículos 101 y 103 constitucionales disponen respectivamente: "No puede instituirse jurisdicción de excepción. Nadie debe sustraerse a su juez legal". "Ante los tribunales, cualquier persona tiene derecho a ser escuchada".

⁴⁹ *Cfr.* Nicolò Trockner, "Svolgimenti giurisprudenziali in materia di garanzie costituzionali del processo civile nella Repubblica Federale Tedesca", *Rivista Trimestrale*

47. La Constitución de la V República francesa, de 4 de octubre de 1958, no consigna expresamente garantías constitucionales de carácter procesal —aun cuando en el preámbulo declara su adhesión a los derechos del hombre consignados en la Declaración de 1789⁵⁰— pero la jurisprudencia ha desarrollado un conjunto de principios que estima implícitos en el espíritu de la citada carta fundamental.

48. Desde este punto de vista, tanto el Consejo de Estado como la Corte de Casación han elaborado varios principios generales con valor constitucional,⁵¹ entre los cuales destacan los de igualdad de las partes, la defensa en juicio y las reglas del contradictorio.⁵²

49. Inclusive en una ley constitucional autoritaria como lo era la que se llamó Ley Orgánica del Estado Español, promulgada el 10 de enero de 1957, y que esperamos pronto sea sustituida por una verdadera Constitución democrática, en su artículo 30 establecía, así fuera formalmente, que: "Todos los españoles tendrán libre acceso a los tribunales. La justicia será gratuita para quienes carezcan de medios económicos".⁵³

50. Por otra parte, al ser sustituida una Constitución autoritaria como lo era la portuguesa de 1933, obra de la dictadura salazarista, por la democrática de 2 de abril de 1976, se advierte una vigorización de las garantías constitucionales de carácter procesal.⁵⁴

di Diritto e Procedura Civile, Milán, 1970, pp. 215-241; *id.*, *Processo civile e costituzione*, cit., *supra*, nota 2; Fritz Baur, "Les garanties fondamentales des parties dans le proces civil en République Fédérale d'Allemagne", en el volumen colectivo editado por Mauro Cappelletti y Denis Tallon, con el título *Fundamental Guarantees of the Parties in civil Litigation—Les Garanties Fondamentales des Parties dans le Proces Civil*, Milán-Dobbs Ferry, Nueva York, 1973, pp. 3-30.

⁵⁰ En la parte relativa del citado preámbulo se establece: "El pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los derechos del hombre y a los principios de la soberanía nacional tal como fueron definidos por la Declaración de 1789, confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946..."

Para concepto de principios generales de derecho con fundamento constitucional obtenidos de la carta fundamental francesa, *cfr.* Francine Batailler, *Le Conseil d'Etat Juge Constitutionnel*, París, 1966, pp. 123-125.

⁵² *Cfr.* Edoardo F. Ricci, "Garanzie costituzionale del processo civile nel diritto francese", *Rivista di Diritto Processuale*, Pádua, abril-junio de 1968, pp. 232-257; Bruno Oppetit, "Les garanties fondamentales des parties dans le proces civil en droit français", en el volumen citado *supra*, nota 49, pp. 481-509.

⁵³ *Cfr.* José Almagro Nosete, "El libre acceso como derecho a la jurisdicción", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, Madrid, 1970.

⁵⁴ Faustino Gutiérrez Alvis y Armario, "La justicia según la Constitución portuguesa de 2 de abril de 1976", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, Madrid, 1976, pp. 547-581.

51. Respecto a otros países europeos, también podemos señalar estudios sobre la materia respecto de Austria,⁵⁵ Dinamarca⁵⁶ y Suiza.⁵⁷

52. En cuanto al extraordinario desarrollo de las disposiciones constitucionales de carácter procesal en los ordenamientos jurídicos anglo-americanos, la bibliografía es muy abundante, pero sin que los tratadistas del *common law* hubiesen intentado una sistematización similar a la de sus colegas del continente, aun cuando existen algunos estudios ya orientados en esta dirección por lo que se refiere a los Estados Unidos,⁵⁸ Canadá⁵⁹ e Inglaterra.⁶⁰

53. Aun cuando en América Latina se inicia apenas el desarrollo doctrinal, jurisprudencial y legislativo encaminado al fortalecimiento de las disposiciones constitucionales de carácter procesal, podemos señalar algunos esfuerzos por sistematizar los conceptos e instituciones del derecho constitucional procesal, al menos por lo que se refiere al proceso civil;⁶¹ y también en una época muy reciente se ha hecho el intento de realizar una labor semejante respecto de los países socialistas,⁶² el Japón⁶³ y Senegal.⁶⁴

54. Un paso esencial en el desarrollo de la disciplina se debe al coloquio que sobre el tema "Garantías Constitucionales de las partes en el Proceso Civil", se efectuó en la ciudad de Florencia, Italia, du-

⁵⁵ Cfr. Hans-Schima, "Les garanties fondamentales dans le procès civil en Autriche", en el volumen citado, *supra*, nota 69, pp. 175-187.

⁵⁶ Cfr. Ole Lando y Elisabeth Thuesen, "Les garanties fondamentales des parties dans le proces civil danois", en la obra mencionada, nota anterior, pp. 325-353.

⁵⁷ Cfr. Alois Troller, "L'influence de la Constitution Fédéral de la Confédération Suisse sur les droits des parties devant les tribunaux cantonaux en matière de la procédure civile", en la misma obra citada en las notas anteriores, pp. 623-638.

⁵⁸ Cfr. Hans Smit, "Constitutional Guarantees in Civil Litigation in the United States of America", en la referida obra mencionada en notas anteriores, pp. 417-479.

⁵⁹ Cfr. Garry D. Watson, "Fundamental Guarantees of Litigants in Civil Proceedings in Canada", misma obra, pp. 189-243.

⁶⁰ Cfr. J. A. Jolowicz, "Fundamental Guarantees in Civil Litigation: England", cit., pp. 121-173; Vincenzo Verauo, *Organizzazione e garanzie della giustizia civile nell'Inghilterra Moderna*, Milán, 1973.

⁶¹ Cfr. Enrique Vescovi y Eduardo Vaz Ferreira, "Les garanties fondamentales des parties dans la procédure civile en Amérique Latine"; Héctor Fix-Zamudio, "Les garanties constitutionnelles des parties dans le procès civil en Amérique Latine", en la obra mencionada en las notas anteriores, pp. 101-120 y 33-99, respectivamente; del último autor, también, *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, cit., *supra*, nota 10.

⁶² Cfr. Zhivko Stalev, "Fundamental Guarantees of Litigants in Civil Proceedings: A Survey of the Laws of the European People's Democracies", y S. L. Zivs y A. A. Melnikov, "The Legal Status of Parties in Soviet Civil Procedure: Rights Duties and Guarantees", en la misma obra, pp. 355-416 y 639-658, respectivamente.

⁶³ Cfr. Yasuhei Taniguchi, "Constitutional Guarantees in the Civil Procedure of Japan", en la obra tantas veces mencionada, pp. 567-593.

⁶⁴ Cfr. Kéba M'Baye, "Les garanties Fondamentales des Parties dans le procès civil au Sénégal", en la obra referida, pp. 495-622.

rante los días 5 y 9 de septiembre de 1971, bajo los auspicios de la Asociación Internacional de Ciencias Jurídicas y el Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de Florencia. En este Coloquio se presentaron dieciséis informes de carácter nacional y regional, que abordaron esta importante materia desde el punto de vista del derecho interno de numerosos países, pero también del derecho internacional y del derecho comparado; dando lugar a una publicación que debe considerarse de consulta obligatoria para todos aquellos que pretenden conocer la disciplina jurídica a que nos hemos referido, así sea en uno de sus aspectos;⁶⁵ destacando el magnífico informe general del profesor Mauro Cappelletti, quien traza un panorama muy completo, que resulta indispensable consultar.⁶⁶

55. De la breve revista anterior podemos llegar a la convicción de que ya se han establecido las bases firmes para el establecimiento de la rama jurídica de confluencia que hemos llamado derecho constitucional procesal; y por otra parte, así como se ha afirmado, acertadamente, que Hans Kelsen es el fundador del derecho procesal constitucional, también nos atrevemos a sostener, sin incurrir en exageración, que el notable jurista uruguayo Eduardo J. Couture debe estimarse como el iniciador de los estudios sistemáticos, que con el tiempo han dado lugar a la primera de las ramas jurídicas que hemos indicado.

IV. SECTORES QUE LA INTEGRAN

56. Como se trata de una de las ramas más jóvenes del enorme campo de las ciencias jurídicas, existe todavía imprecisión para determinar el territorio que abarca, con mayor razón en cuanto se trata de una disciplina de frontera o de confluencia, como reiteradamente lo hemos señalado y por lo mismo varias de sus instituciones penetran tanto en el derecho constitucional como en el procesal, y sólo por las exigencias de una verdadera sistematización nos vemos obligados, como ocurre con todo el ordenamiento jurídico, a aislar artificialmente algunos de sus sectores, para poder lograr un conocimiento más profundo.

57. No se ha intentado, que sepamos, esta labor de delimitación de un territorio tan impreciso, pero de los numerosos estudios que se han hecho sobre las disposiciones constitucionales de carácter procesal, podemos desprender que esencialmente existen dos sectores esenciales, que después podrán admitir subdivisiones, y que podemos calificar, como lo hace el procesalista español Faustino Gutiérrez Alviz en su

⁶⁵ Ver *supra*, nota 49.

⁶⁶ "Fundamental Guarantees of the parties in Civil Proceedings (General Report)", en la obra mencionada, última nota, pp. 661-773.

estudio sobre el derecho constitucional de justicia en la carta portuguesa de 1976,⁶⁷ como *garantías constitucionales en relación con la organización jurisdiccional y garantías constitucionales en relación con los justiciables*.⁶⁸

58. En efecto, en el primer gran sector, es decir el de las garantías constitucionales de la organización jurisdiccional, y que también podemos calificar como *garantías judiciales*⁶⁹ o *garantías constitucionales de la jurisdicción*,⁷⁰ quedan comprendidos los conceptos e instituciones establecidos en la Constitución y que tienen por objeto otorgar eficacia a la función jurisdiccional, confiriendo a los tribunales carácter independiente e imparcial.

59: En la segunda división de nuestra materia podemos situar los *derechos constitucionales de los justiciables* o de las partes, entendidos como los derechos fundamentales de los gobernados para lograr la prestación jurisdiccional de manera oportuna, eficiente y en condiciones de verdadera igualdad, y que esencialmente, se refieren a los derechos de acción y de defensa, en todos sus aspectos.⁷¹

60. Como una derivación del segundo sector, es posible encontrar un tercero, que se refiere a los lineamientos esenciales del procedimiento, es decir, a las *garantías constitucionales del proceso*, relativas a las formas a través de las cuales deben desarrollarse los actos procesales de acuerdo con las disposiciones de la carta fundamental.

61. Esta última parte puede comprenderse bajo la denominación de "debido proceso", como lo consideró agudamente el ilustre procesalista uruguayo,⁷² de acuerdo con la tradición angloamericana del *due process of law*, la que posee una variedad de significados, entre ellos, el relativo a los requisitos constitucionales del procedimiento.⁷³

62. En el derecho constitucional mexicano este aspecto de la disciplina que estudiamos estaría representado por las llamadas *formalidades*

⁶⁷ Ver *supra*, nota 54.

⁶⁸ *Ibid.*, pp. 562-575, aun cuando respecto a los justiciables sólo quedan comprendidas en nuestra disciplina las que llama "garantías de carácter procesal", pp. 571-573, ya que las restantes son de carácter sustantivo.

⁶⁹ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Constitución y proceso civil*, cit., *supra*, nota 10, pp. 37-53.

⁷⁰ Esta denominación corresponde a Eduardo J. Couture, *Las garantías constitucionales*, cit., *supra*, nota 5, pp. 204-210.

⁷¹ Cfr. Eduardo J. Couture, *Ibid.*, pp. 160-183.

⁷² Cfr. *Ibid.*, pp. 183-191.

⁷³ Sobre el desarrollo de la jurisprudencia de la Suprema Corte y los tribunales federales de los Estados Unidos, sobre el *debido proceso legal*; cfr., la obra *La Constitución de los Estados Unidos anotada con la jurisprudencia*, trad. española de la edición oficial de 1938, Buenos Aires, 1949, tomo II, pp. 57-92 (enmienda V); pp. 205-407 (enmienda XIV).

esenciales del procedimiento, de acuerdo con la parte relativa del artículo 14 de la Constitución federal.⁷⁴

63. Es claro que las garantías constitucionales del procedimiento o del debido proceso están estrechamente vinculadas con los derechos de los justiciables, ya que la finalidad inmediata de las formas exigidas por las disposiciones constitucionales para el desarrollo del proceso, es la de establecer las condiciones para que los propios justiciables puedan lograr, de manera adecuada, la prestación jurisdiccional, y por este motivo es difícil separar los dos aspectos a los que nos estamos refiriendo y si en ocasiones se estudian de manera independiente, esta división tiene por objeto lograr un conocimiento más profundo de tales instituciones.

64. De lo anterior se desprende que la trilogía estructural de la ciencia del derecho procesal, que comprende las categorías básicas de la jurisdicción, acción y proceso, influye en el examen de las normas constitucionales de carácter procesal, lo que por otra parte resulta explicable, de tal manera que, en principio, es posible sistematizar tales disposiciones en tres sectores, aun cuando los dos últimos, es decir, los referidos a la acción y al proceso, sean más difíciles de separar, por encontrarse recíprocamente implicados dentro del derecho fundamental de los justiciables a la prestación jurisdiccional.

V. LA JURISDICCION COMO FUNCION ESENCIAL DE ESTADO MODERNO. LAS GARANTIAS JUDICIALES

65. No pretendemos en un breve estudio, como el presente, obtener un concepto preciso de la función jurisdiccional, que ha sido objeto de debates apasionados, de numerosas teorías y de una falta de acuerdo entre los tratadistas, tanto del derecho constitucional como de los de la ciencia del proceso, lo que demuestra con claridad el reciente y penetrante estudio del distinguido procesalista español Niceto Alcalá-Zamora y Castillo.⁷⁵

⁷⁴ El segundo párrafo del mencionado artículo 14 constitucional dispone: "...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 el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho...". Cfr. Ignacio Burgoa, *Las garantías individuales*, 10a. ed., México, 1977, pp. 560-682; Héctor Fix-Zamudio, *Constitución y proceso civil*, cit., *supra*, nota 10, pp. 77-78; José Franco Serrato, "Principios y garantías constitucionales en materia procesal civil" *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 4, México, julio de 1972, pp. 138-139.

⁷⁵ "Notas relativas al concepto de jurisdicción", en su obra citada, *supra*, nota 2, tomo I, pp. 29-60. Véase también el interesante análisis de la jurisdicción en la obra de Juan Montero Aroca, *Introducción al derecho procesal*, Madrid, 1976, pp. 15-112.

66. Es suficiente para nuestro propósito la noción aproximada de la jurisdicción, estimada como la función pública que tiene como propósito resolver las controversias jurídicas que se plantean entre dos partes contrapuestas, que debe resolver un órgano del Estado, en forma imperativa y en una posición preeminente e imparcial.

67. Esta función jurisdiccional es una de las atribuciones esenciales del Estado moderno, tomando en consideración que se han ampliado considerablemente tanto el número como la naturaleza de las controversias que surgen de las relaciones sociales cada vez más complejas y variables de las comunidades actuales, con lo cual la estructura, la competencia y el funcionamiento de los organismos judiciales se han complicado en forma considerable.⁷⁶

68. La unidad de jurisdicción constituyó el ideal de los revolucionarios franceses frente a la pluralidad de fueros y privilegios procesales de carácter feudal,⁷⁷ unidad que imperó en los países angloamericanos, los que establecieron los mismos principios para la resolución de las controversias entre particulares y aquellas en las que intervenían autoridades.⁷⁸ Por el contrario, en la actualidad se ha llegado a una especialización cada vez más compleja y que tiende a extenderse, con motivo de los nuevos problemas jurídicos que están surgiendo en nuestra época.

69. Así, con independencia de la justicia administrativa, que se inició con el Consejo de Estado francés al lado de los tribunales ordinarios, en los últimos tiempos se han creado organismos judiciales especializados en materia laboral, familiar, constitucional, agraria, etcétera, inclusive en los países angloamericanos, que durante tanto tiempo mantuvieron la unidad de la jurisdicción.⁷⁹

70. Lo anterior resulta todavía más complicado si se toma en cuenta que en algunos países, como ocurre en la República Federal de Alemania, los organismos judiciales especializados culminan en tribunales supremos independientes para cada materia (civil y penal, administrativa, financiera, laboral, social y constitucional);⁸⁰ en otros se sigue el ejemplo francés de la justicia administrativa como dependiente desde

⁷⁶ Cfr. Luis M. Boffi Boggero, "Función trascendente del poder judicial y la actualidad", *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 17 de junio de 1963, pp. 1-5.

⁷⁷ Cfr. Edoardo F. Ricci, *Garanzie costituzionale del processo nel diritto francese*, cit., *supra*, nota 52, pp. 233 y ss.

⁷⁸ Cfr. Jesús González Pérez, *Derecho procesal administrativo*, 2a. ed., Madrid, 1964, tomo I, pp. 364-366.

⁷⁹ Cfr. Henry J. Abraham, *The judicial Process*, 2a. ed., Nueva York, 1968, pp. 138-244.

⁸⁰ Cfr. Theodor Maunz, *Deutsches Staatsrecht*, cit., *supra*, nota 18, pp. 272-302; Leo Rosenberg, *Tratado de derecho procesal civil*, trad. de Angela Romera Vera, Buenos Aires, 1955, tomo I, pp. 50-91

el punto de vista formal, del Ejecutivo;⁸¹ en varios ordenamientos los organismos judiciales laborales o los órganos procesales de la seguridad social también pertenecen a la administración;⁸² y algo similar ocurre con algunos organismos de justicia agraria.⁸³

71. Por otra parte, la jurisdicción también se realiza por organismos diversos de los judiciales, pues además de los mencionados tribunales administrativos, los órganos legislativos ejercen esta función cuando deciden sobre la responsabilidad política de los altos funcionarios, lo que se observa tanto en los ordenamientos angloamericanos que consagran el *impeachment*, como en varios países latinoamericanos que han seguido su ejemplo.⁸⁴

72. Las leyes fundamentales se han preocupado por establecer las bases esenciales de la función jurisdiccional, las cuales varían según las épocas y los sistemas políticos, pero inclusive la Constitución de los Estados Unidos de 1787, que puede considerarse como uno de los documentos constitucionales más breves todavía en vigor, dedica todo su artículo tercero, que es bastante amplio, al Poder Judicial federal;⁸⁵ y la carta suprema de la República Popular China, expedida el 17 de enero de 1975, y que es sin duda la más esquemática de nuestra época, es decir, prácticamente una declaración de principios, consagra en su artículo 25, los lineamientos de los tribunales populares en sus diversos grados y jerarquías.⁸⁶

73. Ya se ha dicho que las constituciones modernas regulan la función jurisdiccional, estableciendo varias instituciones para lograr la correcta impartición de justicia, lo que se traduce en las garantías constitucionales de carácter judicial o de la jurisdicción, y que de acuerdo

⁸¹ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Introducción al estudio procesal comparativo de la protección interna de los derechos humanos*, cit., *supra*, nota 28, pp. 224-225.

⁸² Cfr. Euquerio Guerrero, *Manual de derecho de trabajo*, 6a. ed., México, 1973, pp. 367-390.

⁸³ Cfr. Alberto Germanó, *El proceso agrario. Studio comparativo sul diritto europeo occidentale*, Milán, 1973, pp. 121-148; J. Marsrevery, *Derecho Agrario y justicia agraria*, Roma, marzo de 1974, pp. 35-66.

⁸⁴ Cfr. Segundo V. Linares Quintana, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, Buenos Aires, 1963, tomo III, pp. 470-490.

⁸⁵ Cfr., entre muchos otros, Edward S. Corwin, *The Constitution and what it means today*, 13a. ed., Nueva York, 1964, pp. 132-138; Bernard Schwartz, *Los poderes del gobierno, Comentarios sobre la Constitución de los Estados Unidos*, trad. de José Juan Olloqui Labastida, México, 1966, vol. I, pp. 419-614.

⁸⁶ El primer párrafo de dicho precepto establece: "El Supremo Tribunal Popular, los tribunales populares locales en diversos niveles, y tribunales populares especiales ejercen la función judicial. Los tribunales populares son responsables y deben dar cuenta de sus actividades ante las asambleas populares y sus órganos permanentes, en los niveles respectivos. Los presidentes de los tribunales populares son designados y removidos por los órganos permanentes de las asambleas populares en los niveles correspondientes".

con el penetrante pensamiento de Eduardo J. Couture, se pueden agrupar en tres sectores: a) garantía de independencia, b) garantía de autoridad, y c) garantía de responsabilidad.⁸⁷

74. Por nuestra parte, tomando en cuenta estas ideas del insigne procesalista uruguayo, hemos intentado también una división de las disposiciones constitucionales que regulan la función jurisdiccional, en cuatro sectores relativos a la *designación, estabilidad, remuneración y responsabilidad* de los jueces, y que se traducen en la imparcialidad y la independencia de los tribunales.⁸⁸

75. Si bien a primera vista estas garantías judiciales parecen favorecer en forma directa al juzgador, de manera mediata redundan también en provecho y beneficio de los justiciables, ya que uno de los aspectos más importantes para obtener la resolución justa de las controversias sometidas a los tribunales descansa en la verdadera autonomía de los órganos que deciden tales controversias.

76. Como nuestro propósito no es examinar en detalle las disposiciones constitucionales de referencia, nos limitaremos a describir brevemente y en forma abstracta los aspectos esenciales de las garantías de la jurisdicción:

77. a) En primer lugar, resulta muy importante el sistema de *designación* de los jueces, ya que del criterio que se adopte para su nombramiento dependerán no sólo la independencia sino también la capacidad, honorabilidad y dignidad de los propios jueces. En este sentido se está abriendo paso la necesidad de establecer instrumentos adecuados para la preparación profesional de los aspirantes de la judicatura, y en varios ordenamientos existen escuelas judiciales para impartir conocimientos especializados a los egresados de las escuelas de derecho que tengan interés en ingresar a la carrera judicial.⁸⁹

78. b) No se puede lograr la autonomía de los jueces si no se garantiza la *estabilidad* en sus funciones, ya que si dependen de las variaciones políticas de los otros organismos del poder, especialmente del Ejecutivo, la inseguridad debilitará inevitablemente la independencia de los propios jueces ante el riesgo de perder sus cargos en cualquier momento si su actitud desagrada a los grupos políticos en el poder. Un instrumento que se está imponiendo, al menos en ciertos niveles de la judicatura, es la llamada *inamovilidad*, la que significa que una vez

⁸⁷ *Las garantías constitucionales*, cit., *supra*, nota 5, pp. 205-210.

⁸⁸ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Constitución y proceso civil*, cit., *supra*, nota 10, pp. 37-53.

⁸⁹ Precisamente por la trascendencia de esta materia, uno de los temas que se discutió en el Congreso Internacional de Derecho Procesal que se efectuó en la ciudad de Gante, Bélgica, durante los días 28 de agosto al 4 de septiembre de 1977, se refiere a la "Preparación, selección y nombramiento de los jueces".

que el juez es designado de manera definitiva, no puede ser separado de su cargo hasta la edad de retiro, a veces de por vida, sino a través de un procedimiento especial, y mientras observe buena conducta.⁹⁰

79. c) No es necesario recalcar que si bien existen jueces heroicos, no se puede lograr su verdadera independencia, cuando la *remuneración* de los juzgadores es tan escasa o variable que en el mejor de los casos los obligue a realizar otras actividades remuneradas para poder subsistir, con descuido de las de carácter jurisdiccional, y en casos extremos, los lleve a cometer faltas de probidad. Por ello, frente a la prohibición de realizar actividades públicas o profesionales, la tendencia es dotar a los jueces de una remuneración decorosa, la que no puede ser disminuida durante su encargo, de acuerdo con un principio angloamericano que tiene su consagración en la Constitución federal de los Estados Unidos de 1787, artículo 3o. sección I.⁹¹

80. El aspecto económico de la función jurisdiccional ha evolucionado más allá de los lineamientos anteriores, y se empieza a abrir paso en varias leyes fundamentales el principio de la autonomía financiera del organismo judicial, con objeto de que su presupuesto no dependa de la voluntad de los otros órganos del poder; y en este sentido, para dar un ejemplo dentro de los ordenamientos fundamentales latinoamericanos, es posible señalar el caso de Costa Rica, cuyo artículo 177 constitucional 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.⁹²

81 d) Finalmente, para conservar la autonomía, decoro y dignidad de los jueces, y especialmente de los organismos de los cuales forman parte, resulta indispensable un sistema adecuado de *responsabilidad judicial*, que opere en una doble dirección: en un sentido impidiendo que los jueces puedan ser enjuiciados sin que previamente se cumplan requisitos de procedibilidad que los pongan a salvo de las presiones de los restantes órganos del poder, y por otra parte, la contrapartida de un procedimiento eficaz para exigir responsabilidad oficial, tanto administrativa como penal y civil, en que incurran los jueces, cuando infrinjan las disposiciones legales en que apoyan su actuación.

82. En esta dirección podemos citar las bellas palabras de Eduardo

⁹⁰ Sobre el alcance y orígenes del principio de *good behavior* de los jueces federales en los Estados Unidos, y particularmente de los magistrados de la Suprema Corte de los Estados Unidos, *cfr.* Charles Evans Hughes, *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, trad. de Roberto Molina Pasquel y Vicente Herrero, 2a. ed., México, 1971, pp. 38-40.

⁹¹ Sobre la disposición relativa de la Constitución de los Estados Unidos, *cfr.* Bernard Schwartz, *Los poderes del gobierno*, cit., *supra*, nota 85, vol. I, pp. 439-440.

⁹² *Cfr.* Rafael Ángel Rojas Rodríguez, *La independencia financiera del poder judicial*, tesis de grado, San José, Costa Rica, 1974, pp. 151-163.

J. Couture, en cuanto sostuvo que: "Cuando se afirma que el Poder Judicial es la ciudadela de los derechos individuales, sólo se afirma la existencia de una penúltima instancia. La última la constituyen la independencia, la autoridad, y sobre todo, la responsabilidad de los jueces".⁹³

VI. EL PROCESO Y LA TUTELA DE LOS DERECHOS HUMANOS. LAS GARANTÍAS DE LOS JUSTICIABLES

83. Fue el mismo Eduardo J. Couture el que señaló la estrecha vinculación del proceso para la tutela directa de ciertos derechos de la persona humana consagrados constitucionalmente; en especial todos aquellos relacionados con el derecho fundamental de todo gobernado a la prestación jurisdiccional, es decir, en esencia el derecho de defensa en juicio, y que según el inolvidable procesalista uruguayo, se refería a los derechos fundamentales de acción y de excepción.⁹⁴

84. Sin embargo, debido a que como lo hemos repetido en varias ocasiones, nos encontramos en una zona de confluencia entre dos disciplinas, el proceso, como instrumento de tutela de los derechos de la persona humana consagrados constitucionalmente, asume una doble dimensión, la cual ya ha sido advertida por un sector de la doctrina, y podemos señalar como ejemplo lo expuesto por el destacado procesalista uruguayo Adolfo Gelsi Bidart, quien distingue hasta tres sectores, o sea: *a)* el proceso como garantía individual adicional; *b)* garantía procesal de derechos individuales, y *c)* garantía a derechos individuales.⁹⁵

85. Por el contrario, la dificultad de deslindar los campos en un territorio tan sinuoso, determina que algunos autores, cuando se refieren concretamente a las garantías constitucionales de carácter procesal, incluyen algunos derechos de carácter sustantivo, que si bien pueden tener una relación indirecta con los instrumentos procesales, no pueden considerarse dentro del sector que estamos examinando.⁹⁶

86. Tenemos el convencimiento de que es necesario un intento, así sea preliminar, para realizar un deslinde de las diversas funciones del proceso como instrumento tutelar de los derechos humanos, y para ello es preciso formular las siguientes aclaraciones:⁹⁷

⁹³ *Las garantías constitucionales*, cit., *supra*, nota 5, p. 210.

⁹⁴ *Ibid.*, pp. 173-183.

⁹⁵ *Proceso y garantía de los derechos humanos*, cit., *supra*, nota 22, pp. 27-28.

⁹⁶ Así, José Franco Serrato, *Principios y garantías constitucionales*, cit., *supra*, nota 74, pp. 126-128; 133-135, incluye, dentro de las garantías procesales, al derecho de libre tránsito y a la prohibición de retroactividad de la ley.

⁹⁷ *Cfr.* Héctor Fix-Zamudio, "Los derechos humanos y su protección ante las jurisdicciones", cit., *supra*, nota 1, p. 10.

87. A) Desde un primer ángulo, que es el más conocido y analizado, se puede hablar del proceso ordinario como *instrumento indirecto o adicional*, esto último en la terminología de Gelsi Bidart,⁹⁸ de la protección de los derechos humanos, es decir, nos referimos a la posibilidad de que el mismo proceso sea el medio en el que pueda plantearse la tutela de una gran parte de los derechos fundamentales de la persona humana, tanto en su aspecto individual como social,⁹⁹ y en esta dirección podemos señalar varias hipótesis:

88. a) En un primer término son varias las legislaciones que exigen el agotamiento de los medios de impugnación de carácter judicial, salvo casos de excepción, para poder interponer los instrumentos específicos de protección de los derechos humanos, como ocurre con los recursos constitucionales en Suiza y en la República Federal de Alemania.¹⁰⁰

89 b). En numerosos ordenamientos el proceso ordinario es el medio a través del cual se puede plantear de manera incidental la cuestión de inconstitucionalidad, cuando se considera que la ley aplicable en ese proceso es contraria a la ley suprema, lo que puede ocurrir en el supuesto de que el mismo ordenamiento aplicable se estime violatorio de los derechos del hombre, 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.¹⁰¹

90 c). Inclusive en los países que siguiendo el modelo austriaco han establecido tribunales constitucionales específicos, el mismo proceso ordinario configura uno de los medios para plantear la inconstitucionalidad de leyes violatorias de los derechos fundamentales, según lo podemos señalar con la llamada *Richter klage* (instancia judicial) en los derechos austriaco¹⁰² y federal alemán,¹⁰³ según la cual, cuando los

dicciones nacionales", en la obra colectiva *Miscaellanea W. S. Ganshof van der Meersch*, Bruselas, París, 1972, pp. 121-126.

⁹⁸ Ver *supra*, nota 95.

⁹⁹ Cfr. Karl August Betterman, "Der Schutz der Grundrechte in der ordentliche Gerichtsbarkeit" (La protección de los derechos humanos en la jurisdicción ordinaria), en la obra *Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte* (Los derechos fundamentales. Teoría y práctica de los derechos fundamentales), Berlín, 1959, tomo II, vol. 2, pp. 7-79.

¹⁰⁰ Cfr. Mauro Cappelletti, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, cit., *supra*, nota 30, pp. 25, 36, 76-77.

¹⁰¹ Cfr. Edward McWhinney, "Constitutional Review in the Commonwealth", en el volumen colectivo *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart* (La jurisdicción constitucional en la actualidad), Colonia-Berlín, 1962, pp. 82-85.

¹⁰² Cfr. Mauro Cappelletti, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes*, cit., *supra*, nota 26, pp. 56-58.

¹⁰³ Cfr. Ernst Friesenhahn, "Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik

jueces de cualquier categoría o bien sólo los de los tribunales supremos —esto último en Austria— estiman que una ley es inconstitucional, deben suspender el procedimiento y enviar los autos al tribunal o corte constitucional respectivos para que decida sobre esta cuestión de contradicción con la ley fundamental.

91. d) En Italia, con excepción de la reclamación directa por la República o por las Regiones Autónomas, sobre la inconstitucionalidad de los ordenamientos respectivos,¹⁰⁴ sólo en un proceso concreto y a través de la cuestión prejudicial,¹⁰⁵ es posible plantear la inconstitucionalidad de la ley aplicable al caso y es en esta dirección en la que el insigne procesalista florentino Piero Calamandrei afirmaba que el juez ordinario es el único que puede abrir la puerta a la competencia de la Corte Constitucional italiana,¹⁰⁶ ya que además, no existe en el ordenamiento italiano un instrumento específico para impugnar de manera directa las violaciones de los derechos humanos.¹⁰⁷

92. e) Finalmente, el juez ordinario, por conducto de un proceso concreto, al aplicar las disposiciones legales secundarias, debe interpretar dichas normas de acuerdo con los textos y principios constitucionales, por medio de lo que la doctrina ha calificado como “control de la constitucionalidad mediante interpretación jurídica”, lo que significa que en un proceso ordinario el juez posee la facultad indirecta —ya sea que se encuentre o no facultado para desaplicar las disposiciones que considere contrarias a la Constitución— de adecuar los preceptos legales secundarios a los de carácter constitucional que consagran los derechos del hombre,¹⁰⁸ lo que no constituye una simple posibilidad teórica, sino que ha producido resultados apreciables en la práctica.¹⁰⁹

Deutschland” (La jurisdicción constitucional en la República Federal Alemana), en volumen citado, *supra*, nota 101, pp. 136-139.

¹⁰⁴ Cfr. Mauro Cappelletti, “La justicia constitucional en Italia”, trad. de Héctor Fix-Zamudio, *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núm. 27, enero-abril de 1960.

¹⁰⁵ Cfr. Giuseppe Abbamonte, *Il processo costituzionale italiano. I. Il sindacato incidentale*, Nápoles, 1957, pp. 25 y ss.; Cappelletti, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milán, 1967, pp. 44 y ss.

¹⁰⁶ “La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil”, y “Corte constitucional y autoridad judicial”, ambos trabajos publicados en el volumen *Estudios sobre el proceso civil*, trad. de Santiago Senties Melendo, Buenos Aires, 1962, pp. 66-68; 137-141, respectivamente.

¹⁰⁷ Cfr. Piero Calamandrei, *Corte constitucional y autoridad judicial*, cit. nota anterior.

¹⁰⁸ Cfr. Juan Francisco Linares, “Control de constitucionalidad mediante interpretación”, *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 18 de abril de 1961, pp. 1-3.

¹⁰⁹ Cfr. Giorgio Lombardi, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, 1970, tomo I, pp. 26 y ss.; Kenneth M. Lewan, “The Significance of Constitutional Rights for Private Law; Theory and Practice in West Germany”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Londres, julio de 1968, pp. 671-691.

93. B) La segunda perspectiva es la examinada por el procesalista uruguayo Eduardo J. Couture, quien contempla como garantías esenciales de los justiciables a la acción y a la excepción considerados como derechos subjetivos de carácter constitucional, a través de los cuales la primera se considera como un poder jurídico procesal de acudir ante la jurisdicción y la segunda el poder de pedir la libertad amenazada por la acción.¹¹⁰

94. En esencia, estamos de acuerdo con el pensamiento del insigne jurista uruguayo, pero el planteamiento resulta más complicado de lo que parece a primera vista, en cuanto se ha puesto de relieve que la acción no sólo corresponde al actor, sino también a su contraparte, en cuanto asume un carácter bilateral,¹¹¹ y por la otra, son discutibles los criterios tradicionales para diferenciar a la defensa de las excepciones,¹¹² con independencia de que, precisamente debido al carácter bilateral de la acción, puede ocurrir que la parte que inició con sus pretensiones la actividad jurisdiccional, asuma un carácter defensivo en otra instancia del mismo proceso y a la inversa, de manera que en nuestro concepto, más que hablar de excepción como el derecho, poder o posibilidad contraria a la acción, según se desprende de las ideas de Couture, consideramos más adecuado estimar que la acción y la defensa son inseparables como aspectos de un mismo derecho constitucional y que se complementan de manera recíproca.

95. En efecto, el derecho constitucional de acción se otorga a todo justiciable tanto para iniciar como continuar el proceso hasta sus últimas etapas —incluyendo la ejecución¹¹³— por lo que posee carácter bilateral y corresponde a las dos partes, en tanto que el derecho constitucional de defensa que también se atribuye a todo justiciable, comparte la bilateralidad de la acción, pero la complementa, ya que impide que los propios justiciables sean afectados en sus cargas y expectativas procesales, dándoles oportunidad de participar en forma razonable y equilibrada para exigir al juzgador la realización de los actos necesarios dirigidos a la afirmación y demostración de sus respectivas pretensiones,

¹¹⁰ *Las garantías constitucionales*, cit., *supra*, nota 5, pp. 158-183.

¹¹¹ Sobre la bilateralidad de la acción, *cfr.* especialmente a Alcalá-Zamora y Castillo, *Enseñanzas y sugerencias acerca de la acción*, cit., *supra*, nota 7, pp. 356-357.

¹¹² *Cfr.* Héctor Fix-Zamudio, *Constitución y proceso civil*, cit., *supra*, nota 10, pp. 59-61.

¹¹³ La acción, además de bilateral es dinámica, es decir, su ejercicio se prolonga durante todo el proceso, ya que, como lo afirma con gran penetración Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Enseñanzas y sugerencias acerca de la acción*, cit., *supra*, nota 7, pp. 359: "La acción no es un empujón que se le dé a la pretensión litigiosa para que franquee la puerta jurisdiccional, sino una vibración continuada para que llegue a su destino (pronunciamiento de fondo)..."

por lo que se encuentra vinculado con el llamado "derecho o garantía de audiencia".¹¹⁴

96. De estos dos aspectos esenciales representados por el derecho de acción y el de defensa, derivan una serie de instrumentos secundarios, pero también importantes, como son los relativos a la igualdad procesal de las partes; la posibilidad de presentar y desahogar los medios de prueba; de interponer recursos; de exigir la ejecución de la sentencia, etcétera, que corresponden al carácter dinámico de los dos derechos o garantías constitucionales que hemos mencionado.¹¹⁵

97. También habíamos hecho referencia como un posible sector autónomo desde un punto de vista exclusivamente lógico, el relativo a los actos procesales, o como se han calificado en el derecho mexicano, "las formalidades esenciales del procedimiento", que corresponden al examen del proceso en su aspecto formal de procedimiento,¹¹⁶ ya que los otros sectores se refieren a la vinculación de la jurisdicción y de la acción con las disposiciones constitucionales, pero en el fondo la regulación de los actos procesales por las normas fundamentales de la Constitución, está estrechamente vinculada a los derechos de los justiciables, ya que las formalidades esenciales del procedimiento se establecen precisamente en beneficio de las partes,¹¹⁷ y por ello es que los juristas angloamericanos agrupan las garantías constitucionales de los justiciables y de los actos procesales, dentro del concepto más amplio del "debido proceso legal", como el mismo Couture lo puso de relieve.¹¹⁸

VII. EL ACCESO A LA JURISDICCIÓN

98. El principio de la igualdad de los gobernados ante la ley, consagrado por el artículo primero de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789,¹¹⁹ ha tenido repercusión en el ámbito procesal en varias direcciones, y una de las más importantes es

¹¹⁴ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Constitución y proceso civil*, cit., *supra*, nota 10, p. 61.

¹¹⁵ En cierta manera es el punto de vista seguido por José Franco Serrato, *Principios y garantías constitucionales*, cit., *supra*, nota 74, pp. 134-136.

¹¹⁶ Sobre las formalidades esenciales del procedimiento, ver *supra*, nota 74.

¹¹⁷ Sobre la distinción entre proceso y procedimiento, cfr. Alcalá-Zamora y Castillo, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, cit., *supra*, nota 2, pp. 115-120.

¹¹⁸ Cfr. Eduardo J. Couture, *Las garantías constitucionales*, cit., *supra*, nota 5, pp. 183-191.

¹¹⁹ De acuerdo con el artículo primero de la citada Declaración de 1789: "Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derecho. Las distinciones sociales no pueden fundarse sino en la utilidad común". Sobre el concepto de igualdad, cfr., el libro fundamental de R. H. Tawncy, *La igualdad*, trad. de Francisco Giner de los Ríos, México, 1945, pp. 19-63.

el llamado principio dialéctico del proceso o "contradictorio", el que significa que todo procedimiento jurisdiccional requiere de la intervención equilibrada de las dos partes esenciales que poseen intereses contrapuestos, y que se condensa en la frase: *audiatur et altera pars*.

99. Pero esta exigencia de dos partes equidistantes, iguales y contrapuestas, se ha interpretado de diversas maneras, según el contexto político-jurídico imperante en una época histórica, y en este sentido podríamos parafrasear nuevamente a Calamandrei, como lo hicimos anteriormente, hablando también de la "relatividad del contradictorio".

100. En efecto, la igualdad procesal de las partes es diversa en el régimen individualista, liberal y predominantemente dispositivo del proceso civil tradicional, en el cual se advierte muy claramente el carácter formal del contradictorio, justificando las críticas formuladas y que todavía se expresan, por parte de los procesalistas del campo socialista.¹²⁰

101. Sin embargo, el movimiento socializador del derecho que se exterioriza en la primera posguerra y que se ha acentuado en esta segunda, más atormentada y convulsionada,¹²¹ penetra en el proceso para lograr lo que la exquisita sensibilidad del insigne jurista florentino antes mencionado calificaba como "nuevo significado del principio de igualdad de las partes".¹²²

102. Es cierto que esta nueva orientación se encuentra en su fase inicial, particularmente por lo que se refiere al derecho procesal civil en la mayor parte de los ordenamientos latinoamericanos, los que con algunas excepciones recientes siguen el modelo de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855-1881, de espíritu individualista y liberal,¹²³ pero el movimiento renovador se observa en otras ramas procesales, particularmente en el derecho procesal del trabajo, que otorga al trabajador ciertos privilegios procesales que se traducen en lo que el mismo Eduardo J. Couture calificó de igualdad por compensación,¹²⁴ y que posteriormente ha trascendido a otras disciplinas que integran el

¹²⁰ Cfr. M. A. Gurvitch, y otros, *Derecho procesal civil soviético*, trad. de Miguel Lubán, México; 1971, pp. 7-27.

¹²¹ Para la distinción entre socialización del derecho y derecho social, cfr. Héctor Fix-Zamudio, "Introducción al estudio del derecho procesal social", en el volumen colectivo, *Estudios procesales en memoria de Carlos Viada*, Madrid, 1965, pp. 502-510; publicado también en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Madrid, 1966, pp. 389-418.

¹²² *Instituciones de derecho procesal civil según el nuevo Código*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1962, tomo I, pp. 417-421.

¹²³ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Constitución y proceso civil*, cit., *supra*, nota 10, pp. 63-64.

¹²⁴ Cfr. Eduardo J. Couture, "Algunas nociones fundamentales del derecho procesal

sector que se ha denominado "derecho procesal social",¹²⁵ disciplina que, además del referido derecho procesal laboral, comprende en la actualidad al derecho procesal agrario¹²⁶ y al derecho procesal de la seguridad social.

103. En México se observa claramente este movimiento renovador, si tomamos en cuenta que nuestros códigos procesales civiles, tanto el federal como el del Distrito Federal y los de las entidades federativas, que en términos generales, y con algunas variantes siguen en su mayor parte al distrital,¹²⁷ se inspiran, por tanto, en la citada Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, su orientación es claramente individualista: sin embargo en la Ley Federal del Trabajo de 1931 y en particular en la vigente de 1970, se siguen las orientaciones de los privilegios procesales en beneficio del trabajador, para lograr la igualdad por compensación.¹²⁸

104. Además, se observa esta evolución en la materia procesal agraria, si bien no en cuanto a los procedimientos ante las autoridades administrativas agrarias, en los cuales existe una falta de precisión¹²⁹ pero sí claramente en cuanto al juicio de amparo cuando es interpuesto por las comunidades agrarias o sus integrantes, es decir, ejidatarios o comuneros, todos ellos sujetos al régimen de la reforma agraria, ya que a partir de la reforma legislativa de 1963 se otorgan a los citados campesinos numerosos privilegios procesales para lograr un equilibrio respecto de las autoridades agrarias y los propietarios de predios agrícolas,¹⁸⁰ todo lo cual desembocó en la reforma legislativa de 28 de mayo de

en el trabajo", *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, tomo I, 1948, pp. 271 y ss.

¹²⁵ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Introducción al estudio del derecho procesal social*, cit., *supra*, nota 121, pp. 511 y ss.

¹²⁶ Sobre el derecho procesal agrario como parte del derecho procesal social, *cfr.*, en especial, Alberto Germanò, "Il nuovo processo agrario", *Rivista di Diritto Processuale*, Milán, octubre-diciembre de 1965, pp. 532-534; Héctor Fix-Zamudio, "Lineamientos fundamentales del proceso social agrario en el derecho mexicano", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 52, octubre-diciembre de 1963, pp. 897-908.

¹²⁷ Cfr. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Síntesis del derecho procesal*, México, 1966, pp. 23 y ss.

¹²⁸ Cfr. Alberto Trueba Urbina, *Nuevo derecho procesal del trabajo*, 3a. ed., México, 1975; Rafael de Pina, *Curso de derecho procesal del trabajo*, México, 1952; Arturo Valenzuela, *Derecho procesal del trabajo*, Puebla, 1950; Patricia Kurceyn, "Derecho procesal social con especial referencia a la nueva ley federal mexicana del trabajo", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, Madrid, 1971, pp. 819-855.

¹²⁹ Cfr. Martha Chávez Padrón, *El proceso social agrario y sus procedimientos*, 2a. ed., México, 1977; Héctor Fix-Zamudio, *Lineamientos fundamentales del proceso social agrario*, cit., *supra*, nota 126, pp. 909-938.

¹³⁰ Cfr., entre otros, Ignacio Burgoa, *El amparo en materia agraria*, México, 1964, incorporado posteriormente a su libro *El juicio del amparo*, 11a. ed., México, 1977, pp. 875-970.

1976, que dividió la Ley de Amparo en dos libros, modificando la anterior estructura unitaria, uno relativo al amparo en general y el segundo libro dedicado al amparo en materia agraria.

105. También se advierte en el proceso penal este propósito de lograr un verdadero equilibrio, y por tanto, la igualdad efectiva de las partes, ya que en dicho proceso se otorgan privilegios procesales al acusado, para vigorizar su posición frente al ministerio público, el cual, como acusador, posee en principio, y en su calidad de funcionario público, una situación de preeminencia; todo lo cual está comprendido en el principio *in dubio pro reo*.¹³¹

106. Estos remedios procesales han aliviado relativamente a los justiciables que se encuentran en condiciones de inferioridad social, económica y cultural, pero no constituyen solución efectiva para lograr que amplios sectores de la población, muy numerosos en Latinoamérica y otros países en vías de desarrollo, puedan lograr la prestación jurisdiccional en condiciones de igualdad y equilibrio.

107. Los instrumentos tradicionales para procurar asesoramiento legal de los justiciables carentes de recursos, tales como el llamado beneficio de pobreza;¹³² la utilización de defensores de oficio; y la colaboración gratuita y voluntaria de los colegios de abogados;¹³³ han resultado insuficientes para proporcionar auxilio jurídico a los que carecen de recursos suficientes para obtener los servicios profesionales de un abogado y cubrir los gastos del proceso.

108. Debido a esta situación, se inició en Inglaterra, a partir del año de 1949, la implantación de un nuevo sistema llamado *legal aid*,¹³⁴ que con modalidades peculiares se introdujo en 1964 en los Estados

¹³¹ Cfr. Santiago Sentís Melendo, *In dubio pro reo*, Buenos Aires, 1971, pp. 48 y ss.

¹³² El modelo que han tomado varios códigos procesales latinoamericanos sobre esta institución es el llamado "beneficio de defensa por pobre", según los artículos 13 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1881; cfr. José María Manresa y Navarro, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 4a. ed., Madrid, 1919, pp. 98 y ss.

¹³³ Cfr. Héctor Fíx-Zamudio, *Constitución y proceso civil*, cit., *supra*, nota 10, pp. 66-67.

¹³⁴ Cfr., entre otros, el estudio comparativo de Norman S. Marsh, "La asistencia jurídica y el imperio de la ley; notas para un estudio comparativo del problema", *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Ginebra, invierno de 1959, primavera-verano de 1960, pp. 107-131; y los más recientes, también de carácter comparativo de Mauro Cappelletti y James Gordley, "Legal Aid; Modern Themes and Variations", *Stanford Law Review*, vol. 14, núm. 2, Stanford, enero de 1972, pp. 347-386, 387-421; desarrollado posteriormente en el libro de Mauro Cappelletti, James Gordley y Earl J. Johnson, *Toward Equal Justice: A comparative Study of Legal Aid in Modern Societies (Text and Materials)*, Milán-Dobbs Ferry, Nueva York, 1975, pp. 5-132.

Unidos,¹³⁵ en Francia en 1972,¹³⁶ Israel en 1973,¹³⁷ y también en Italia en el año de 1973, pero exclusivamente en materia laboral y de la seguridad social.¹³⁸

109. También deben mencionarse en esta dirección las reformas legislativas que establecieron el sistema de *legal aid* en Suecia¹³⁹ y en la provincia canadiense de Quebec,¹⁴⁰ ambas en el año de 1972; así como la ley austriaca de 8 de noviembre de 1973, que sustituyó en varios ordenamientos, particularmente en la Ordenanza Procesal Civil (ZPO), la expresión tradicional derecho de pobreza (*Armentrecht*) por la de ayuda procesal (*Verfahrenhilfe*) que viene a ser una traducción al alemán, así sea limitada al aspecto estrictamente procesal, del concepto de *legal aid*.¹⁴¹

110. Esta institución, que puede denominarse en español *asesoramiento jurídico y procesal*, significa sustituir el sistema tradicional de la ayuda voluntaria y gratuita de los colegios de abogados, dirigida exclusivamente a la defensa en juicio de los que carecen totalmente de recursos económicos, por un asesoramiento legal muy amplio por parte de organismos públicos, generalmente autónomos, que en su caso, también cubren los gastos del proceso, cuando el solicitante demuestra que sus ingresos son reducidos y que su reclamación no es ostensiblemente infundada.¹⁴²

111. Por lo que se refiere a Latinoamérica, existen los defensores de oficio, y en algunos ordenamientos, los procuradores de pobres, procuradores laborales y agrarios, etcétera, pero con independencia de que la actividad de estos funcionarios deja mucho que desear debido a una

¹³⁵ Entre otros, *cfr.* Vittorio Denti, "L'assistenza giudiziaria ai poveri e la sua recente evoluzione", en su libro *Processo civile a giustizia sociale*, Milán, 1972, pp. 36-41.

¹³⁶ *Cfr.*, especialmente Bruno Oppetit, "La ayuda judicial", trad. de Héctor Fix-Zamudio, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 18, septiembre-diciembre de 1973, pp. 387-401.

¹³⁷ *Cfr.*, Hal R. Lieberman, "Israel Legal Aid Law: Remedy for Injustice?", *Israel Law Review*, Jerusalén, julio de 1974, pp. 413-436.

¹³⁸ *Cfr.* Giancarlo Pezzano, "La gratuità del giudizio e il patrocinio statale", en el libro colectivo *Le controversie in materia di lavoro*, Bolonia-Roma, 1974, pp. 561-577.

¹³⁹ *Cfr.* Mauro Cappelletti y otros, *Toward Equal Justice...*, cit., *supra*, nota 134, pp. 525 y ss.

¹⁴⁰ *Cfr. Ibid.*, pp. 584 y ss.

¹⁴¹ Sobre la evolución de la materia en Austria, *cfr.* Mauro Cappelletti, "Defensor del pobre. Es el turno de Austria", en su libro *Proceso, ideología, sociedad*, cit., *supra*, nota 43, pp. 203-213.

¹⁴² Además de los autores mencionados en las notas 134-141, deben consultarse a Jacinta Rumi, "L'evoluzione dell'assistenza giudiziaria in Inghilterra", *Rivista di Diritto Processuale*, Pádua, julio-septiembre de 1970, pp. 412-433; Gerald Dworking, "The Progress and Future of Legal Aid in Civil Litigation", *The Modern Law Review*, Londres, julio de 1965, pp. 432-433.

serie de factores adversos,¹⁴³ de cualquier manera, su actuación está inspirada, aun cuando no sea conscientemente, en principios caritativos que provienen de la Edad Media y se consagraron en la legislación colonial,¹⁴⁴ ya que toman como base el concepto de pobreza, es decir, la insolvencia económica total del solicitante; principios que se han superado en los nuevos sistemas, los que otorgan los servicios legales inclusive a personas de medianos recursos, en proporción a sus ingresos.¹⁴⁵

112. Lo anterior significa que el asesoramiento legal se está transformando, como lo indican las disposiciones más recientes de los Estados Unidos e Inglaterra, en una *prestación de seguridad social*, en forma similar y paralela a los servicios de carácter médico.¹⁴⁶

113. Este servicio de seguridad social se proporciona a través de oficinas jurídicas que cuentan con personal técnico de tiempo completo, cuya remuneración se cubre con fondos públicos. Su expresión más evolucionada está representada por las *Neighborhood Law Offices* de los Estados Unidos.¹⁴⁷

114. En los países socialistas, siguiendo el ejemplo de la Unión Soviética, el servicio de asesoramiento jurídico se proporciona sólo por oficinas públicas, ya que está prohibido el ejercicio libre de la abogacía,¹⁴⁸ que es el sistema adoptado por la legislación cubana en época reciente, a través de los llamados bufetes colectivos.¹⁴⁹

¹⁴³ Sobre el sistema de la defensoría de oficio en todas las ramas procesales, *cfr.* Sergio García Ramírez, "Noticia sobre el defensor en el derecho mexicano", en el volumen colectivo *Comunicaciones Mexicanas al VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado* (Pescara, 1970), México, 1971, pp. 391-406.

¹⁴⁴ Sobre los procuradores de las audiencias y cancillerías de las colonias españolas, puede consultarse el título 28, del libro segundo; y sobre los procuradores y defensores de indios, el título 60. del libro sexto, de la *Recopilación de las Leyes de Indias*, edición de 1841, Madrid, tomo I, pp. 303-305; y tomo II, pp. 249-250.

¹⁴⁵ *Cfr.* Mauro Cappelletti y James Gordley, *Legal Aid*, cit., *supra*, nota 134, pp. 376-379; 406-418.

¹⁴⁶ *Cfr.* Héctor Fix-Zamudio, *Constitución y proceso civil*, cit., *supra*, nota 10, pp. 70-75.

¹⁴⁷ *Cfr.* Daniel H. Loewenstein y J. Waggoner Michel, "Note. Neighborhood law Offices: The New Wave in Legal Services for the Poor", *Harvard Law Review*, Cambridge, Mass., 1967, pp. 805-913.

¹⁴⁸ *Cfr.* Paolo Peccori, "Il costo del processo civile e i non abbienti nell'Unione Sovietica", *Rivista di Diritto Processuale*, Pádua, abril-junio de 1970, pp. 261-262; Donald D. y Harold J. Berman, "The Soviet Legal Profession", *Harvard Law Review*, Cambridge, Mass., noviembre de 1968, pp. 12-16; Lawrence M. Friedman y Zigurds L. Zile, "Soviet Legal Profession: Recents Developments in Practice", *Wisconsin Law Review*, enero de 1964, pp. 39 y ss.

¹⁴⁹ Estos bufetes colectivos están regulados por los artículos 171 a 176 de la Ley de Organización del Sistema Judicial de 23 de junio de 1973 y por el Reglamento de los Bufetes Colectivos, aprobado por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular el 24 de enero de 1974, son equivalentes a las oficinas de consulta jurídica establecidas en la Unión Soviética que han utilizado como modelo otros países socialistas. *Cfr.*, los autores mencionados en la nota anterior.

115. Debemos ser muy cautos en Latinoamérica para incorporar en las constituciones y en la legislación de nuestros países, los nuevos sistemas de seguridad jurídica, ya que es preciso lograr previamente la transformación de la abogacía, pues si no se introduce en ella un espíritu de servicio social, se corre el riesgo de lograr sólo una ampliación burocrática de las actuales defensorías de oficio.

116. Sin embargo, lo anterior no significa que deba abandonarse la idea de un cambio paulatino, como el que se propuso al abordar el tema, en el VII Congreso Nacional Argentino de Derecho Procesal, efectuado en la ciudad de Mendoza en octubre de 1972.¹⁵⁰

VIII. CONCLUSIONES

117. De lo expuesto tan superficialmente con anterioridad, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

118. *Primera.* En los años recientes se ha advertido la necesidad de examinar las relaciones existentes entre las disciplinas del derecho constitucional y del derecho procesal, ya que existen zonas de frontera que no habían sido analizadas con la suficiente profundidad.

119. *Segunda.* Estas zonas de frontera y de confluencia entre estas dos disciplinas han dado lugar al establecimiento, para fines de estudio, a dos nuevas ramas de la ciencia jurídica, que podemos calificar como derecho procesal constitucional y derecho constitucional procesal, no como un simple juego de palabras sino debido a la sistematización de conceptos e instituciones de carácter procesal examinados a través de dos ángulos o perspectivas que, sin embargo, se complementan.

120. *Tercera.* *El derecho procesal constitucional* debe considerarse como la rama más reciente de la ciencia del derecho procesal, y como su fundador se señala con todo acierto al ilustre Hans Kelsen, quien consideró la necesidad de sistematizar el estudio de los instrumentos procesales dirigidos a la resolución de las controversias derivadas de la aplicación de las disposiciones constitucionales, e inclusive inspirando la creación de un órgano específico para dirimir tales conflictos, es decir, la Corte Constitucional establecida por la ley fundamental austriaca de 1920.

¹⁵⁰ Debe mencionarse que en el VII Congreso Nacional Argentino del Derecho Procesal, efectuado en la ciudad de Mendoza durante los días 9 a 14 de octubre de 1972, se examinó el tema de "La garantía de igualdad frente a la desigualdad económica de las partes. El beneficio de litigar sin gastos y la defensa gratuita. Su equidad y eficacia". Cfr. "Crónica, VIII Congreso Nacional de Derecho Procesal", *Revista de Estudios Procesales*, núm. 14, Rosario, Argentina, diciembre de 1972, pp. 111-112.

121. *Cuarta.* Por el contrario, el *derecho constitucional procesal* es una rama del derecho constitucional, también de carácter reciente, con el propósito esencial de estudiar en forma sistemática las instituciones procesales reguladas por las disposiciones constitucionales, y que también se han calificado como garantías constitucionales de carácter procesal, y así como a Hans Kelsen se le considera como fundador de la disciplina paralela dentro de la ciencia del proceso, es al insigne procesalista uruguayo Eduardo J. Couture a quien le corresponde esta labor respecto del derecho constitucional procesal, si tomamos en cuenta, de manera especial, su fundamental y clásico estudio sobre *Las garantías constitucionales del proceso civil*, en el cual puso de relieve la regulación constitucional de los instrumentos procesales, al menos en el proceso civil, pero sus puntos de vista pueden extenderse sin la mayor dificultad respecto de las restantes ramas del derecho procesal,

122. *Quinta.* Fue el mismo jurista uruguayo quien señaló los sectores esenciales de la nueva disciplina, si bien no la bautizó, como tampoco lo hizo Kelsen con el derecho procesal constitucional, pero estableció las bases para el estudio de los conceptos e instituciones de la nueva disciplina del derecho constitucional general, referida a las categorías procesales, que hemos llamado derecho constitucional procesal; el que comprende en primer lugar el análisis de las llamadas garantías judiciales o garantías de la jurisdicción, y en segundo término, de las garantías constitucionales de los justiciables, con un sector intermedio, estrechamente vinculado con la segunda parte, que es el relativo a las garantías de los actos procesales, o de las formalidades esenciales del procedimiento.

123. *Sexta.* Para que los estudios de las disposiciones constitucionales de carácter procesal sean verdaderamente fructíferos, es preciso que exista una mayor colaboración entre los cultivadores de la ciencia del proceso y los especialistas en la ciencia del derecho constitucional, tal como se recomendó en el Primer Congreso Latinoamericano de Derecho Constitucional, efectuado en la ciudad de México en el mes de agosto de 1975, y en el cual participaron cultivadores de ambas disciplinas.

VII

FUNCIÓN DEL PODER JUDICIAL EN LOS SISTEMAS
CONSTITUCIONALES LATINOAMERICANOS

VI
FUNCIÓN DEL TRUQUE JUDICIAL EN LOS SISTEMAS
CONSTITUCIONALES LATINOAMERICANOS

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Derecho procesal y derecho constitucional*. III. *La jurisdicción como función esencial del Estado moderno*. IV. *El organismo judicial y su situación frente a los otros departamentos del poder*. V. *Justicia administrativa y poder judicial*. VI. *Ministerio Público y judicatura*. VII. *Abogacía y función judicial*. VIII. *Las garantías judiciales y de las partes*. IX. *Los tribunales como garantes de la Constitución*. X. *Las cuestiones políticas*. XI. *Los estados de emergencia*. XII. *El Consejo Judicial*. XIII. *Facultades colegislativas*. XIV. *Autonomía financiera*. XV. *Lentitud y onerosidad procesales*. XVI. *El acceso a la jurisdicción*. XVII. *Actividad y pasividad judicial*. XVIII. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

1. El tema de la función jurisdiccional y de sus relaciones con el derecho constitucional debe considerarse sumamente complejo debido a que la primera se encuentra en la encrucijada entre el propio derecho constitucional y el derecho procesal, como lo ha señalado con agudeza Niceto Alcalá-Zamora y Castillo,¹ lo que ha determinado que los cultivadores de ambas disciplinas aborden la materia desde diversos ángulos, pero sin una mirada de conjunto, que resulta indispensable si se quiere penetrar en la esencia de esta actividad esencial del Estado moderno.

2. Si lo anterior es cierto en el ámbito de la doctrina y de la jurisprudencia de una gran cantidad de países, inclusive de aquellos que han estado en la cabeza del estudio de los derechos constitucional y procesal,² con mayor razón podemos afirmarlo en relación con Latinoamérica, en la cual se advierte la carencia de estudios comparativos, ya que sólo encontramos el análisis de la función jurisdiccional en los manuales de ambas disciplinas;³ por el contrario, son escasos los estudios sobre los organismos judiciales latinoamericanos en su conjunto, pu-

¹ *Proceso, autocomposición y autodefensa*, 2a. ed., México, 1970, p. 103.

² Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Veinticinco años de evolución del derecho procesal (1940-1965)*, México, 1968, pp. 67-116.

³ Algunos aspectos comparativos son abordados por Segundo V. Linares Quintana en

diendo citarse en esta dirección el análisis de la tratadista estadounidense Helen L. Glagget;⁴ algunos otros trabajos más recientes del constitucionalista argentino Salvador Dana Montaña,⁵ y últimamente el del que redactó esta ponencia, pero referido al aspecto más concreto del proceso civil.⁶

Finalmente también debemos mencionar las conclusiones aprobadas en esta materia por varias de las conferencias interamericanas de abogados.⁷

3. Para lograr un análisis fructífero de la función constitucional del organismo o departamento judicial en el ámbito latinoamericano, resulta necesario tender un puente de unión entre los cultivadores del derecho constitucional y los dedicados al estudio del derecho procesal, con objeto de unificar esfuerzos que hasta este momento y salvo algunas excepciones, no se han coordinado de manera suficiente para obtener un examen profundo y completo de la materia.

II. DERECHO PROCESAL Y DERECHO CONSTITUCIONAL

4. En época reciente, las relaciones entre las dos ramas jurídicas se han estrechado tomando en cuenta el nacimiento de la disciplina instrumental más joven del procesalismo científico, es decir la que podemos calificar de *derecho procesal constitucional*, cuya iniciación como ciencia sistemática se atribuye al ilustre Hans Kelsen,⁸ y que se ocupa del estudio de los instrumentos procesales que garantizan el cumplimiento de las normas constitucionales; instrumentos que, de acuerdo con la terminología de James y Roberto Goldschmidt, es posible comprender dentro de las normas de carácter *justicial formal*.⁹

su obra *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, Buenos Aires, 1963, tomo IX, pp. 403-440, que por otra parte son menos extensos que los que el mismo autor dedica a los otros departamentos del poder en ese volumen.

⁴ *The Administration of Justice in Latin America*, Nueva York, 1952.

⁵ "Cómo perfeccionar la administración de justicia en Latinoamérica", sobretiro de la *Revista de Derecho Español y Americano*, Madrid, octubre-diciembre de 1966; *id.*, "La independencia del poder judicial y los problemas de la administración de justicia en el continente", *La Ley*, Buenos Aires, 13 de junio de 1963, pp. 1-3; "La independencia y la responsabilidad del poder judicial", *La Ley*, Buenos Aires, 25 de febrero de 1971, pp. 4-7.

⁶ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, México, 1974.

⁷ Especialmente en las Conferencias XI, Miami, 1959; XII, Panamá, 1963; y XIV, San Juan de Puerto Rico, 1965.

⁸ Cfr. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, cit., p. 215.

⁹ *Derecho justicial material y Derecho justicial material civil*, respectivamente, el primero traducido por Catalina Grossman, publicados ambos en Buenos Aires, en un solo volumen, 1959.

A este respecto podemos destacar que si bien es verdad que en diversas etapas históricas han existido medios para lograr la limitación del poder, e inclusive a fines del siglo XVIII surgió en la Constitución de los Estados Unidos de 1787 un sistema de impugnación de la inconstitucionalidad de las leyes a través del departamento u organismo judicial,¹⁰ tales instrumentos no fueron analizados en forma sistemática sino a partir de los estudios del fundador de la Escuela de Viena sobre la justicia constitucional,¹¹ los que fructificaron ampliamente con la creación de la Corte Constitucional austríaca en la Carta fundamental de 1920, con una repercusión muy amplia en las cartas constitucionales de esta segunda posguerra.

5. El derecho procesal constitucional como disciplina científica tiene como objeto el estudio de los instrumentos de garantía constitucional en sentido estricto, los que han adquirido cada vez mayor importancia, en virtud del convencimiento de que las normas constitucionales, que tradicionalmente y en su mayor parte carecían de instrumentos eficaces para imponerse en forma a sus destinatarios —que generalmente tienen el carácter de autoridades— deben contar con los instrumentos procesales necesarios para imponer su cumplimiento.¹²

Desde este punto de vista podemos señalar dos categorías de garantías constitucionales de carácter procesal:

- a) Las que tienen por objeto la tutela de los derechos de la persona humana en su dimensión individual y social, consagradas en el sector que ha sido calificado con gran penetración por el tratadista italiano Mauro Cappelletti como de *jurisdicción constitucional de la libertad*.¹³
- b) El sector integrado por el conjunto de instrumentos procesales dirigidos a lograr el cumplimiento efectivo las disposiciones constitucionales que establecen los límites de atribución de los órga-

¹⁰ Cfr. Mauro Cappelletti, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, trad. de Héctor Fix-Zamudio y Cipriano Gómez Lara, México, 1966, pp. 18-33.

¹¹ Especialmente el clásico estudio intitulado, "La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)", *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, año de 1928, pp. 197-257, publicada posteriormente en el *Annuaire de l'Institut de Droit Public*, París, 1929, pp. 52-143, trad. española de Rolando Tamayo y Salmerón con el título de "La garantía jurisdiccional de la Constitución", *Anuario Jurídico*, México, 1974, pp. 471-515.

¹² Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1965)*, México, 1968, pp. 15-18; *id.*, "Introducción al estudio de la defensa de la Constitución", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 1, México, enero-abril de 1968, pp. 108-118.

¹³ *La jurisdicción constitucional de la libertad*, trad. de Héctor Fix-Zamudio, México, 1961.

nos del poder, o sea lo que tradicionalmente se ha designado parte orgánica de las leyes fundamentales, y que podemos calificar como *jurisdicción constitucional orgánica*.

6. Pero existe otro aspecto de las relaciones entre los derechos constitucional y procesal que todavía no ha sido estudiado con la misma intensidad que el relativo al derecho procesal constitucional, o sea el que se refiere a las disposiciones materiales de naturaleza constitucional que establecen las bases esenciales de la prestación jurisdiccional, y que en otra ocasión, siguiendo la citada terminología de James y Roberto Goldschmidt, denominamos *normas judiciales materiales*, que están integradas por las disposiciones fundamentales que establecen las condiciones necesarias para la resolución justa y eficaz de las controversias procesales en todos sus aspectos.¹⁴

Si pretendemos sistematizar estas normas que señalan las bases esenciales de carácter procesal, indispensables para la prestación jurisdiccional, podemos utilizar el nombre de *derecho constitucional procesal*, que no empleamos como un simple juego de palabras en relación con el derecho procesal constitucional, ya que en tanto que este último es una rama verdadera y propia del derecho procesal general, el primero es una parte del estudio del derecho constitucional, que si bien se encuentra todavía en una etapa incipiente, ya empieza a atraer la atención de los constitucionalistas y de los cultivadores del procesalismo científico, como lo demuestra el coloquio efectuado en la ciudad de Florencia durante los días 5 a 7 de septiembre de 1971, organizado por la Asociación Internacional de Ciencias Jurídicas y el Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de Florencia, sobre el tema "Las garantías fundamentales de las partes en el proceso civil", cuyos trabajos y debates están contenidos en una magnífica publicación,¹⁵ en la cual se incluyen dos estudios sobre los ordenamientos jurídicos latinoamericanos.¹⁶

Con excepción de los anteriores, no abundan los trabajos comparativos sobre esta rama constitucional procesal en el ámbito latinoameri-

¹⁴ *Constitución y proceso civil*, cit., pp. 30-31.

¹⁵ *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation. Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil*, editado por Mauro Cappelletti y Denis Tallon, Milán-Nueva York, 1973.

¹⁶ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "Les garanties constitutionnelles des parties dans le procès civil en Amérique Latine", y Enrique Vescovi y Eduardo Vaz Ferreira, "Les garanties fondamentales des parties dans la procédure civile en Amérique Latine", en el volumen citado en la nota anterior, pp. 31-99 y 101-120, respectivamente.

cano, aun cuando podemos señalar la aportación de carácter nacional del tratadista ecuatoriano Juan Isaac Lovato.¹⁷

7. Es necesario aclarar que las divisiones anteriores se establecen exclusivamente con un propósito de análisis, ya que en la práctica los límites y las relaciones entre las dos disciplinas que hemos señalado, es decir, los derechos procesal constitucional y constitucional procesal, son imprecisos los primeros y bastante estrechas las segundas, de manera que es necesario incursionar en ambas si se pretende lograr una visión unitaria y de conjunto de la función judicial en los ordenamientos constitucionales de Latinoamérica.

III. LA JURISDICCIÓN COMO FUNCIÓN ESENCIAL DEL ESTADO MODERNO

8. No pretendemos en un trabajo de esta índole lograr un concepto preciso de la función jurisdiccional, que ha sido objeto de debates apasionados, de numerosas teorías y de una falta de acuerdo entre los tratadistas, tanto del derecho constitucional como los de la ciencia del proceso, como lo demuestra el reciente y penetrante estudio del distinguido procesalista español Niceto Alcalá-Zamora y Castillo.¹⁸

Basta a nuestro propósito la noción aproximada de jurisdicción, estimada como la función pública que tiene como objeto resolver las controversias jurídicas que se plantean entre dos partes contrapuestas, y que debe resolver un órgano del Estado en forma imperativa y en una posición imparcial.

Esta función jurisdiccional es una de las atribuciones fundamentales del Estado moderno, tomando en consideración que se han ampliado considerablemente tanto el número como la naturaleza de las controversias que surgen de las relaciones sociales cada vez más complejas de las comunidades actuales, con lo cual la estructura, la composición y el funcionamiento de los organismos judiciales se ha complicado en forma extraordinaria.¹⁹

9. La unidad de jurisdicción constituyó la aspiración de los revolucionarios franceses frente a la pluralidad de fueros y privilegios procesales de carácter feudal,²⁰ unidad que imperó en los países angloamericanos, los que establecieron los mismos principios para la resolución

¹⁷ *Principios constitucionales del derecho procesal ecuatoriano*, Quito, 1960.

¹⁸ "Notas relativas al concepto de jurisdicción", en su obra *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, México, 1974, tomo I, pp. 29-60.

¹⁹ Cfr. Luis M. Boffi Boggero, "Función trascendente del poder judicial y la actualidad", *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 17 de junio de 1963, pp. 1-5.

²⁰ Cfr. Edoardo F. Ricci, "Garanzia costituzionale del processo nel diritto francese", *Rivista di Diritto Processuale*, Pádua, abril-junio de 1968, pp. 233 y ss.

de las controversias entre particulares y aquellas en las que intervieran autoridades.²¹ Por el contrario, en la actualidad se ha llegado a una especialización cada vez más compleja y que tiende a extenderse, con motivo de los nuevos problemas jurídicos que están surgiendo en nuestra época.

Así, con independencia de la justicia administrativa que se inició con el Consejo de Estado francés al lado de los tribunales ordinarios, en los últimos tiempos se han creado organismos judiciales especializados en materia laboral, familiar, constitucional, agraria, etcétera, inclusive en los mencionados países angloamericanos, que durante tanto tiempo mantuvieron la unidad de la jurisdicción.²²

Lo anterior resulta todavía más complicado si se toma en cuenta que en algunos países como la República Federal de Alemania, los organismos judiciales especializados culminan en tribunales supremos independientes para cada materia (civil y penal; administrativa; laboral; social, y constitucional);²³ en otros se sigue el ejemplo francés de la justicia administrativa como dependiente formalmente del Ejecutivo;²⁴ en varios ordenamientos los organismos judiciales laborales o los órganos procesales de la seguridad social también pertenece a la administración,²⁵ y algo similar ocurre con algunos organismos de justicia agraria.²⁶

10. Por otra parte, la jurisdicción también se realiza por organismos diversos de los judiciales, pues además de los mencionados tribunales administrativos, los órganos legislativos ejercen esta función cuando deciden sobre la responsabilidad política de los altos funcionarios, lo cual se observa tanto en los ordenamientos angloamericanos que consagran el *impeachment* como en varios países latinoamericanos que han seguido su ejemplo.²⁷

11. Las leyes fundamentales se han preocupado por establecer las bases esenciales de la función jurisdiccional, las cuales varían según

²¹ Cfr. Jesús González Pérez, *Derecho procesal administrativo*, 2a. ed., Madrid, 1964, tomo I, pp. 364-366.

²² Cfr. Henry J. Abraham, *The Judicial Process*, Nueva York, 1962, pp. 128-237.

²³ Cfr. Theodor Maunz, *Deutsches Staatsrecht* (Derecho político alemán), 18a. ed., Munich, 1971, pp. 272-302; Hugo Alsina, *Tratado teórico-práctico de derecho procesal y civil y comercial*, 2a. ed., Buenos Aires, 1956, tomo I, pp. 140-144.

²⁴ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Introducción al estudio procesal comparativo de la protección interna de los derechos humanos*, México, 1974, pp. 224-225.

²⁵ Cfr. Euquerio Guerrero, *Manual de derecho del trabajo*, 6a. ed., México, 1973, pp. 367-390.

²⁶ Cfr. Alberto Germanò, *Il processo agrario. Studio comparativo sul diritto europeo occidentale*, Milán, 1973, pp. 121-148; J. Masrevery, *Derecho agrario y justicia agraria*, Roma, marzo de 1974, pp. 35-66.

²⁷ Cfr. Segundo V. Linares Quintana, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, Buenos Aires, 1963, tomo VIII, pp. 470-490.

las épocas y los sistemas políticos, pero inclusive la Constitución de los Estados Unidos de 1787, que puede considerarse como uno de los documentos constitucionales más breves todavía en vigor, dedica su artículo tercero que es muy amplio, al Poder Judicial federal;²⁸ y la carta suprema de la República Popular China, expedida el 17 de enero de 1975, que es sin duda la más esquemática de nuestra época, consagra en su artículo 25 los lineamientos de los tribunales populares en sus diversos grados y jerarquías.²⁹

Resulta explicable que las constituciones latinoamericanas y particularmente las más recientes, consagren en su articulado los principios básicos de la estructura, nombramiento, atribuciones y competencia genérica de los organismos judiciales, así como los lineamientos básicos de los derechos de las partes y de las funciones del juzgador; y en ocasiones, como ocurre con el artículo 107 de la Constitución federal mexicana de 1917, las reglas esenciales de la tramitación de nuestra máxima institución procesal, es decir, del juicio de amparo.³⁰

IV. EL ORGANISMO JUDICIAL Y SU SITUACIÓN FRENTE A LOS OTROS DEPARTAMENTOS DEL PODER

12. El llamado principio de la división de los poderes divulgado por el barón de Montesquieu,³¹ y que otros autores han calificado como separación o colaboración de funciones,³² después de haber sido considerado como un verdadero dogma del constitucionalismo clásico,³³ ha entrado en crisis, a tal grado que el distinguido constitucionalista

²⁸ Cfr. entre muchos otros, Edward S. Corwin, *The Constitution and what it means today*, 13a. ed., Nueva York, 1964, pp. 132-158.

²⁹ El primer párrafo de dicho precepto establece: "El Supremo Tribunal Popular, los tribunales populares locales en diversos niveles, y tribunales populares especiales ejercen la función judicial. Los tribunales populares son responsables y deben dar cuenta de sus actividades ante las asambleas populares y sus órganos permanentes, en los niveles respectivos. Los presidentes de los tribunales populares son designados y removidos por los órganos permanentes de las asambleas populares en los niveles correspondientes."

³⁰ El citado precepto constitucional es muy detallado en cuanto a las bases reguladoras del juicio de amparo, que desarrolla en XVIII fracciones.

³¹ *El espíritu de las leyes*, libro XI, capítulo VI, trad. de Nicolás Estevanez y Matilde Huici, Buenos Aires, 1951, pp. 202-212.

³² Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "Valor actual del principio de la división de poderes y su consagración en las Constituciones de 1857 y 1917", *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núms. 58-59, enero-agosto de 1967, pp. 29-36.

³³ Cfr. Paolo Biscaretti di Ruffia, *Introducción al derecho constitucional comparado*, trad. de Héctor Fix-Zamudio, México, 1975 pp. 51-55.

occidental Karl Loewenstein lo consideró como obsoleto,³⁴ en tanto que los juristas socialistas lo rechazan de manera categórica.³⁵

El citado principio no puede entenderse en la actualidad con la rigidez con la que fue implantado en algunos textos constitucionales de fines del siglo XVIII y del siglo XIX, pero posee todavía significación en la actualidad, en cuanto es necesario distribuir las diversas funciones entre los organismos estatales, para lograr su equilibrio recíproco y evitar la concentración del poder.

13. Por otra parte, desde que Aristóteles las puso de relieve,³⁶ siguen teniendo vigencia las tres funciones esenciales del Estado: administración, legislación y jurisdicción, y si bien algunos tratadistas han querido descubrir alguna o algunas otras,³⁷ no han podido justificar sus diferencias con las que integran la trilogía tradicional.

Es verdad que esas tres funciones no pueden atribuirse en forma matemática y exclusiva a cada uno de los tres departamentos del Estado, pero sí existe la tendencia de conferir a los sectores del poder las funciones para las cuales se encuentran mejor estructurados.

Así, el departamento ejecutivo —cuya denominación tradicional se conserva por no haberse encontrado alguna mejor—³⁸ posee atribuciones esencialmente administrativas y de gobierno; el organismo legislativo, esencialmente aprueba leyes —aun cuando intervenga cada vez menos en su elaboración—,³⁹ y la función judicial se atribuye en forma

³⁴ *Teoría de la Constitución*, trad. de Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, 1964, pp. 54-55; *Political Power and the Governmental Process*, 2a. ed., Chicago, 1965, p. 34.

³⁵ Un ejemplo se puede encontrar en el estudio monográfico del jurista búlgaro Joroslav Radew, intitulado, "Montesquieu und seine Lehre von der Teilung der Gewalten" (Montesquieu y su teoría de la división de los poderes), *Staat und Recht*, año VI, cuaderno 6, Berlín, diciembre de 1955, especialmente pp. 929-930.

³⁶ *La Política*, libro IV, capítulo XI, trad. de Antonio Gómez Robledo, México, 1963, especialmente, pp. 130-131.

³⁷ El profesor mexicano Alberto Trueba Urbina confiere a las juntas de conciliación y arbitraje, que operan como tribunales laborales, la categoría de poder constitucional de justicia social (*Nuevo derecho procesal del trabajo*, 2a. ed., México, 1973, pp. 235-237); en tanto que el jurista italiano Gaetano Azzariti atribuye a la Corte Constitucional italiana el carácter de órgano constitucional, que se encuentra fuera y al lado de los tres poderes tradicionales, en su discurso publicado en la *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milán, septiembre de 1958, pp. 1443 y ss.; y en su trabajo intitulado "Sulla illegittimità costituzionale delle leggi", en la misma *Rivista*, 1959, pp. 437-450; y en este último sentido también Nicola Jaeger, "La Corte Costituzionale nei primi tre anni della sua attività", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milán, septiembre de 1958, pp. 773 y ss.; y en "Sui limiti di efficacia delle decisioni della Corte Costituzionale", *Rivista di Diritto Processuale*, Pádua, 1958, pp. 372-373.

³⁸ *Cfr.*, entre otros, Paul Marie Gaudemet, *Le pouvoir exécutif dans les pays occidentaux*, París, 1966, pp. 8-13.

³⁹ Esta situación se observa aun en los países tradicionalmente parlamentarios como Inglaterra, según lo demuestra la comisión designada por el lord canciller con objeto de estudiar las facultades del gabinete, incluyendo la legislación delegada al Ejecutivo, y

predominante a los tribunales, por considerarse que son los jueces los que ofrecen, por su formación profesional, por su preparación técnica y por su independencia, la mejor posibilidad de una resolución justa de las controversias procesales.

Sin embargo, la situación de estos tres departamentos y de las funciones mencionadas ha variado con las modalidades de las estructuras políticas y constitucionales, por lo que se puede observar fácilmente que el organismo judicial ha sufrido una transformación notable, especialmente en el sistema continental europeo, ya que como se ha dicho, en los países angloamericanos siempre se ha reconocido el papel creador y la importancia política de la función judicial.

14. En efecto, partiendo en este aspecto de las ideas del barón de Montesquieu sobre la posición de inferioridad de la función judicial,⁴⁰ y por el contrario, del predominio del órgano legislativo, los revolucionarios franceses siguieron algunos ejemplos históricos⁴¹ al privar a los jueces de la facultad de interpretar las normas legislativas, y crearon, por una parte, el tribunal de casación para vigilar a los tribunales en su función de aplicar mecánicamente las propias disposiciones legislativas,⁴² y por la otra el Consejo de Estado para evitar que los mismos jueces pudiesen resolver los conflictos administrativos.⁴³

La situación cambió paulatinamente en el transcurso del siglo XIX, en cuanto se fue abandonando la interpretación exegética y predominantemente lógica, para admitir el carácter creador de la jurisprudencia,⁴⁴ hasta reconocer la importancia de la función judicial, inclusive en los países de Europa continental, que hasta hace poco tiempo se resistían a admitir el papel creador de los tribunales, que se había postu-

que rindió su informe en 1932, y puede consultarse en su traducción española en el libro de Rodolfo Blendel, *Introducción al estudio del derecho público anglosajón*, Buenos Aires, 1947, pp. 171-246.

⁴⁰ Son famosas las palabras del publicista francés, después de afirmar que el Poder Judicial es casi nulo: "Pero 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...", *El espíritu de las leyes*, cit., libro XI, capítulo VI, p. 209.

⁴¹ Debe recordarse que tanto Justiniano en su época, como Federico de Prusia en 1780, prohibieron a los jueces interpretar sus códigos. Cfr. José Puig Brutau, *La jurisprudencia como fuente del derecho, interpretación creadora y arbitrio judicial*, Barcelona, s.f., pp. 138-139.

⁴² Cfr. Piero Calamandrei, *La casación civil*, trad. de Santiago Sentís Melendo, vol. 2, Buenos Aires, 1945, reimpresión, 1961, pp. 59-107.

⁴³ Cfr. Maxime Letourner, "El Consejo de Estado Francés", *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Ginebra, diciembre de 1967, pp. 96-100.

⁴⁴ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "El juez ante la norma constitucional", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 57, enero-marzo de 1965, pp. 29-35.

lado tradicionalmente en los países angloamericanos (*judge make law*).⁴⁵

15. Pero un problema distinto es el relativo a la función política del organismo judicial, como un verdadero órgano de poder frente a los otros departamentos que han tenido el predominio casi absoluto del ejercicio del poder político.

En efecto, hasta que Hans Kelsen, al terminar la Primera Guerra Mundial, sostuvo la necesidad de una jurisdicción constitucional, en los países europeos continentales, el organismo judicial se consideraba subordinado, sin intervención en las decisiones políticas fundamentales, pero a partir de entonces y especialmente en la segunda posguerra, se han multiplicado los tribunales constitucionales, al reconstituirse la Corte Constitucional austriaca (1945), y crearse cortes o tribunales constitucionales en Italia (1948); la República Federal de Alemania (1949); Turquía (1961); Yugoslavia (1963 y 1974); Grecia (1968), et cetera, con lo cual forzosamente se reconoció la actividad política de los tribunales especializados en la materia constitucional.⁴⁶

Los juristas europeos, acostumbrados a la tradición del predominio del Parlamento como representante de la voluntad general, en un principio contemplaron con preocupación la función política de los órganos constitucionales, por lo que algunos, entre ellos el propio Kelsen, consideraron a los tribunales constitucionales como órganos paralegislativos;⁴⁷ otros atribuyeron a tales tribunales el carácter de organismos constitucionales autónomos,⁴⁸ en tanto que varios, no obstante admitir su naturaleza judicial, llegaron a temer una serie de conflictos entre los jueces constitucionales y los otros órganos del poder, particularmente los legislativos.⁴⁹

Por su parte, la tradición ha pesado demasiado en los constituyentes franceses, y les ha impedido admitir esta atribución política de los tri-

⁴⁵ Cfr. Benjamín N. Cardozo, *Naturaleza de la función judicial*, trad. de Eduardo Ponsa, Buenos Aires, 1955, pp. 119 y ss.

⁴⁶ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1965)*, México, 1968, pp. 74-89; Otto Bachof, "El juez constitucional entre derecho y política", trad. de León Cortiñas Peláez, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, 1967, pp. 245-262.

⁴⁷ Cfr. Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, cit., p. 491, sostiene que "un tribunal facultado para anular leyes, funciona como legislador en sentido negativo", en tanto que Piero Calamandrei, en su obra "Ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil", trad. de Santiago Sentís Melendo, en el volumen *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires, 1962, p. 84, considera al tribunal constitucional como un órgano "paralegislativo o superlegislativo".

⁴⁸ Como los tratadistas y magistrados de la Corte Constitucional italiana, Gaetano Azzariti y Nicola Jaeger, citados en la nota 37 de este trabajo.

⁴⁹ Cfr. Otto Bachof, *Jueces y Constitución*, trad. de Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid, 1963, pp. 35-63.

bunales, por lo que han conferido a un órgano claramente político—el Comité Constitucional de la carta de 1946, y el Consejo Constitucional actual— la función del control preventivo de la constitucionalidad de las leyes,⁵⁰ y han conservado la prohibición a los jueces para intervenir en la decisión sobre la constitucionalidad de los actos de autoridad, no obstante la opinión contraria de destacados tratadistas.⁵¹

16. Todo lo anterior es importante en el ámbito latinoamericano, pues tanto en la teoría como en la práctica han chocado las tendencias angloamericanas y las europeas, especialmente las francesas, en cuanto a la concepción del papel político del organismo judicial.

Efectivamente, se ha discutido mucho en nuestros países si el organismo judicial tiene o carece de verdadero poder político frente a los otros departamentos, y especialmente el Ejecutivo, que ha predominado casi en forma absoluta frente a la debilidad real del órgano legislativo, como lo demuestran los agudos planteamientos de dos tratadistas, uno mexicano, Antonio Carrillo Flores,⁵² y el otro argentino, Jorge Reinaldo A. Vanossi,⁵³ que han señalado la separación que se ha hecho entre la función judicial y la política de las dos cortes supremas.

Se explica esta división si se toma en cuenta que el ilustre constitucionalista mexicano Emilio Rabasa planteó en los primeros años de este siglo, la debilidad del organismo judicial, al estimar que carecía de verdadero poder político, por su falta de iniciativa, de unidad y de autoridad general,⁵⁴ y esta opinión ha predominado entre los tribunales de los organismos del poder e inclusive entre los mismos jueces supremos, ya que salvo contadas excepciones, se han mostrado muy tímidos en sus decisiones de carácter político.

17. Una abrumadora mayoría de los textos constitucionales latinoamericanos ha adoptado el sistema estadounidense, que atribuye a los tribunales, especialmente a los de carácter supremo, la función de decidir sobre la constitucionalidad de los actos de autoridad.⁵⁵

⁵⁰ Entre otros, *cfr.* Salo Engel, "El control judicial posterior y el examen político previo en la Francia de la posguerra", *Revista Jurídica Interamericana* Nueva Orleans, 1964, pp. 90 y ss.; Maurice Duverger, *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, 11a. ed., París, 1970, pp. 816-819.

⁵¹ *Cfr.* Héctor Fix-Zamudio, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional*, cit., pp. 64-66.

⁵² *La Suprema Corte como poder y como tribunal*, México, 1972, incluido posteriormente en su libro *La justicia federal y la administración pública*, México, 1973, pp. 299-322.

⁵³ "La Corte Suprema: ¿tribunal o poder?", *Revista Jurídica de San Isidro*, Argentina, 1969, pp. 237-253.

⁵⁴ *La Constitución y la dictadura*, 3a. ed., México, 1956, p. 189.

⁵⁵ *Cfr.* entre otros, Phanor J. Eder, "Judicial Review in Latin America", *Ohio State Law Journal*, otoño de 1960, pp. 570-615.

Pero en gran parte, lo anterior se traduce en una situación puramente formal, ya que con algunas excepciones, los jueces latinoamericanos no han podido ejercer sus atribuciones constitucionales debido al temor que sienten frente a un Ejecutivo predominante y absorbente, y a los subterfugios a los que recurren los gobernantes para evitar la molesta intervención de los jueces, tanto en la tutela de los derechos fundamentales, como respecto de la constitucionalidad de las leyes; a través de frecuentes declaraciones de estados de emergencia; expedición de estatutos revolucionarios y actas institucionales; la interpretación desorbitada de las "cuestiones políticas" no justiciables; presiones directas o indirectas sobre los tribunales, etcétera.

18. Sin embargo, ahora más que en ninguna época de la historia latinoamericana, resulta indispensable el rescate de la autoridad política del organismo judicial, claro que no en un sentido partidario, sino como intervención técnica para determinar el alcance y el espíritu de las normas constitucionales evitando que dichas normas sean interpretadas en forma arbitraria tanto por el Poder Ejecutivo predominante, como también por el órgano legislativo, que con tanta frecuencia se encuentra supeditado, cuando no es absorbido por el primero.⁵⁶

A este respecto debemos recordar los importantes estudios del procesalista italiano Mauro Cappelletti sobre la importancia de la función del control de la constitucionalidad de las leyes en el cuadro de las funciones del Estado moderno;⁵⁷ pero además de esta atribución, el organismo judicial tiene a su cargo otras funciones que también tienen carácter constitucional, como la interpretación directa o indirecta de las disposiciones fundamentales; la tutela de los derechos humanos consagrados constitucionalmente; la uniformidad de la jurisprudencia, etcétera, que hasta ahora han permanecido como una aspiración pocas veces realizada en la vida política latinoamericana.

V. JUSTICIA ADMINISTRATIVA Y PODER JUDICIAL

19. En los ordenamientos constitucionales latinoamericanos existe una verdadera anarquía en cuanto al encuadramiento de los órganos que concocen de los procedimientos que se agrupan bajo la terminología francesa de "contencioso-administrativo",⁵⁸ y también existe confu-

⁵⁶ 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. 271-309; y posteriormente en el volumen colectivo, *Interpretación constitucional*, México, 1975, pp. 9-45.

⁵⁷ "Il controllo di costituzionalità delle leggi nel quadro delle funzioni dello Stato", en la obra *Studi in onore di Guido Zanobini*, Milán, 1962, vol. III, pp. 77-122.

⁵⁸ Cfr. La acertada crítica de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo a esta terminología,

sión respecto a las relaciones de dichos organismos con los tribunales ordinarios.

En efecto, mientras algunos países han continuado con el modelo angloamericano —que también tiene su base en la tradición judicialista de la época colonial— de atribuir la resolución de los conflictos administrativos a los tribunales ordinarios,⁵⁹ en otros ordenamientos el tribunal de lo contencioso administrativo se considera como un organismo judicial independiente de los propios tribunales ordinarios, siguiendo en esto el sistema germánico, como ocurre, por ejemplo, en la ley fundamental de Uruguay,⁶⁰ hasta llegar a las legislaciones que han seguido más de cerca el modelo francés del Consejo de Estado, como ocurre claramente en Colombia,⁶¹ y en cierta medida en Ecuador.⁶²

También nuestro país constituye un ejemplo de la imprecisión del encuadramiento de los órganos de justicia administrativa, en cuanto después de haber seguido el sistema angloamericano tradicional, al conferir la resolución de las controversias administrativas a los tribunales ordinarios, en el año de 1936 se crea el Tribunal Fiscal de la Federación, inspirado en el modelo francés de la jurisdicción delegada, y que sirvió a su vez de ejemplo a otros países latinoamericanos en cuanto al carácter específico de la jurisdicción tributaria;⁶³ este mismo sistema se continuó en el Código Fiscal Federal de 1938, aun cuando aumentando la competencia del citado tribunal respecto de conflictos que no pueden considerarse estrictamente tributarios; pero ya en la Ley Orgá-

ya que estima con toda razón que debe sustituirse por la de "proceso administrativo", "Proceso administrativo", en su obra *Estudios procesales*, Madrid, 1975, p. 452.

⁵⁹ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "Introducción al estudio del proceso tributario en el derecho mexicano", en la obra *Perspectivas del derecho público en la segunda mitad del siglo XX. Homenaje a Enrique Sayagués Laso*, Madrid, 1969, vol. III, pp. 1057-1058.

⁶⁰ Cfr. Klaus Vogel, "La tutela jurídica frente al poder público en la República Federal de Alemania", trad. de José Luis Barrios; Horacio Cassinelli Muñoz, "Confrontación entre los sistemas de lo contencioso administrativo en Alemania Federal y en Uruguay", ambos en la *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Montevideo, tomo 66, núms. 7-8, pp. 153 y 168.

⁶¹ Cfr. Jorge Ortega Torres, *Código Contencioso Administrativo*, 2a. ed., Bogotá, 1965.

⁶² Cfr. Juan I. Lovato, *Principios constitucionales del derecho procesal ecuatoriano*, cit., pp. 114-115.

⁶³ Se han establecido tribunales fiscales en México, Argentina, Costa Rica, El Salvador, Ecuador y Venezuela, pudiendo también señalarse a Brasil, Colombia, Chile, Guatemala y Uruguay, que si bien no poseen tribunales especiales para la materia tributaria, han regulado procedimiento especial para este sector. Cfr. Humberto Briseño Sierra, *El proceso administrativo en Iberoamérica*, México, 1968, pp. 270 y ss.; Adolfo Atchabahian, "Lo contencioso tributario en América. Ubicación del Tribunal Fiscal de la Federación de los Estados Unidos Mexicanos", en el volumen *Ensayos de derecho administrativo y tributario para conmemorar el XXX aniversario de la Ley de Justicia Fiscal*, México, 1966, pp. 141-191.

nica del propio tribunal, que entró en vigor en abril de 1967, se reconoce la plena autonomía del citado organismo tanto de la administración como de los tribunales ordinarios, lo que se complementó con la reforma constitucional de 1968;⁶⁴ y por otra parte, en el año de 1971 se estableció el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal con características similares, aun cuando con una competencia más amplia de ámbito local,⁶⁵ todo lo cual indica que el ordenamiento mediano se ha aproximado al sistema germánico.

Pero queda todavía una gama muy amplia de actos y resoluciones administrativos, tanto en las entidades federativas como en la esfera nacional, que no pueden impugnarse ante dichos órganos de justicia administrativa, y por lo mismo, deben combatirse ante los tribunales federales a través del juicio de amparo.⁶⁶

20. Los ejemplos anteriores demuestran que los modelos tradicionales angloamericano y el continental europeo, especialmente el francés, se disputan la primacía en los ordenamientos constitucionales latinoamericanos; lo que se complica si se toma en cuenta que en los propios países angloamericanos se ha presentado el fenómeno de la proliferación de organismos parajudiciales (*tribunals*) y de órganos administrativos con facultad para resolver conflictos administrativos (*administrative agencies*), que desde los primeros años de este siglo fueron contemplados con preocupación por los juristas británicos.⁶⁷

Existe, pues, una verdadera confusión en cuanto a la organización, funcionamiento y atribuciones de los órganos de justicia administrativa en Latinoamérica,⁶⁸ lo que inevitablemente influye en la imprecisión de las relaciones de estos organismos con los tribunales ordinarios, cuando los primeros no están encuadrados dentro del departamento judicial.

⁶⁴ En efecto, en el texto actual del segundo párrafo de la fracción I del artículo 104 de la Constitución Federal se 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 y Territorios Federales (Territorios que posteriormente se convirtieron en Estados), y los particulares, estableciendo las normas para su organización, su funcionamiento, el procedimiento y recursos contra sus resoluciones..."

⁶⁵ Cfr., entre otros, Alfonso Nava Negreté, "Notas sobre lo contencioso administrativo del Distrito Federal", *Revista del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo del Distrito Federal*, México, julio de 1973, pp. 41-70.

⁶⁶ Cfr. Felipe Tena Ramírez, "Fisonomía del amparo en materia administrativa", en el volumen *El pensamiento jurídico de México en el derecho constitucional*, México, 1961, pp. 111-132; Antonio Carrillo Flores, *La justicia federal y la administración pública*, cit., pp. 233-265.

⁶⁷ Cfr. Rodolfo Blendel, *Introducción al estudio del derecho público anglosajón*, cit., pp. 247-303.

⁶⁸ Cfr. Humberto Briseño Sierra, *El proceso administrativo en Iberoamérica*, cit., pp. 177 y ss.

Por tanto, resulta necesario profundizar en los estudios comparativos de la justicia administrativa en nuestro continente para proponer soluciones que permitan una mejor estructuración de los organismos correspondientes, que con independencia de su encuadramiento, deben considerarse comprendidos claramente dentro de la función judicial, y como uno de sus aspectos de mayor trascendencia, si se toma en consideración que es precisamente la administración la que con mayor frecuencia afecta la esfera jurídica de los particulares, e incluso de otras autoridades, y que por otra parte, esa actividad administrativa, en forma directa o indirecta, puede infringir los derechos humanos consagrados en la ley suprema como se ha puesto de relieve respecto del Consejo de Estado francés, el cual, en ausencia de una jurisdicción constitucional especializada, bajo la apariencia de un simple control de legalidad, ha realizado una encomiable labor en el campo de la tutela de los derechos fundamentales.⁶⁹

21. El distinguido administrativista y procesalista español Jesús González Pérez ha puesto de relieve los difíciles problemas a los cuales tiene que enfrentarse todo ordenamiento jurídico que pretenda someter los actos administrativos a los estrictos principios de la legalidad, y en esta dirección es el proceso administrativo el único instrumento que, no obstante sus limitaciones, puede lograr, así sea en forma restringida, la sujeción de la administración cada vez más poderosa, a los principios jurídicos, para la tutela de los derechos, cada vez más exiguos, de los administrados.⁷⁰

Para lograr una cierta limitación de la arrolladora actividad administrativa, es necesario transformar el concepto tradicional de los desorbitados privilegios sustantivos y procesales de la administración, que todavía parecen seguir el viejo principio de la Revolución francesa: "Juzgar a la administración es también administrar."⁷¹

22. Tenemos la convicción de que debe modificarse sustancialmente el enfoque que ha prevalecido en la regulación de los organismos de justicia administrativa en los ordenamientos latinoamericanos, de manera que, cualquiera que sea su encuadramiento formal dentro de los departamentos del poder, se incorporen dichos órganos plenamente a la función judicial, en cuanto a su integración, competencia y funcionamiento, siguiendo hasta donde sea posible, el ejemplo de la jurisprudencia establecida por los tribunales federales en los Estados

⁶⁹ Cfr. Francine Batailler, *Le Conseil d'Etat, juge constitutionnel*, París, 1966, especialmente, pp. 7-58.

⁷⁰ *Administración pública y libertad*, México, 1971, pp. 76-90

⁷¹ Cfr. Pierre Sandevour, *Études sur le recours de pleine juridiction*, París, 1964, especialmente pp. 115 y ss.

Unidos, que han exigido el establecimiento de las garantías judiciales y de las partes, en el funcionamiento de los organismos administrativos facultados para resolver controversias administrativas.⁷²

23. Por otra parte, sería preferible, como se ha sostenido en nuestro país en varias ocasiones,⁷³ abandonar el sistema de tribunales administrativos con competencia limitada (como ocurre tratándose de los fiscales), para adoptar el de un organismo judicial con una competencia genérica que conozca de todas las impugnaciones de las resoluciones y actos de la administración activa, y de esta manera se evite su fraccionamiento,⁷⁴ pero además, debe dotarse a este tribunal de todas las atribuciones de los organismos judiciales ordinarios, entre ellas la de ejecutar en forma imperativa los fallos condenatorios de la administración,⁷⁵ que es la que más resistencia encuentra por parte de las autoridades afectadas, las que por todos los medios pretenden conservar sus privilegios tradicionales, desvirtuando la posibilidad de una verdadera justicia administrativa.⁷⁶

VI. MINISTERIO PÚBLICO Y JUDICATURA

24. El ministerio público es una institución sumamente compleja cuya naturaleza y atribuciones todavía no se han precisado lo suficiente, ya que con independencia de las disímbolas facultades que se le confieren, inclusive dentro de su función tradicional de persecución de los delitos, se discute su situación como parte en el proceso penal.⁷⁷

⁷² Cfr. Vincenzo Vigoriti, "Costituzione e giustizia amministrativa negli Stati Uniti d'America", *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1970, pp. 1201-1222.

⁷³ Cfr. Dolores Heduán Virúes, "Hacia un Tribunal Federal de Justicia Administrativa", en el volumen colectivo *Estudios de derecho público contemporáneo*, México, 1972, pp. 127-140.

⁷⁴ Se han elaborado varios proyectos en el seno del mismo Tribunal Fiscal, para transformarlo en un Tribunal Federal de Justicia Administrativa, el primero de ellos en 1964 y el segundo en 1973, a través de sendos anteproyectos de la Ley Federal de Justicia Administrativa. Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "El problema de la lentitud de los procesos y su solución en el ordenamiento mexicano", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núms. 81-82, enero-junio de 1971, pp. 114 y 115.

⁷⁵ De acuerdo con la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de México, el Tribunal Fiscal de la Federación carece de imperio para hacer ejecutar sus fallos, de manera que cuando la autoridad administrativa se niega o evade el cumplimiento de las sentencias respectivas, el afectado debe acudir al juicio de amparo para lograr la satisfacción de sus derechos. Cfr. tesis 256 y 257, pp. 309-316, del volumen relativo a la Segunda Sala, del Apéndice al *Semanario Judicial de la Federación*, publicado en el año de 1965.

⁷⁶ Cfr. Jesús González Pérez, "La inejecución de las sentencias administrativas", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núms. 91-92, julio-diciembre de 1973, pp. 421-436.

⁷⁷ Cfr. Sergio García Ramírez, *Curso de derecho procesal penal*, México, 1974, pp. 203-212.

Como si lo anterior fuese poco, en el ámbito latinoamericano se han mezclado una serie de instituciones que otorgan al propio ministerio público un carácter ambiguo, en cuanto se han confundido las figuras del viejo promotor o procurador fiscal español⁷⁸ con el ministerio público en estricto sentido, de origen francés,⁷⁹ e inclusive con el *Attorney General* de los países angloamericanos.⁸⁰

Por otra parte, también existe anarquía en cuanto a la designación y encuadramiento del ministerio público latinoamericano, ya que en algunos ordenamientos el nombramiento lo efectúa el cuerpo legislativo;⁸¹ en otros se realiza por concurso, en la misma forma que los miembros de la judicatura;⁸² y finalmente, es frecuente que dependan del departamento ejecutivo.⁸³

La dependencia del Ejecutivo, que consideramos la más inconveniente, como ocurre en México, tiene su origen en la confusión de las atribuciones del órgano del ministerio público como representante social y titular de la acción penal, con la asesoría jurídica del gobierno, que se concentran en la figura del llamado procurador general,⁸⁴ y por ello consideramos mucho más lógica la separación que realiza la Constitución venezolana de 1961, entre el fiscal general como cabeza del ministerio público, y el procurador general de la República como asesor jurídico del gobierno federal.⁸⁵

⁷⁸ Cfr. Manual de la Plaza, *Derecho procesal civil español*, 3a. ed., Madrid, 1951, tomo I, pp. 195-196.

⁷⁹ Cfr. Sergio García Ramírez, *Curso de derecho procesal penal*, cit., pp. 198-199.

⁸⁰ Este funcionario designado por el presidente de los Estados Unidos con aprobación del Senado, asumió importancia desde los primeros años de aplicación de la Constitución Federal. Cfr. Joseph Story, *Comentario abreviado de la Constitución Federal de los Estados Unidos*, México, 1879, pp. 446-447.

⁸¹ Como ocurre, por ejemplo, con el fiscal general de la República de Venezuela, que es designado por las cámaras del Congreso, en sesión conjunta, de acuerdo con el artículo 219 de la Constitución nacional.

⁸² Podemos citar como ejemplos, al menos respecto de los agentes del ministerio público, en Brasil y en Colombia, de acuerdo con los artículos 95, fracción 1a. y 96 y 162, respectivamente de las cartas fundamentales de estos países.

⁸³ Esto ocurre con las posiciones más elevadas del ministerio público, generalmente a cargo del procurador general y al respecto podemos mencionar, en vía de ejemplo, a Bolivia, artículo 129 (con el nombre de fiscal general); Brasil, artículo 95; Guatemala, artículo 221; y México, artículo 102.

⁸⁴ Que son precisamente los casos de Brasil, Guatemala y México, mencionados en la nota anterior.

⁸⁵ La Procuraduría General de la República está regulada por los artículos 200-203 de dicha carta fundamental, y está encabezada por un procurador general nombrado por el presidente de la República con autorización del Senado; en tanto que el fiscal general de la República es designado, como se expresó en la nota 81 de este trabajo, por las dos cámaras reunidas del Congreso Nacional, en los términos de los artículos 218-222, de la misma Constitución.

En virtud de todo lo anterior, estimamos que para una correcta colaboración del ministerio público con los tribunales, debe perfeccionarse la corriente que actualmente se advierte en algunas cartas fundamentales de las provincias argentinas,⁸⁶ y también en la Ley Orgánica del Poder Judicial de Perú de 1963,⁸⁷ en el sentido de que el propio ministerio público forma parte del organismo judicial, con las mismas garantías que se confieren a la judicatura, que por otra parte, es el criterio que se ha seguido por el artículo 107 de la Constitución italiana de 1948.⁸⁸

25. En consecuencia, consideramos que la función del ministerio público debe considerarse comprendida en la del organismo judicial, con independencia de su encuadramiento, ya que resulta evidente que la prestación jurisdiccional, tanto en la materia penal como en algunas otras de contenido social, como las controversias de carácter familiar, laboral, agrario, etcétera,⁸⁹ sólo puede realizarse de manera eficaz si se cuenta con la colaboración de un órgano del ministerio público independiente y autónomo.⁹⁰

26. A este respecto podemos mencionar que en el Primer Congreso Mexicano y Segundas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal, que se efectuaron en la ciudad de México en el mes de febrero de 1960, se aprobó por aclamación la recomendación en el sentido de que: "El ministerio público debe ser un órgano independiente del Poder Ejecutivo y gozar de las prerrogativas de inamovilidad y demás garantías constitucionales reconocidas a los miembros del Poder Judicial."⁹¹

27. También en el ámbito latinoamericano es preciso mencionar la

⁸⁶ En forma expresa incluyen a los funcionarios del ministerio público dentro del organismo judicial, las constituciones de las provincias del Chaco, 1957, artículo 165; La Pampa, 1960, artículo 81; Misiones, 1958, artículo 142, y Río Negro, 1957, artículo 124; *cfr.* Segundo V. Linares Quintana, *Derecho constitucional de las nuevas provincias*, Buenos Aires, 1962, pp. 119; 192; 217 y 281-282, respectivamente.

⁸⁷ El artículo 330 del citado ordenamiento dispone: "El ministerio público es un organismo que integra el Poder Judicial, con las atribuciones que señala la presente ley."

⁸⁸ Dicho precepto, que está situado en el título IV, relativo a la Magistratura, dispone: "El ministerio público gozará de las garantías establecidas, con respecto a él, en las normas sobre el ordenamiento judicial." *Cfr.*, entre muchos otros, Enrico Spagna Musso, "Problemi costituzionali del pubblico ministero", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milán, abril-junio de 1963, pp. 398-438; Carlo Massa, "Aspetti della riforma nel processo penale", en la misma *Rivista*, julio-septiembre de 1963, pp. 735 y ss.

⁸⁹ *Cfr.* Héctor Fix-Zamudio, "Introducción al estudio del derecho procesal social", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Madrid, 1965.

⁹⁰ *Cfr.* Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, "Lo que debe ser el ministerio público", *Estudios de derecho procesal*, Madrid, 1934, pp. 1-22; *id.*, "Ministerio público y abogacía del Estado", *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núm. 40, enero-abril de 1961, pp. 37-64.

⁹¹ Puede consultarse la memoria respectiva en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núms. 37-40, enero-diciembre de 1960, especialmente, pp. 825-840.

introducción de un nuevo modelo de ministerio público, a través de la reforma constitucional de 13 de junio de 1973, a la ley fundamental de Cuba de 1959, que estableció la Fiscalía General de la República,⁹² respecto de la cual se ha establecido el Reglamento de 25 de septiembre del propio año.

La Fiscalía General de Cuba significa la implantación de la figura peculiar de la *Procuratura* soviética, que ha servido de modelo a los restantes países socialistas, como órgano de vigilancia y cumplimiento de la legalidad socialista, entre cuyas atribuciones también cuenta con la tradicional de persecución de los delitos; por lo que debe considerarse como un organismo de colaboración indispensable para los tribunales, los que fueron reestructurados en Cuba también de acuerdo con el modelo socialista, en la propia reforma de junio de 1973.⁹³

VII. ABOGACÍA Y FUNCIÓN JUDICIAL

28. La abogacía latinoamericana se ha formado dentro del concepto tradicional del profesional liberal, que tiene a su cargo la defensa de los intereses privados, y por ello no se ha considerado a su actividad encuadrada dentro de la función judicial, ni tampoco ha sido incorporada, sino en forma muy indirecta, en los textos constitucionales respectivos.⁹⁴

Esta concepción decimonónica ha sido criticada por numerosos juristas en los últimos años, especialmente con motivo de la reforma de los planes y programas de estudio, así como de los métodos de enseñanza, en las escuelas y facultades de derecho de Latinoamérica,⁹⁵ tomando

⁹² El artículo 155 de la citada ley fundamental establece en su texto vigente: "La Fiscalía General de la República tiene como fin primordial vigilar la observancia de la legalidad socialista, cuidando que todos los órganos del Estado y los ciudadanos cumplan las leyes y demás disposiciones emanadas del Poder Revolucionario...", precepto que indudablemente proviene del artículo 113 de la Constitución de la URSS de 1936, el cual a su vez dispone: "El control máximo del cumplimiento exacto de las leyes por todos los Ministerios e instituciones a ellos subordinados, así como por los funcionarios públicos y los ciudadanos de la URSS, incumbe al Fiscal General de la URSS."

⁹³ Sobre la calificada como Fiscalía o Procuratura Soviética existe una amplísima bibliografía en idiomas occidentales, pero nos limitaremos a mencionar a Dietrich A. Loeber, "La Procuratura soviética y los derechos del individuo hacia el Estado", *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, La Haya, otoño de 1957, pp. 72 y ss.; Glenn G. Morgan, "La fiscalización general, función de la procuración soviética", *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Ginebra, invierno de 1959, primavera-verano de 1960, pp. 132-148; y de este último autor, su clásica monografía, *Soviet Administrative Legality. The Role of the Attorney General's Office*, Stanford, California, 1962, especialmente pp. 133-246.

⁹⁴ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Constitución y proceso civil*, cit., pp. 68-70.

⁹⁵ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Docencia en las facultades de derecho*, México, 1973, pp. 43-54; reproducido posteriormente en *Boletín del Colegio de Abogados de Guatemala*, Guatemala, septiembre-diciembre de 1973, pp. 22-28.

en cuenta también que la mayoría de los códigos procesales de nuestro continente, salvo algunas excepciones recientes, corresponden a la concepción del liberalismo clásico, y por ello atribuyen al abogado el papel de simple representante y defensor de las partes en conflicto.⁹⁶

Pero así como ha cambiado el concepto del proceso y de la función jurisdiccional, también se ha modificado la idea de la función del abogado, que no debe considerarse como un sujeto privado, sino como un colaborador activo e indispensable del juzgador en la resolución de las controversias.⁹⁷

29. Esta transformación de la función del abogado está estrechamente relacionada con el acceso de los particulares a la prestación jurisdiccional, como lo indicaremos más adelante (*infra*, capítulo XVI), pero bástenos por el momento destacar que la institución de la abogacía debe ser también analizada por los constitucionalistas, en cuanto el abogado de nuestra época y con mayor razón en nuestros países en vías de desarrollo, debe realizar una función pública, estrechamente vinculada a la prestación jurisdiccional, por lo que, como ocurre con el ministerio público, aun cuando desde un ángulo diverso, también debe considerarse comprendido dentro de la función judicial entendida en sentido amplio.

Lo anterior no será una tarea sencilla, en cuanto implica la transformación de numerosos esquemas tradicionales, empezando por la enseñanza del derecho en las escuelas y facultades latinoamericanas, que permitan transformar a sus egresados en juristas dotados con un espíritu de servicio social frente al egoísmo profesional que ha imperado hasta la fecha.⁹⁸

30. El extremo opuesto al abogado tradicional latinoamericano está representado por la reforma constitucional cubana de 1973, que ha institucionalizado el concepto socialista del abogado como un funcionario público auxiliar y colaborador de la función judicial, por lo que la abogacía ha sido incorporada a la Ley de Organización Judicial de 23 de junio del citado año de 1973.⁹⁹

⁹⁶ Cfr. Adolfo Gelsi Bidart y Enrique Véscovi, *Bases uniformes para la reforma de la legislación procesal civil de los países latinoamericanos*, Montevideo, 1974, pp. 37-38.

⁹⁷ Cfr. Francisco Mancuso, "El beneficio de litigar sin gastos y la defensa gratuita", *Revista de Estudios Procesales*, núm. 16, Rosario, Argentina, junio de 1973, pp. 68-78; Carlos Enrique Heller, "Defensa de pobres o asistencia jurídica integral", en la misma *Revista*, diciembre de 1972, pp. 26-31.

⁹⁸ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Constitución y proceso civil*, cit., pp. 70-75.

⁹⁹ En los términos del artículo 169 del ordenamiento mencionado: "Los abogados tendrán como función, al actuar ante los tribunales, defender debidamente el interés que representan, evitando abusar de los recursos y medios de defensa que la ley garantiza en forma tendente a impedir que la justicia pueda cumplir la función social que a ella

De acuerdo con el concepto soviético, los abogados cubanos deben prestar sus servicios obligatoriamente en *bufetes colectivos* de carácter oficial y su remuneración la reciben de los directivos del bufete de acuerdo con los pagos rigurosamente tarifados que deben cubrir los solicitantes de la asesoría jurídica, suprimiéndose totalmente el ejercicio libre de la profesión.¹⁰⁰

Estimamos que los dos extremos señalados, el del profesional liberal y el de la oficialización absoluta de los abogados, poseen inconvenientes señalados por la doctrina,¹⁰¹ y que la solución, especialmente en Latinoamérica, radica en la adopción de un sistema intermedio, de acuerdo con aquellos aspectos que resulten compatibles con nuestra situación política, económica y social, de los sistemas de seguridad social de carácter jurídico que se han establecido en varios países occidentales.

VIII. LAS GARANTÍAS JUDICIALES Y DE LAS PARTES

31. Aun cuando sólo en época reciente se ha hecho un examen de esta materia, sin embargo se ha llegado al convencimiento de que sólo es posible una correcta y eficaz administración de justicia si se establecen con precisión las bases fundamentales sobre la función jurisdiccional y los derechos esenciales de los justiciables.¹⁰²

De un análisis, así sea superficial, de los textos constitucionales latinoamericanos, se puede observar que, de acuerdo con el modelo del constitucionalismo angloamericano, y más recientemente el de las cartas fundamentales de Europa continental, todos ellos consagran en mayor

corresponde." El artículo 170 dispone: "Los abogados procurarán que su intervención en los procedimientos judiciales contribuya a la educación social de las partes y de la ciudadanía en general." Por su parte, el artículo 171 preceptúa en su parte conducente: "Para ejercer la abogacía ante los tribunales es necesario pertenecer a un bufete colectivo de los que esta ley organiza..."

¹⁰⁰ Estos bufetes colectivos regulados por los artículos 171 a 176 de la Ley de Organización del Sistema Judicial mencionada en la nota anterior, y por el Reglamento de los Bufetes Colectivos, aprobado por el Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular el 24 de enero de 1974, son equivalentes a las *oficinas de consulta jurídica* establecidas en la Unión Soviética y siguiendo su ejemplo en otros países socialistas; *cfr.* Donald D. Barry y Harold J. Berman, "The Soviet Legal Profession", *Harvard Law Review*, Cambridge, Mass., noviembre de 1968, especialmente pp. 12-16; Lawrence M. Friedman y Zigurds L. Zile, "Soviet Legal Profession: Recent Developments in Law and Practice", *Wisconsin Law Review*, enero de 1964, pp. 39 y ss.

¹⁰¹ *Cfr.* Barry y Berman, *The Soviet Legal Profession*, cit., esp., p. 16.

¹⁰² *Cfr.* Héctor Fix-Zamudio, *Constitución y proceso civil*, cit., pp. 9-24; José Franco Serrato, "Principios y garantías constitucionales en materia procesal civil", *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, julio de 1972, pp. 119-155.

o menor medida estas garantías fundamentales, cuyo estudio integra la disciplina que hemos denominado *derecho constitucional*.¹⁰³

32. Efectivamente, las leyes fundamentales de Latinoamérica consignan las llamadas garantías judiciales, que comprenden la designación de los jueces; la estabilidad en sus funciones (*inamovilidad*); dignidad de la profesión judicial (*carrera judicial*); independencia económica (*remuneración decorosa*); la ejecución de los fallos y auxilios para el cumplimiento de sus decisiones (*autoridad*); y si bien no todas las disposiciones constitucionales sobre esta materia pueden considerarse acertadas, al menos podemos observar la preocupación, así sea de carácter formal, para establecer las condiciones necesarias para la independencia e imparcialidad del juzgador.¹⁰⁴

33. Por otra parte, las mismas constituciones de Latinoamérica han consagrado en forma expresa o implícita los derechos fundamentales de los justiciables, como son los relativos al derecho abstracto de acción; el derecho de defensa en juicio; el derecho al juez natural; el principio del contradictorio y la igualdad ante la ley;¹⁰⁵ todos los cuales pueden agruparse dentro del concepto angloamericano, introducido en nuestros ordenamientos, del *debido proceso legal*, que fue desarrollado en forma admirable por la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos.¹⁰⁶

34. Estos principios constitucionales de carácter procesal pueden perfeccionarse de manera paulatina, como se advierte de los textos fundamentales más recientes;¹⁰⁷ pero desafortunadamente en la realidad latinoamericana su aplicación ha resultado tan irregular, que se traduce en avances y retrocesos constantes, debido a la atormentada vida política de nuestros países.

En tal virtud, no resulta suficiente la consagración de las citadas bases procesales de carácter fundamental, sino que es indispensable complementarlas a través de una serie de medidas conducentes a la transformación del concepto tradicional de la función judicial y a la renovación de los códigos procesales tradicionales, que no corresponden a la etapa moderna del proceso estimado como "un fenómeno

¹⁰³ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Ibid.*, pp. 25-34.

¹⁰⁴ *Ibid.*, pp. 37-43.

¹⁰⁵ *Ibid.*, pp. 55-70.

¹⁰⁶ Cfr., los trabajos del tratadista italiano Vincenzo Vigoritti, "Garanzie costituzionali del processo civile. Due Process of Law e art. 24 Cost.", Milán, 1970, especialmente pp. 7-48; y "Garanzie costituzionali della difesa nel processo civile (note di giurisprudenza comparata)", *Rivista di Diritto Processuale*, Padua, octubre-diciembre de 1965, pp. 516-533; y el de Mauro Cappelletti, "La garantía constitucional del debido proceso y su particularización jurisprudencial", trad. de Horacio Casinelli Muñoz, en la *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Montevideo, 1971, pp. 151-157.

¹⁰⁷ Ver los trabajos citados en la nota 16 de este estudio.

social de masas"¹⁰⁸ que requiere la sustitución de la justicia puramente formal del pasado con un proceso impregnado de justicia social; y si bien no podemos afirmar que esta evolución se ha presentado de manera ostensible, se observa en los últimos años un aliento de democratización, a través de nuevos ordenamientos procesales con espíritu menos tradicional, y en algunos casos, inclusive moderno.¹⁰⁹

Se ha sostenido en forma reiterada que la impartición de justicia no depende tanto de la reforma de los ordenamientos procesales como de los jueces que deben aplicarlos —lo que por supuesto también se aplica a los principios constitucionales—;¹¹⁰ pero no debemos llevar esta idea al extremo de pensar que dicha reforma es inútil, ya que la transformación de la judicatura no podría realizarse si previamente no se modifican las viejas normas procesales, que encierran a los jueces en un círculo de formalismo muy difícil de traspasar.

En este sentido resulta muy conveniente seguir ahondando en el estudio de las normas constitucionales de carácter procesal, con objeto de propiciar y favorecer el movimiento de modernización, que si bien todavía es incipiente, puede mejorar la función del poder judicial de nuestros países.

IX. LOS TRIBUNALES COMO GARANTES DE LA CONSTITUCIÓN

35. Es ostensible que esta función del organismo judicial es la que ha preocupado más intensamente a constitucionalistas y procesalistas, ya que se encuentra en la confluencia de las dos ramas de la ciencia jurídica.

No es necesario insistir en la afirmación de que prácticamente la totalidad de las constituciones latinoamericanas, siguiendo el ejemplo de la de los Estados Unidos de 1787,¹¹¹ han establecido el control judi-

¹⁰⁸ Cfr. Mauro Cappelletti, "Il processo come un fenomeno sociale di massa", en el volumen *Giustizia e società*, Milán, 1972, pp. 225-232.

¹⁰⁹ Como puede observarse de los códigos procesales civiles más recientes como el de Guatemala (1964); de la nación argentina (1967); de Colombia (1970) y Brasil (1974).

¹¹⁰ Al respecto Piero Calamandrei sostuvo que: "El problema de la reforma de las leyes es ante todo un problema de hombres", en su obra *Instituciones de derecho procesal civil según el nuevo Código*, trad. de Santiago Sentís Melendo, 2a. ed., Buenos Aires, 1962, tomo I, pp. 420.

¹¹¹ Sólo las constituciones de Ecuador (1945) y de Perú (1933), no consagran expresamente esta institución, aun cuando en el primero de los países citados existe algún principio de control ya que el llamado Tribunal de Garantías Constitucionales puede suspender la aplicación de una ley inconstitucional, aun cuando la decisión final corresponde al Congreso; y por lo que se refiere al ordenamiento peruano, la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes encomendada a la Corte Suprema de Justicia fue introducida por el artículo 80. de la citada Ley Orgánica del Poder Judicial de 25 de

cial de la constitucionalidad de los actos de autoridad, a través del organismo judicial, aun cuando también han incorporado algunos otros elementos que aun otorgan fisonomía propia a la justicia constitucional latinoamericana.¹¹²

Es significativo que los artículos 214, de la ley fundamental de Colombia,¹¹³ y 188 fracción I, de la carta suprema de Panamá,¹¹⁴ disponen en forma expresa que la guarda de la integridad de la Constitución se confía a la Corte Suprema de Justicia.

Ya se ha superado el principio tradicional de la supremacía del órgano legislativo, inspirado en las ideas de Juan Jacobo Rousseau,¹¹⁵ por lo que ya no se discute en Latinoamérica —con la reciente excepción de Cuba, que ha implantado el sistema socialista de los tribunales populares— la facultad de los órganos judiciales para decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, y en general, sobre cualquier acto de autoridad.

36. En tal virtud, por una parte se han establecido instrumentos específicos para la tutela de los derechos fundamentales de la persona humana, tanto de carácter individual como social, y en este sentido podemos mencionar al *habeas corpus* consagrado en forma expresa o implícita en todos los ordenamientos constitucionales latinoamericanos;¹¹⁶ a la acción, recurso o juicio de amparo, regulado en Argentina, Bolivia, Chile, Costa Rica, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá,

julio de 1963. Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional*, cit., pp. 40-41; 49-50.

¹¹² Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "La protección procesal de las garantías individuales en América Latina", *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Ginebra, diciembre de 1968, pp. 69-111.

¹¹³ El citado precepto dispone en lo conducente: "A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución...". Cfr. Francisco de Paula Pérez, *Derecho constitucional colombiano*, 4a. ed., Bogotá, 1974, pp. 131-146.

¹¹⁴ En los términos de la citada disposición: "La Corte Suprema de Justicia tendrá, además de sus atribuciones constitucionales y legales, las siguientes: I. *La guarda de la integridad de la Constitución...*". Este precepto proviene de los artículos 188 y 167, respectivamente de las cartas supremas de 1941 y 1946. Cfr. Juan de Dios Moscote, *El derecho constitucional panameño*, Panamá, 1943, pp. 461-465; Víctor F. Coytia, *Las constituciones de Panamá*, Madrid, 1954, pp. 675-676; 758-763.

¹¹⁵ *El contrato social o principios de derecho político*, trad. de Enrique de la Rosa, Buenos Aires, 1961, libro II, caps. VI y VII, pp. 177-182.

¹¹⁶ Cfr. Phanor J. Eder, "Habeas corpus disembodied, The Latin America Experience", en el volumen *XXth. Century Essays in honor of Hessel Yntema*, Leiden, 1961, pp. 473 y ss.; Carlos Sánchez Viamonte, *El habeas corpus, garantía de libertad*, 2a. ed., Buenos Aires, 1956, pp. 85 y ss.; 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*, Tübinga, 1971, pp. 491-497.

Paraguay, Perú (con el nombre de *habeas corpus*); El Salvador y Venezuela;¹¹⁷ y el mandamiento de seguridad en Brasil.¹¹⁸

También se han regulado mecanismos para impugnar la constitucionalidad de las leyes, ya sea directamente en vía de acción, o de manera indirecta por la vía prejudicial —tradicionalmente, de excepción— que asume diversas modalidades, tales como las del recurso extraordinario en Argentina y Brasil; el recurso de inaplicabilidad en Chile; la acción popular de inconstitucionalidad en Colombia, Venezuela, Panamá y El Salvador, etcétera.¹¹⁹

Inclusive se han ensayado, aun cuando con escasa o nula eficacia práctica, el establecimiento de tribunales constitucionales específicos, inspirados en el modelo austriaco, como la Corte de Constitucionalidad de Guatemala,¹²⁰ y el Tribunal Constitucional chileno.¹²¹

37. Un aspecto importante de la justicia constitucional latinoamericana radica en la tendencia que cada vez adquiere mayor vigor, para abandonar el principio de la desaplicación de las leyes inconstitucionales en cada caso concreto, para adoptar la declaración general de inconstitucionalidad, como ocurre respecto a la acción popular mencionada.

Aun cuando puede encontrar resistencia entre los juristas de nuestra región impregnados de la idea de la separación rígida de las funciones, como ha ocurrido en nuestro país en el cual ha imperado casi como un dogma la llamada "Fórmula de Otero",¹²² que fue establecida en 1847 por Mariano Otero al introducir el juicio de amparo en el ámbito nacional, con objeto de impedir declaraciones de tipo general, según la experiencia histórica inmediata; el principio de la declaración general de inconstitucionalidad, tal como se practica en algunos ordena-

117 "El juicio de amparo en Latinoamérica", en el volumen *Dinámica del derecho mexicano*, núm. 2, México, 1974, pp. 61-94.

118 Cfr. Héctor Fix-Zamudio, Alejandro Ríos Espinoza y Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Tres estudios sobre el mandato de seguridad brasileño*, México, 1963.

119 Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Introducción al estudio procesal comparativo de la protección interna de los derechos humanos*, cit., pp. 217-219.

120 Cfr. Mario Aguirre Godoy, *Derecho procesal civil*, Guatemala, 1973, tomo I, pp. 132-134.

121 Cfr. Alejandro Silva Bascuñán, "El Tribunal Constitucional", en el volumen colectivo, *Reforma constitucional de 1970*, Santiago de Chile, 1970, pp. 199-284.

122 Casi con las mismas palabras que en el documento de 1857, el artículo 107, fracción II, de la Constitución federal vigente, y que se reitera con escasas modificaciones en el artículo 76 de la Ley de Amparo, dispone: "La sentencia será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y a protegerlos en el caso especial sobre el que verse la queja, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare...". Cfr. Ignacio Burgoa, *El juicio de amparo*, 9a. ed. México, 1973, pp. 258-262.

mientos latinoamericanos, para no referirnos a los tribunales constitucionales europeos, debe extenderse a toda la región, así sea en forma paulatina, si se pretende otorgar efectividad al derecho fundamental de la igualdad de los gobernados ante la ley.¹²³

38. Tenemos la convicción de que terminará por imponerse la citada declaración general de inconstitucionalidad, pues inclusive en México ya se han formulado propuestas en esta dirección, no obstante el peso de una tradición más que centenaria en favor de la desapplicación concreta de la ley inconstitucional.¹²⁴

39. Aun cuando en la realidad los organismos judiciales de los países latinoamericanos se encuentran lejos de ejercitar en toda su extensión las facultades que en materia de justicia constitucional les otorgan las leyes fundamentales, sin embargo es posible descubrir la existencia de una jurisprudencia decorosa en la cual se reconoce la iniciación de la función política de tales organismos, y si bien este reconocimiento ha sido modesto en virtud de todos los obstáculos que impiden su desarrollo, se puede vislumbrar la posibilidad de que el departamento judicial llegue a justificar su carácter de órgano del poder equiparable a los otros dos, y especialmente frente a un Ejecutivo predominante.

Si bien resulta difícil prever que en un futuro próximo los tribunales latinoamericanos pueden ocupar una situación comparable a la de los organismos judiciales federales de los Estados Unidos o de las cortes constitucionales de Italia, Austria y Alemania Occidental,¹²⁵ resulta indispensable fortalecer las funciones de control constitucional de los jueces de Latinoamérica para frenar la fuerza irrestricta del Ejecutivo, que sólo por el aumento de sus atribuciones derivado de su necesaria intervención en las actividades sociales, económicas y culturales —es decir, sin tomar en cuenta la tendencia hacia la dictadura ostensible o disfrazada de numerosos gobiernos de nuestra región— se ha traducido en la creciente debilidad del órgano legislativo, que inclusive por razones técnicas interviene cada vez menos en la efectiva elabora-

¹²³ Este principio de igualdad que en sus comienzos sólo fue establecido en beneficio de los ciudadanos en el artículo primero de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, se ha extendido para todos los gobernados en la mayoría de los textos constitucionales latinoamericanos. Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Constitución y proceso civil*, cit., p. 63 y nota 190.

¹²⁴ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "La declaración general de inconstitucionalidad y el juicio de amparo", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núms. 10-11, enero-agosto de 1971, pp. 53-98; William Cecil Headrick, "El control judicial de las leyes", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 62, abril-junio de 1966, pp. 463-467; Juventino V. Castro, *Hacia el amparo evolucionado*, México, 1971, pp. 31-55; *id.*, *Lecciones de garantías y amparo*, México, 1974, pp. 342-343.

¹²⁵ Cfr. Mauro Cappelletti, *Judicial Review in the Contemporary World*, Indianápolis, Kansas, Nueva York, 1971, pp. 45-100.

ción de las leyes, que en ocasiones se limita a aprobar, y en otras a delegar facultades al propio Ejecutivo.¹²⁶

Sólo el organismo judicial posee los instrumentos técnicos —aun cuando todavía carezca de la fuerza política para imponerlos— que le permiten calificar la constitucionalidad de la actividad cada vez más predominante del Ejecutivo latinoamericano, y tutelar los derechos fundamentales de los gobernados, e inclusive la esfera de facultades de las restantes autoridades.

40. Finalmente es necesario destacar que una de las funciones del organismo judicial que asume mayor trascendencia consiste en la interpretación de las propias normas fundamentales, que como se ha señalado en varias ocasiones, se traduce en una actividad que requiere una especial sensibilidad axiológica, en cuanto los preceptos de las cartas supremas, especialmente las que se han calificado como “normas programáticas” o “normas de principio” contienen principios genéricos, que permiten a los jueces constitucionales integrar el ordenamiento jurídico de acuerdo con el espíritu del Constituyente.¹²⁷

En esta dirección descubrimos dos extremos: el primero está representado por la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, la que a través de una interpretación constitucional dinámica, ha adaptado paulatinamente los esquemáticos preceptos de la carta federal, a las cambiantes necesidades sociales, económicas y políticas de ese país, lo que ha permitido mantener inalterable el texto constitucional de finales del siglo XVIII, con muy pocas enmiendas posteriores.¹²⁸

El sistema opuesto es el seguido por los tribunales latinoamericanos, que han realizado en pocas ocasiones esta interpretación progresiva de carácter constitucional, en virtud de la creencia romántica de los políticos de nuestra región, en el sentido de que todos los males sociales pueden corregirse con la modificación de los textos fundamentales, a

¹²⁶ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, “Supremacía del Ejecutivo en el derecho constitucional mexicano”, en el volumen *Comunicaciones Mexicanas al VII Congreso Internacional de Derecho Comparado*, México, 1966, pp. 174-181; Karl Loewenstein, “La Presidencia fuera de los Estados Unidos”, trad. de Alfonso Pereña, *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núm. 5, mayo-agosto de 1949, pp. 22 y ss.

¹²⁷ Cfr., entre otros, Mauro Cappelletti, “L’attività e i poteri del giudici costituzionale in rapporto con il loro fine generico (Natura tendenzialmente discrezionale del provvedimento della norma costituzionale)”, sobretiro de los *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, Pádua, 1957, pp. 56 y ss.

¹²⁸ Dentro de una bibliografía muy amplia nos limitaremos a señalar dos obras fácilmente consultables, Lèda Boechar Rodríguez, *La Suprema Corte y el derecho constitucional norteamericano*, trad. de Justo Pastor Benítez, México, 1965; Charles Evans Hughes, *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, trad. de Roberto Molina Pasquel y Vicente Herrero, 2a. ed., México, 1971.

través de lo que se ha calificado como una "inflación constitucional",¹²⁹ que se inicia con la independencia y que se prolonga hasta nuestros días, ya sea expidiendo nuevas constituciones, o bien modificando constantemente las que logran una relativa permanencia.

Acudiendo al ejemplo de nuestro país, la actual Constitución federal de 5 de febrero de 1917, que en apariencia es relativamente estable, ha sufrido más de doscientas reformas a partir de su promulgación.¹³⁰

41. En tal virtud, estimamos que la función de control constitucional de los organismos judiciales de Latinoamérica, además de todos los obstáculos que impiden el vigoroso ejercicio de sus atribuciones en esta dirección, será todavía más modesta si no crea una jurisprudencia verdaderamente dinámica, que permita lograr la estabilidad de los textos constitucionales, adaptándolos a las modificaciones de la vida social, sin necesidad de acudir a las constantes reformas de las disposiciones fundamentales, ya que tales modificaciones en la mayor parte de los casos pronto quedan superadas por las transformaciones de la realidad política, cada vez más agitada, de nuestra época.¹³¹

X. LAS CUESTIONES POLÍTICAS

42. Uno de los obstáculos más aparentes para la eficacia de la función judicial en el ámbito constitucional, es el relativo a la desorbitada extensión que se le ha dado al concepto de "cuestiones políticas", incluyendo los llamados "actos de gobierno", que no son otra cosa que los actos políticos efectuados por el departamento ejecutivo.¹³²

No resulta sencillo alcanzar una idea siquiera aproximada de lo que debe entenderse por "política", vocablo al cual se le han dado las connotaciones más disímolas, pero al menos podemos partir de la base de que se trata de facultades que las leyes fundamentales atribuyen a los organismos ejecutivo y legislativo, para que puedan ejercerlas den-

¹²⁹ Basta consultar la colección de textos constitucionales latinoamericanos publicados en Madrid, durante los años cincuenta, bajo la dirección de Manuel Fraga Iribarne, para percatarnos de la profusión de textos constitucionales de nuestra región, que todavía no termina, aun cuando hubiese disminuido en forma relativa.

¹³⁰ La última reforma constitucional es la de 17 de febrero de 1975, que reformó la fracción XIV del artículo 107 de la ley suprema.

¹³¹ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "Algunos aspectos de la interpretación constitucional en el derecho mexicano", en el volumen *Comunicaciones Mexicanas al VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado*, México, 1971, pp. 271-275; reproducido posteriormente en un texto bilingüe, en *Comparative Juridical Review*, Coral Gables, Florida, 1974, pp. 66-69; 106-109.

¹³² Cfr., entre otros, Andrés Serra Rojas, *Derecho administrativo*, 6a. ed., México, 1974, tomo I, pp. 253-254.

tro de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto a su oportunidad, justicia, motivos y conveniencia.¹³³

Durante mucho tiempo se estimó que las "cuestiones políticas", incluyendo los actos de gobierno, se encontraban totalmente excluidas de la competencia de los organismos judiciales, es decir, que se consideraban como *no justiciables*,¹³⁴ e inclusive la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos se autolimitó en el conocimiento de lo que calificó como *political questions*.¹³⁵

43. Sin embargo, esta orientación ha cambiado en forma considerable, tomando en cuenta, por un lado, que el Consejo de Estado francés ha elaborado una jurisprudencia muy penetrante en cuanto a la posibilidad de revisar los actos discrecionales de la administración, a través de la institución del *desvio de poder*, que permite al juez administrativo determinar si la autoridad se ajustó a la finalidad del acto o a los motivos legales del mismo, sin necesidad de cuestionar su contenido.¹³⁶

Por su parte, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha restringido mucho el concepto de *political questions* al resolver controversias que tradicionalmente se estimaban dentro de esta materia, incluyendo algunos problemas de régimen electoral de las entidades federativas.¹³⁷

44. En el ámbito latinoamericano los tribunales han sido mucho menos audaces y en términos generales se han mantenido dentro del esquema tradicional de los actos políticos no justiciables, actitud que naturalmente ha sido favorecida, cuando no provocada, especialmente por la administración, para impedir la intervención judicial en muchos de sus actos, calificados de "actos de gobierno".

¹³³ Sin embargo, no existe precisión sobre la naturaleza jurídica de esta clase de actos, y un autor clásico como Gastón Jèze, opinó que: "Los actos llamados de gobierno, no tienen una naturaleza jurídica especial. No hay, pues, razón jurídica para poner en jaque al sistema general del control jurisdiccional", *Principios generales del derecho administrativo*, trad. de Julio N. San Millán Almagro, Buenos Aires, 1948, tomo I, p. 414.

¹³⁴ Cfr. Segundo V. Linares Quintana, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, cit., Buenos Aires, 1953, tomo II, pp. 311-335.

¹³⁵ Cfr. Bernard Schwartz, *Los poderes del gobierno. Comentario sobre la Constitución de los Estados Unidos*, trad. de José Juan Olloqui Labastida, México, 1966, tomo I, pp. 576-579; Charles Evans Hughes, *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, cit., pp. 56-58.

¹³⁶ Cfr. Michel Fromont, "La protection juridictionnelle du particulier contre le pouvoir exécutif en France", en la obra *Gerichtsschutz gegen die Exekutive* (Protección judicial contra el Ejecutivo), Colonia Nueva York, 1969, tomo I, pp. 226-240; Jean Mary Aubuy y Michel Fromont, *Les recours contre les actes administratifs dans les pays de la communauté économique européenne*, París, 1971, pp. 250-271.

¹³⁷ Cfr. Karl Loewenstein, "La función política del Tribunal Supremo de los Estados Unidos", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 133, Madrid, enero-febrero de 1964, pp. 5-39.

Algún intento se ha hecho para precisar los límites del carácter político de los actos impugnados, a través del concepto de *razonabilidad* que esencialmente ha sido sostenido por la Corte Suprema argentina;¹³⁸ y en algunos ordenamientos se han establecido tribunales electorales, lo que ha permitido determinar los límites jurídicos de una de las materias que se han considerado "políticas" por excelencia.¹³⁹

45. En manera alguna tenemos la pretensión de que los tribunales latinoamericanos lleguen a adoptar una actitud tan valiente como la del Consejo de Estado francés o la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, en cuanto a la revisión judicial de los actos discrecionales y de las cuestiones políticas, pero sí consideramos que debe intentarse una precisión de los aspectos jurídicos, y por tanto "justiciables" de los actos políticos en general y de gobierno en particular, todo ello en forma muy paulatina y equilibrada, evitando aventuras desafortunadas de intervención de los organismos judiciales en la vida política partidista, que sólo pueden conducir a un conflicto con los otros órganos del poder, controversia en la cual el perdedor será forzosamente el departamento judicial.

46. A este respecto podemos recordar en México la trágica situación en que se colocó el presidente de la Suprema Corte, José María Iglesias, en virtud de su desacertada tesis de la "incompetencia de origen", con la cual pretendió cuestionar la legitimidad de las elecciones de los funcionarios, y que lo llevó a participar abiertamente en la contienda electoral efectuada en el año de 1876, que culminó con una rebelión armada y la destitución del citado magistrado.¹⁴⁰

La experiencia anterior ha llevado a la Suprema Corte de Justicia de nuestro país a adoptar una actitud demasiado discreta en la apreciación de las "cuestiones políticas", ya que su jurisprudencia establece la inadmisibilidad del juicio de amparo contra la violación de los *dere-*

¹³⁸ Cfr., entre otros, José Luis Lazzarini, *El juicio de amparo*, Buenos Aires, 1967, pp. 187-192; Luis M. Boffi Coggero, "La justiciabilidad de las llamadas cuestiones políticas y contribución al retorno integral a la República", *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 29 de octubre de 1963 pp. 1-6.

¹³⁹ Un ejemplo del sistema de tribunales electorales fue implantado por el Código Electoral de 1932 y por la Constitución federal brasileña de 1934, que se conserva así sea formalmente en la carta vigente reformada en 1969, artículos 130-140. Cfr. Luis Pinto Ferreira, *Princípios gerais do direito constitucional moderno*, 5a. ed., São Paulo, 1971, tomo I, pp. 354-355; Paulino Jacques, *Curso di direito constitucional*, 6a. ed., Río de Janeiro, 1970, pp. 252-256.

¹⁴⁰ Cfr. José María Iglesias, "Estudio constitucional sobre facultades de la Corte de Justicia", *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, núm. 30, México, abril-junio de 1946, pp. 257-295; publicado originalmente en México, 1874.

chos políticos,¹⁴¹ sin una limitación a este concepto, de por sí muy impreciso.¹⁴²

XI. LOS ESTADOS DE EMERGENCIA

47. El impedimento más difícil de superar en el ejercicio de la función judicial dirigida a la revisión de la constitucionalidad de los actos de autoridad, está representado por las constantes declaraciones de estados de sitio, situaciones de emergencia, suspensión de garantías, etcétera, que se han sucedido casi en forma permanente en varios países de Latinoamérica, configurando lo que el tratadista mexicano Diego Valadés ha calificado como *dictadura constitucional*,¹⁴³ a las que hay que agregar en años recientes, los documentos que se han denominado actas institucionales; actas de constitución de juntas de gobierno; estatutos de gobiernos revolucionarios; actas revolucionarias, etcétera, que pueden o no justificarse desde el punto de vista de la realidad política, pero desde el ángulo jurídico deben considerarse como *dictadura inconstitucional*.¹⁴⁴

La experiencia política latinoamericana, especialmente en épocas recientes, está colmada de este tipo de declaraciones y de documentos, que en la actualidad han sustituido a los planes revolucionarios que posteriormente se traducían en la expedición de nuevos textos constitucionales.¹⁴⁵

¹⁴¹ Cfr. tesis 89, pp. 162-163, volumen de jurisprudencia común al Pleno y a las Salas, en la cual se establece: "La violación de los derechos políticos no da lugar al juicio de amparo, porque no se trata de garantías individuales."

¹⁴² De acuerdo con lo establecido por el artículo 60 de la Constitución federal, y las fracciones VII y VIII del artículo 73 de la Ley de Amparo, este instrumento procesal es inadmisibile contra actos de las autoridades electorales, lo que resulta lógico debido a la ausencia de una verdadera jurisdicción electoral. Por otra parte, aun cuando el párrafo tercero del artículo 97 de la misma carta federal otorga facultad a la Suprema Corte para realizar investigaciones sobre la violación del voto público, a petición del Ejecutivo federal, las cámaras del Congreso de la Unión, o de oficio, el citado tribunal supremo se ha abstenido de intervenir en esta materia por razones de prudencia política. Cfr. Felipe Tena Ramírez, "La facultad de la Suprema Corte en materia electoral", *Revista Mexicana de Derecho Público*, núm. 1, julio-septiembre de 1946, pp. 62 y ss.

¹⁴³ *La dictadura constitucional en América Latina*, México, 1974, especialmente pp. 123-154.

¹⁴⁴ Esto desde el punto de vista del ordenamiento constitucional anterior, aun cuando dichos documentos puedan considerarse como el punto de partida de un nuevo orden constitucional de carácter revolucionario, así sea aparente.

¹⁴⁵ Simplemente en vía de ejemplo podemos citar algunos de estos documentos, tales como el Acta de la Revolución Argentina, de 19 de agosto de 1966; Estatuto del Gobierno Revolucionario, Decreto-Ley núm. 17 063, de 3 de octubre de 1968, del gobierno militar de Perú; Acta de Constitución de la Junta de Gobierno de Chile, de 11 de septiembre de 1973, así como las diversas actas institucionales expedidas en Brasil a partir de 1964, etcétera.

Es importante destacar en la materia que estamos examinando, que cuando se trata de la dictadura constitucional, es decir, de las declaraciones de emergencia previstas por los mismos textos fundamentales, dichas declaraciones se califican invariablemente como "políticas", y por lo tanto, se sustraen al examen de los tribunales, ya que por una parte los gobiernos que formulan tales declaraciones alegando la defensa nacional, ven con gran desconfianza cualquier intervención judicial, a no ser que se trate de tribunales militares,¹⁴⁶ y por la otra, los mismos jueces se niegan con frecuencia a intervenir cuando los afectados impugnan los actos realizados con apoyo en el estado de sitio, también con fundamento en el concepto de los actos de gobierno o de los derechos políticos no justiciables.¹⁴⁷

48. Y cuando se trata de ordenamientos legales expedidos por los órganos legislativos, o más frecuentemente, por el Ejecutivo en uso de facultades delegadas por los primeros, con motivo de la emergencia, las restricciones a la intervención de los organismos judiciales son todavía más severas, prohibiéndose expresa o implícitamente que éstos examinen la constitucionalidad de las disposiciones respectivas.¹⁴⁸

49. En el supuesto de documentos provenientes de golpes de Estado, insurrecciones militares, o movimientos revolucionarios —o contrarrevolucionarios—, la situación del organismo judicial resulta todavía más precaria, ya que tales documentos se consideran de nivel constitucional, o en ocasiones se les da un carácter supraconstitucional, al suprimir o modificar disposiciones de la carta fundamental hasta entonces vigente, por lo que tanto dichos documentos como su ejecución se consideran totalmente excluidos de la apreciación judicial.¹⁴⁹

50. Un ejemplo bastante notorio lo encontramos en las actas institucionales expedidas por los gobiernos militares brasileños a partir de 1964, y que todavía se consideran parcialmente en vigor, de acuerdo con las disposiciones de la Constitución federal de 1967, y particularmente en su reforma de 1969, lo que resulta explicable, si se piensa que la última fue expedida con apoyo en dichas actas institucionales,

¹⁴⁶ Cfr. Norberto Eduardo Spolansky y Jorge Reinaldo Vanossi, "Sanciones militares y garantías constitucionales", sobretiro de la *Revista Federación Argentina de Colegios de Abogados*, Buenos Aires, febrero de 1971; Eduardo Vocos Conesa, "Estado de sitio en la jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional (1970-junio de 1972)", *Jurisprudencia Argentina*, 7 de junio de 1972, pp. 2-15.

¹⁴⁷ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "La protección procesal de los derechos humanos en América Latina y las situaciones de emergencia", *El Foro*, México, abril-junio de 1973, pp. 38-39.

¹⁴⁸ Cfr. *Ibid.*, pp. 33-38.

¹⁴⁹ *Ibid.*, pp. 29-33.

por los comandantes de las fuerzas armadas, que actuaron como órgano constituyente.¹⁵⁰

En los artículos 181 y 182 de la referida carta fundamental de 1967, reformada en 1969, se establece expresamente la exclusión de la apreciación judicial de los actos realizados por el Comando Supremo de la Revolución de 31 de marzo de 1964, y ciertos actos realizados por el gobierno federal, autoridades locales y municipales, con apoyo en varias actas institucionales, especialmente la número 5 de 1968, cuyos artículos 10 y 11 suspenden el proceso de *habeas corpus* respecto de los *delitos políticos*, y los cometidos contra la *seguridad nacional*, el orden económico y social, o la economía popular.

Paradójicamente, el artículo 159 de la misma carta fundamental, en su texto de 1969, establece que: "La inobservancia de cualquiera de las disposiciones relativas al estado de sitio, determina la ilegalidad de la coacción y autoriza al afectado para acudir al poder judicial." Lo que contradice claramente lo dispuesto en los citados artículos 181 y 182; contradicción que se explica en cuanto el artículo 159 está tomado casi literalmente del 215 de la Constitución democrática de 1946.¹⁵¹

51. Lo cierto es que las situaciones de emergencia y los documentos real o ficticiamente revolucionarios afectan de manera inevitable los derechos fundamentales de los gobernados, en la mayoría de los casos en forma desproporcionada a la situación que pretenden combatir, y también con frecuencia se sustraen ciertas controversias de la competencia de los tribunales ordinarios, para someterlas a los jueces militares, con grave violación del principio del "juez natural", que consignan, directa o indirectamente, la totalidad de las constituciones latinoamericanas.¹⁵²

¹⁵⁰ En efecto, en la llamada enmienda constitucional núm. 1, de 17 de octubre de 1969, que en realidad constituyó una reforma sustancial a varios preceptos de la carta fundamental de 1967, se encabezó con la siguiente declaración: "Los Ministros de la Marina de Guerra, del Ejército y de Aeronáutica Militar, en uso de las atribuciones que les confiere el artículo 30. del Acta Institucional núm. 16, de 14 de octubre de 1969, en relación con el párrafo primero del artículo 20. del Acta Institucional núm. 5 de 13 de diciembre de 1968, y considerando que, en los términos del Acta Complementaria núm. 38 de 13 de diciembre de 1968 fue decretado, a partir de esa fecha, el receso del Congreso Nacional; considerando que, decretado el receso parlamentario, el Poder Ejecutivo Federal fue autorizado para legislar sobre todas las materias, conforme a lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 20. del Acta Institucional núm. 5 de 13 de diciembre de 1968; considerando que la elaboración de las enmiendas a la Constitución, comprendida en el proceso legislativo (artículo 49, I, de la Constitución Federal), está comprendida en la atribución del Poder Ejecutivo Federal; . . .".

¹⁵¹ Sobre este precepto de la carta fundamental de 1946, *cfr.* Pontes de Miranda, *Comentarios a Constituição de 1946*, 3a. ed., Río de Janeiro, 1960, tomo VI, pp. 466-467.

¹⁵² Este principio del "juez natural" ha sido acogido prácticamente por la totalidad de las constituciones latinoamericanas contemporáneas, y a este respecto podemos men-

Por supuesto que se alega el carácter "político" de los ordenamientos respectivos y de su ejecución, impidiendo a los organismos judiciales ordinarios intervenir en defensa de los afectados, y por su parte, los tribunales generalmente no se atreven siquiera a admitir las impugnaciones de los gobernados, que son rechazadas de plano con apoyo en el cómodo argumento de la naturaleza política de los actos de emergencia.¹⁵³

52. No podemos caer en la ilusión de proponer en esta reunión académica que se recomiende el cambio de esta situación, que menoscaba la función del organismo judicial en defensa de los ordenamientos constitucionales latinoamericanos, pero tampoco debemos desalentarnos y considerarnos derrotados ante la dificultad de encontrar solución a este problema, de la misma manera como los investigadores de la medicina no se han desalentado ante ciertas enfermedades —como el cáncer— que no se han podido vencer; ya que podemos colaborar, así sea en una medida modesta, para proporcionar a los jueces y a los abogados los instrumentos técnicos que les permitan luchar por la defensa de los derechos fundamentales, aun en las situaciones de emergencia.

A este respecto podemos señalar algunos ejemplos de valentía y hasta de temeridad judiciales, como la actitud asumida en ciertos momentos por la Suprema Corte argentina, al exponer su doctrina de la *razonabilidad*, inclusive tratándose de actos ejecutados o de ordenamientos expedidos durante los estados de sitio o por los gobiernos *de facto*,¹⁵⁴ y a esta institución puede agregarse, hasta donde resulte aplicable en nuestro medio, el concepto de "desviación de poder", elaborado por la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, ya que ambos instrumentos pueden constituir armas para que los tribunales latinoamericanos intervengan y decidan sobre los límites establecidos en los textos fundamentales o en los documentos revolucionarios, a las medi-

cionar las siguientes: Argentina (1853-1860, artículo 18); Bolivia (1967, artículos 14 y 116); Brasil (1967, artículo 153, parágrafo 15, del texto reformado en 1969); Chile (1925-1943, artículo 12); Colombia (1886, artículo 26); Costa Rica (1949, artículo 35); Ecuador (1945, artículo 141, parágrafo 6o.); El Salvador (1962, artículo 169); Guatemala, (1965, artículo 159); Haití (1950, artículo 11); Honduras (1965, artículo 59); México (1917, artículo 13); Nicaragua (1974, artículo 49); Panamá (1972, artículo 31); Paraguay (1967, artículo 61); Perú (1933, artículos 57 y 228); Uruguay (1967, artículo 19); y Venezuela (1961, artículo 69).

¹⁵³ Cfr. las minuciosas reseñas de jurisprudencia de Eduardo Vocos Conesa, "El Estado de sitio en la jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional, desde 1863 hasta el 30 de junio de 1970", *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 1o. de septiembre de 1970, pp. 57-63; y la ya citada que se refiere al periodo de 1970 a junio de 1972, pp. 2-15.

¹⁵⁴ Cfr. Luis M. Boffi Boggero, *La justiciabilidad de las llamadas cuestiones políticas*, cit., pp. 4-6.

das y disposiciones de emergencia, sin la necesidad de apreciar la oportunidad o bondad de tales situaciones.¹⁵⁵

XII. EL CONSEJO JUDICIAL

53. Debemos ahora hacer mención a una institución que se está difundiendo en el derecho constitucional latinoamericano como un instrumento de colaboración de funciones que permite desarrollar con mayor eficacia las llamadas garantías judiciales.

Como es bien sabido, este organismo fue introducido en la legislación española a partir de 1926, precisamente con el nombre de Consejo Judicial, y más recientemente figura con la denominación de Consejo Superior de la Magistratura en las leyes fundamentales de Italia (1948, artículo 105); Francia (1958, artículo 65); y Turquía (1961, artículos 143-144).¹⁵⁶

En América Latina también encontramos ejemplos de esta institución, y al respecto podemos mencionar al Consejo Superior de la Judicatura establecido en Colombia por el decreto 1798 de 1955, transformado en 1972 en Tribunal Disciplinario; el Consejo de la Magistratura regulado por los artículos 173 y 174 de la Constitución de la provincia argentina de Corrientes, de 17 de agosto de 1960; el Consejo de la Judicatura consagrado por el artículo 217 de la Constitución venezolana de 1961; y finalmente el Consejo Nacional de Justicia introducido en Perú por decreto-ley 18 060 de 23 de diciembre de 1969.¹⁵⁷

54. En términos muy generales y sin tomar en cuenta modalidades particulares de cada organismo, el Consejo de Justicia o de la Magistratura está integrado por una mayoría de representantes de los organismos judiciales, pero también con miembros de los otros dos poderes o departamentos, y posee la atribución esencial de efectuar los trámites necesarios para la designación y promoción de los juzgadores; decidir sobre sus traslados, y resolver las quejas que se hacen valer contra los mismos jueces en el ejercicio de sus funciones, y vigilar el cumplimiento de las garantías judiciales.

55. Los Consejos que han tenido verdadera trascendencia en el ámbito latinoamericano han sido los de Venezuela y de Perú, ya que el primero fue regulado por las reformas a la Ley Orgánica del Poder

¹⁵⁵ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *La protección procesal de los derechos humanos en América Latina y las situaciones de emergencia*, cit., pp. 42-45.

¹⁵⁶ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Valor actual del principio de la división de poderes*, cit., pp. 89-92.

¹⁵⁷ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "Reflexiones sobre el Reglamento del Consejo de la Judicatura de la República de Venezuela", *Gaceta Informativa de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 11, México, julio-septiembre de 1974, pp. 487-489.

Judicial, de 26 de agosto y 16 de septiembre de 1969; así como por su reglamento de 5 de octubre de 1973; y el segundo tiene su apoyo en la ley orgánica de 13 de abril de 1971 modificada por decreto de 12 de octubre de ese año y por el reglamento de 23 de noviembre, también de 1971.

El Consejo venezolano tiene como facultades, las de atender la marcha de todos los asuntos judiciales; velar por la eficaz administración de justicia; señalar las necesidades de creación, modificación o supresión de servicios judiciales; atender las necesidades materiales de los tribunales y defensorías públicas de presos; propender a la seguridad social de los miembros del Poder Judicial y demás funcionarios de la administración de justicia; y en general, todo cuanto atañe al Poder Judicial.¹⁵⁸

56. El Consejo Nacional de Justicia peruano posee atribuciones todavía más amplias, como son las de elegir a los magistrados y jueces de todo el Poder Judicial; evaluar su labor; el derecho de iniciativa en la formación de las leyes destinadas a perfeccionar el ordenamiento judicial nacional; y la responsabilidad permanente de estudiar y proponer la reforma de los códigos y leyes orgánicas que le soliciten los poderes del Estado.¹⁵⁹

57. Estimamos que el Consejo Judicial o de la Magistratura es benéfico para la eficacia de las funciones del organismo judicial, no sólo por su colaboración para el establecimiento de una verdadera política judicial con el concurso de los otros departamentos del poder —siempre dentro de un sistema de predominio de los miembros de la Judicatura— sino también porque impide que los integrantes del Poder Judicial se conviertan en un cuerpo cerrado y estratificado, al decidir por sí solos —con excepción de la designación o remoción de los jueces supremos— sobre el nombramiento, vigilancia y promoción de sus propios miembros, y por ello es que hemos propuesto su introducción en nuestro país, con mayor razón en cuanto carecemos de Secretaría de Justicia, suprimida por el Constituyente de 1916-1917;¹⁶⁰ proposición que fue aprobada en el Segundo Congreso Mexicano de Derecho Procesal, efectuado en la ciudad de Zacatecas, en el año de 1966.¹⁶¹

¹⁵⁸ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Reflexiones sobre el Reglamento del Consejo de la Judicatura de la República de Venezuela*, cit., pp. 490-495.

¹⁵⁹ Cfr. el volumen intitulado, *Legislación del Consejo Nacional de Justicia*, Lima, 1972.

¹⁶⁰ Sin embargo, se ha debatido constantemente sobre la necesidad 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.

¹⁶¹ Cfr. la crónica respectiva, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 65, enero-marzo de 1967, pp. 125-127.

XIII. FACULTADES COLEGISLATIVAS

58. Tenemos la convicción de que el organismo judicial debe intervenir en el procedimiento legislativo y en sus aspectos previos, en cuanto a la elaboración de los ordenamientos que se refieren a la prestación jurisdiccional, tanto en su aspecto orgánico como procesal.

Esta participación, que se puede traducir en la atribución de facultades de iniciativa ante el organismo legislativo —que no necesariamente tienen que ser exclusivas— y en la elaboración de proyectos propios, o de dictámenes sobre los redactados por el Ejecutivo, etcétera, todo ello en las materias relacionadas con las actividades judiciales, como una labor de apoyo a la reforma judicial y procesal que con tanta urgencia se requiere en Latinoamérica.¹⁶²

59. Estas atribuciones colegislativas del organismo judicial se han establecido, con mayor o menor amplitud, en varios ordenamientos constitucionales latinoamericanos, pero no se han extendido en forma general a la mayoría de nuestras leyes supremas,¹⁶³ y desde luego no se admiten en el sistema mexicano, aun cuando de hecho se hubiese dado intervención a nuestra Suprema Corte de Justicia en varias reformas, particularmente relativas a la legislación de amparo.¹⁶⁴

También debemos mencionar que la labor de estudiar y proponer reformas procesales ha sido desarrollada con mucha intensidad por el Consejo Nacional de Justicia del Perú, como se desprende de las memorias redactadas por sus presidentes en los últimos años.¹⁶⁵

XIV. AUTONOMÍA FINANCIERA

60. Un sector importante de los juristas latinoamericanos ha postulado la autonomía financiera de nuestros organismos judiciales, hasta

¹⁶² Cfr. Ricardo Mercado Luna, "Facultades colegislativas del poder Judicial", *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires 21 de marzo de 1974, pp. 2-9.

¹⁶³ Son varias las cartas fundamentales latinoamericanas que reconocen en forma restringida o amplia estas facultades colegislativas, y entre ellas debemos mencionar a varias leyes fundamentales provinciales argentinas, a las constituciones de Bolivia (1967, artículo 71); Cuba (reforma de 1973, artículo 152, segundo párrafo); Ecuador (1945, artículo 36); Guatemala (1965, artículo 171); Honduras (1965, artículo 239); Nicaragua (1974, artículo 161); Perú (1933, artículo 124); El Salvador (1962, artículo 50); y Venezuela (1961, artículo 161, ordinal 4o.).

¹⁶⁴ Podemos recordar que las dos reformas más importantes a la legislación de amparo, es decir las de 1951 y 1968, se apoyaron sustancialmente en sendos anteproyectos formulados por la Suprema Corte de Justicia en 1945 y 1965, respectivamente, que posteriormente fueron convertidos en iniciativas del Ejecutivo federal.

¹⁶⁵ Cfr. las memorias de los presidentes del Consejo Nacional de Justicia, Héctor Cornejo Chávez, Eduardo Glave Valdivia, y Alberto D'Angelo Gereda, correspondientes a los periodos de 1970-1971, 1971-1972 y 1972-1973, respectivamente.

donde pueda obtenerse en países que están en vías de desarrollo, que padecen de graves carencias económicas.¹⁶⁶

En algunas constituciones de nuestra región se han hecho ensayos demasiado tibios para otorgar cierta autonomía económica a los tribunales, como ocurre en Bolivia y en Guatemala,¹⁶⁷ pero la disposición fundamental que se cita como ejemplo es la del artículo 177 de la Constitución de Costa Rica, que asigna al organismo 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.¹⁶⁸

61. Aun cuando la aplicación del citado precepto constitucional de Costa Rica no hubiese alcanzado una eficacia plenamente satisfactoria, como se manifiesta en un estudio reciente,¹⁶⁹ de cualquier manera, los tribunales de ese país centroamericano se encuentran en una situación de relativo privilegio frente a los restantes de Latinoamérica, en cuanto no se ven obligados a negociar anualmente el porcentaje del presupuesto; negociación complicada en cuanto tienen que competir con otros organismos que realizan actividades más tangibles; y los políticos latinoamericanos se sienten más inclinados a realizar obras que les otorguen un real o ficticio apoyo popular, que invertir mayores fondos en una tarea callada y cuyos resultados no son visibles de manera inmediata.¹⁷⁰

62. No es suficiente, para lograr la independencia económica del organismo judicial, la *irreductibilidad de la remuneración* de los funcionarios judiciales, que consagran algunas disposiciones de las cartas

¹⁶⁶ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Constitución y proceso civil*, cit., p. 42.

¹⁶⁷ De acuerdo con el artículo 119 de la Constitución de Bolivia: "El Poder Judicial goza de autonomía económica. El presupuesto nacional le asignará una partida fija, anual y suficiente, que será centralizada, con las rentas especiales que se crearen para el servicio del ramo, en el Tesoro Judicial, el que funcionará bajo la dependencia de la Corte Suprema de Justicia." En forma menos categórica, el artículo 248 de la carta fundamental de Guatemala otorga a la Corte Suprema de Justicia cierta iniciativa en la formulación del proyecto de presupuesto y le concede privacía para administrar los ingresos por conceptos derivados de la administración de justicia.

¹⁶⁸ 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 que se estableciera 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 federal, 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.

¹⁶⁹ Cfr. Rafael Angel Rojas Rodríguez, *La independencia financiera del poder judicial*, tesis de grado. San José, Costa Rica, 1974, especialmente pp. 156-163.

¹⁷⁰ La atención preferente de una gran parte de los gobiernos latinoamericanos se concentra especialmente en las obras públicas, que son más ostensibles que los servicios de la administración de justicia.

constitucionales de Latinoamérica,¹⁷¹ en cuanto, por un lado, dicha remuneración suele ser insuficiente, especialmente en los primeros y medios niveles de la judicatura, y en segundo término, debido a que los requerimientos económicos de los tribunales no se limitan a los sueldos de sus integrantes, sino que también necesitan de los modernos instrumentos técnicos que facilitan el correcto funcionamiento de las actividades judiciales.¹⁷²

XV. LENTITUD Y ONEROSIDAD PROCESALES

63. Son los aspectos patológicos que desvirtúan con mayor fuerza la eficacia de la función judicial, y su padecimiento es prácticamente universal, aun cuando asume caracteres de mayor gravedad en determinados ordenamientos, entre ellos los latinoamericanos.

Ambos fenómenos pueden parecer independientes, pero están estrechamente relacionados, ya que mientras más se prolongue la resolución de un proceso, mayor será su costo, tanto para los justiciables como para los tribunales; y obedecen a motivos muy complejos, entre ellos el aumento de la población; la complicación de las relaciones sociales, económicas y culturales; el crecimiento de la criminalidad en las grandes ciudades, etcétera, todo lo cual trae consigo la elevación progresiva del número y de la diversidad de los litigios, que no se encuentra en relación con el establecimiento de los órganos judiciales necesarios para resolverlos.¹⁷³

Esta situación ha preocupado hondamente a los procesalistas y por ello la alarmante y progresiva lentitud de los procesos en todas las materias, fue examinada en las Quintas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal, efectuadas en las ciudades de Bogotá y Cartagena, Colombia, en el mes de junio de 1970,¹⁷⁴ en tanto que el programa de los costos en los procesos se analizó en el Cuarto Congreso Mexi-

¹⁷¹ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Constitución y proceso civil*, cit., pp. 39-40.

¹⁷² Debe pensarse no sólo en instalaciones decorosas, sino en los avances tecnológicos que facilitan extraordinariamente los labores judiciales, y que generalmente no se han incorporado a las actividades de los órganos judiciales latinoamericanos, y que son de uso constante en países de mayor desarrollo, tales como las grabadoras magnetofónicas y las computadoras.

¹⁷³ Aun cuando no existen estadísticas precisas, se puede advertir a simple vista la insuficiencia del número de tribunales en proporción al aumento de los litigios derivados del crecimiento de la población, que es uno de los mayores del mundo en ciertos países de Latinoamérica, como el nuestro, combinada con la creciente complejidad de las relaciones económicas y sociales, y a este último respecto puede citarse el agudo trabajo de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, "Los problemas jurídicos suscitados por la planificación económica y social", en el volumen colectivo *Problèmes Contemporains de Droit Comparé*, Tokio, 1962, tomo I, pp. 435-446.

¹⁷⁴ Cfr. Hernando Devis Echandía, "V Jornadas Latinoamericanas de Derecho Pro-

cano de Derecho Procesal, efectuado en la ciudad de Cuernavaca, Estado de Morelos, durante los días 17 a 20 de abril de 1969.¹⁷⁵

64. Los agudos problemas derivados de la gran lentitud y de los altos costo de la prestación jurisdiccional en nuestros países también debe atraer la atención de los cultivadores del derecho constitucional, por dos razones:

a) En primer lugar, porque la gran demora en resolver las controversias procesales, además de repercutir en la paz social, ya de por sí alterada por otros problemas relacionados con el desarrollo, afecta considerablemente el derecho de acción consignado en una gran parte de los textos fundamentales de Latinoamérica,¹⁷⁶ el cual implica no sólo la facultad de acudir a los tribunales a solicitar la prestación jurisdiccional, sino también la obligación de éstos para resolver las controversias en forma expedita.¹⁷⁷

Al respecto debe recordarse que varias constituciones latinoamericanas han consignado el derecho de los justiciables a que las controversias o litigios en los cuales intervengan se resuelvan en un *plazo razonable*,¹⁷⁸ exigencia que se desvirtúa con el retardo que se observa en la mayoría de los juicios, inclusive en los laborales, en los cuales se han postulado la rapidez y la brevedad como sus características peculiares,¹⁷⁹ y esto no por la amplitud de los plazos legales, sino por el fenómeno indicado por el procesalista Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, de la *inactividad procesal*, que se caracteriza por las *etapas muertas*, es decir, por

cesal", *Estudios de derecho*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Antioquía, Medellín, Colombia, septiembre de 1970, pp. 389-391.

¹⁷⁵ Pueden consultarse las conclusiones adoptadas en dicho Congreso en relación con este tema en la *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núms. 77-78, enero-junio de 1970, pp. 775-781.

¹⁷⁶ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Constitución y proceso civil*, cit., pp. 55-59.

¹⁷⁷ Son varias las disposiciones constitucionales latinoamericanas que hacen referencia, en algunos casos en forma categórica, al derecho fundamental de los justiciables para que los tribunales resuelvan las controversias dentro de los plazos legales, con la consiguiente obligación de los jueces, los que incurrir en responsabilidad oficial cuando no cumplen con este deber. Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Ibid.*, pp. 91-92.

¹⁷⁸ Debe mencionarse que en el artículo 80. fracción I, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, se consignó como uno de los derechos de la persona humana, el de ser oído ante los tribunales "dentro de un plazo razonable".

¹⁷⁹ Cfr., entre otros, Alfredo Ruprecht, "El derecho procesal del trabajo", *Revista Mexicana del Trabajo*, México, diciembre de 1968, pp. 97-115; Elson Guimaraes Gottschalk, "Caracteres propios del derecho procesal del trabajo", trad. de Héctor Genoud, *Gaceta del Trabajo*, Buenos Aires, febrero de 1962, pp. 115-127; Alberto Trueba Urbina, *Nuevo derecho procesal del trabajo*, 2a. ed., México, 1973, pp. 47 y ss.; 73 y ss.; Patricia Kurczyn de Stephan, "Derecho procesal social con especial referencia a la nueva Ley Federal mexicana del Trabajo", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, Madrid, 1971, pp. 819-855.

los periodos de inactividad entre dos actuaciones consecutivas, y que pueden calificarse en relación con los actos procesales como "entre-actos".¹⁸⁰

b) El segundo aspecto constitucional de retraso en los procesos es el relativo a la ineficacia de los instrumentos específicos establecidos para la tutela de los derechos humanos consagrados constitucionalmente, así como de los medios de impugnación de las leyes inconstitucionales, cuando la duración real de su tramitación excede de un tiempo razonable, ya que si una petición de *habeas corpus*, de amparo o de *mandado de segurança* no se traduce en una protección rápida de los derechos fundamentales del afectado, carece de utilidad efectiva.

Compárese la celeridad con la que actúa normalmente un juez angloamericano al decidir procedimientos de *habeas corpus*, de *injunction*, de *mandamus*, etcétera, cuando se trata de proteger la libertad y la dignidad humanas, con la larga tramitación que debe efectuar un tribunal latinoamericano para lograr la propia tutela, y ello no tanto por las formalidades procesales, que también existen, sino por los obstáculos de carácter práctico.¹⁸¹

En esta dirección, una declaración de inconstitucionalidad de una ley, que se prolongue demasiado tiempo, tendrá efectos reales muy limitados, tomando en cuenta que será muy difícil lograr la nulidad de actos y resoluciones efectuados bajo su imperio, situación que se complica cuando la misma declaración de inconstitucionalidad sólo posee efectos particulares.¹⁸²

65. El elevado costo de los procesos afecta también los derechos constitucionales de acción y defensa en juicio, en cuanto impide que amplios sectores de la población puedan exigir el cumplimiento o realizar la defensa de sus derechos, por falta de recursos económicos o por incosteabilidad respecto del monto de la reclamación.

Es cierto que algunos países latinoamericanos, entre ellos el nuestro, han consagrado en sus textos constitucionales el principio de la *justicia gratuita*,¹⁸³ pero aun en el supuesto de que esta declaración

¹⁸⁰ "La regulación temporal de los actos procesales en el Código de 1932 para el Distrito Federal", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núms. 66-67, abril-septiembre de 1967, pp. 369-380.

¹⁸¹ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Influencia del derecho angloamericano en la protección de los derechos humanos en América Latina*, cit., pp. 485-508.

¹⁸² Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *La declaración general de inconstitucionalidad y el juicio de amparo*, cit., pp. 76-84.

¹⁸³ Este principio fue establecido primeramente en la Constitución federal mexicana de 5 de febrero de 1857, artículo 17, reiterándose en el precepto del mismo número en la carta fundamental vigente de 1917, y siguen el mismo criterio las leyes supremas de Bolivia, artículo 116; Ecuador, artículo 92; Guatemala, artículo 240; Honduras, ar-

tenga efectividad real, quedan todavía las *costas procesales*, que serán tanto más cuantiosas cuanto más se prolongue el proceso, y en muchas ocasiones son tan altos estos costos que desalientan a los justiciables, los que prefieren cualquier arreglo, por inconveniente que sea, para concluir la controversia.¹⁸⁴

66. Los remedios que pueden aplicarse a estos dos graves vicios no son sencillos, y no pueden apoyarse únicamente en reformas de carácter jurídico, pero éstas son también esenciales para que, combinadas con otros instrumentos sociales, políticos y económicos, puedan sustraer a la impartición de justicia en Latinoamérica, del marasmo en el cual se encuentra.

Desde este ángulo jurídico, deben intentarse modificaciones constitucionales de las bases de carácter procesal y orgánico, recordando que una de las reformas que mayor éxito ha tenido en cuanto a la efectiva brevedad de los juicios fue la realizada por Franz Klein en Austria, al finalizar el siglo anterior,¹⁸⁵ y que se tradujo tanto en la promulgación de nuevas disposiciones procesales como en la modificación sustancial de la judicatura.

67. Uno de los aspectos más importantes para abreviar los procesos consistiría en la implantación de la *oralidad* dentro de los límites que admite nuestro medio, pero esta aspiración, que se ha reiterado constantemente por los juristas latinoamericanos, se ha estrellado contra el muro impenetrable del desesperante sistema de escritura que heredamos de la vieja legislación española y que no hemos podido superar.¹⁸⁶

Pero la oralidad, así sea restringida, no puede lograrse sin una reestructuración a fondo de la judicatura, para suprimir viejos vicios burocráticos y para infundir un nuevo espíritu en nuestros juzgadores, lo que a primera vista se aprecia como una enorme tarea que no puede realizarse sino de manera paulatina.

título 219; Nicaragua, artículo 282; Panamá, artículo 183; y República Dominicana, artículo 209.

¹⁸⁴ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *El problema de la lentitud de los procesos y su solución en el ordenamiento mexicano*, cit., pp. 85-88.

¹⁸⁵ Sobre los resultados de la obra de Klein, cfr. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, "Nombre, extensión, técnica legislativa y sistemática del anteproyecto", en el curso colectivo sobre el anteproyecto del Código Distrital de 1948, *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, núms. 47-48, México, julio-diciembre de 1950, pp. 77-78; Eduardo J. Couture, *Proyecto de Código de Procedimiento Civil con exposición de motivos*, Montevideo, 1945, p. 40; Piero Calamandrei, "La obra de Francisco Klein y el proceso civil austriaco", en el volumen *Chiovenda. Recuerdo de Juristas*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1959, pp. 151-159.

¹⁸⁶ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Constitución y proceso civil*, cit., pp. 80-81.

XVI. EL ACCESO A LA JURISDICCIÓN

68. Es una materia que recientemente ha atraído la atención de los juristas latinoamericanos,¹⁸⁷ pero que todavía no se ha estudiado a nivel constitucional, a pesar de las hondas repercusiones que tiene sobre los derechos fundamentales de acción, de defensa y de igualdad procesales.

En efecto, se observa que el principio de igualdad de las partes se ha transformado en una situación puramente formal, en la que aquella que cuente con mayores recursos técnicos y económicos se encuentra en un nivel de superioridad frente a su adversario, y esto ha tratado de superarse en el proceso laboral, otorgando al trabajador ciertos privilegios procesales que se traducen en lo que se ha calificado de *igualdad por compensación*,¹⁸⁸ y en el proceso penal se ha pretendido equilibrar al acusado frente al ministerio público, otorgando al primero ciertas ventajas que se agrupan en el principio de *in dubio pro reo*.¹⁸⁹

69. Estos remedios procesales han aliviado relativamente a los justiciables que se encuentran en condiciones de inferioridad social, económica y cultural, pero no constituyen solución efectiva para lograr que amplios sectores de la población, muy numerosos en Latinoamérica, puedan lograr la prestación jurisdiccional en condiciones de igualdad y equilibrio.

Los instrumentos tradicionales para procurar asesoramiento legal a los justiciables carentes de recursos, tales como el llamado beneficio de pobreza;¹⁹⁰ la utilización de defensores de oficio; y la colaboración gratuita y voluntaria de los colegios de abogados;¹⁹¹ han resultado insuficientes para proporcionar auxilio jurídico a los que carecen de recursos suficientes para obtener los servicios profesionales de un abogado y cubrir los gastos del proceso.

70. Debido a esta situación, se inició en Inglaterra a partir del año

¹⁸⁷ Debe mencionarse que en el VII Congreso Nacional Argentino de Derecho Procesal, efectuado en la ciudad de Mendoza durante los días 9 a 14 de octubre de 1972, se examinó el tema de "La garantía de igualdad frente a la desigualdad económica de las partes. El beneficio de litigar sin gastos y la defensa gratuita. Su equidad y eficacia". Cfr. "Crónica. VII Congreso Nacional de Derecho Procesal", *Revista de Estudios Procesales*, núm. 14, Rosario, Argentina, diciembre de 1972, pp. 111-112.

¹⁸⁸ Cfr. Eduardo J. Couture, "Algunas nociones fundamentales del derecho procesal del trabajo", *Estudios de derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1948, tomo I, pp. 271 y ss.

¹⁸⁹ Cfr. Santiago Sentís Melendo, *In dubio pro reo*, Buenos Aires, 1971, pp. 48 y ss.

¹⁹⁰ El modelo que han tomado varios códigos procesales latinoamericanos sobre esta institución es el llamado "beneficio de defensa por pobre", según los artículos 13 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1881; cfr. José María Manresa y Navarro, *Comentarios a la ley de Enjuiciamiento Civil*, 4a. ed., Madrid, 1919, pp. 98 y ss.

¹⁹¹ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Constitución y proceso civil*, cit., pp. 66-67.

de 1949, la implantación de un nuevo sistema llamado *legal aid*,¹⁹² que con modalidades peculiares se ha implantado en 1964 en los Estados Unidos;¹⁹³ Francia en 1972;¹⁹⁴ Israel en 1973;¹⁹⁵ e Italia también en el año de 1973, pero exclusivamente en materia laboral y de la seguridad social.¹⁹⁶

Esta institución, que puede denominarse en español *asesoramiento jurídico y procesal*, significa sustituir el sistema tradicional de la ayuda voluntaria y gratuita de los colegios de abogados, dirigida exclusivamente a la defensa en juicio de los que carecen de recursos económicos, por un asesoramiento legal muy amplio por parte de organismos públicos, generalmente autónomos, que en su caso, también cubren los gastos del proceso, cuando el solicitante demuestra que sus ingresos son reducidos y que su reclamación no es ostensiblemente infundada.¹⁹⁷

71. Se nos dirá que en Latinoamérica ya existen los defensores de oficio, y en algunos ordenamientos, los procuradores de pobres, procuradores laborales y agrarios, etcétera, pero con independencia de que la actividad de estos funcionarios deja mucho que desear debido a una serie de factores adversos,¹⁹⁸ de cualquier manera, su actuación está inspirada, aun cuando no lo sea conscientemente, en principios caritativos que provienen de la Edad Media y se consagraron en la legislación colonial,¹⁹⁹ ya que toma como base el concepto de *pobreza*, o sea la insolventia económica total del solicitante; principios que se han

¹⁹² Cfr., entre otros, el estudio comparativo de Norman S. Marsh, "La asistencia jurídica y el imperio de la ley; notas para un estudio comparativo del problema", *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Ginebra, invierno de 1959, primavera-verano de 1960, pp. 107-131; y el más reciente, también de carácter comparativo, de Mauro Cappelletti y James Gordley, "Legal Aid; Modern Themes and Variations", *Stanford Law Review*, vol. 14, núm. 2, Stanford enero de 1972, pp. 347-421.

¹⁹³ Entre otros, cfr. Vittorio Denti, "L'assistenza giudiziaria ai poveri e la sua recente evoluzione", en su libro *Proceso civile e giustizia sociale*, Milán, 1972, pp. 36-41.

¹⁹⁴ Cfr. especialmente Bruno Oppetit, "La ayuda judicial", trad. de Héctor Fix-Zamudio, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 18, septiembre-diciembre de 1973, pp. 387-401.

¹⁹⁵ Cfr. Hal R. Liberman, "Israel Legal Aid Law: Remedy for Injustice?", *Israel Law Review*, Jerusalén, julio de 1974, pp. 413-436.

¹⁹⁶ Cfr. Giancarlo Pezzano, "La Gratuità de giudizio e il patrocinio statale", en el libro colectivo *Le controversie in materia di lavoro*, Bologna-Roma, 1974, pp. 561-577.

¹⁹⁷ Cfr., además de los autores mencionados en las notas anteriores, a Jacinta Rumi, "L'evoluzione dell'assistenza giudiziaria in Inghilterra", *Rivista di Diritto Processuale*, Padua, julio-septiembre de 1970, pp. 412-433; Gerald Dworkin, "The Progress and Future of Legal Aid in Civil Litigation", *The Modern Law Review*, Londres, julio de 1965, pp. 432-433.

¹⁹⁸ Sobre el sistema de la defensoría de oficio en todas las ramas procesales, cfr. Sergio García Ramírez, "Noticia sobre el defensor en el derecho mexicano", en el volumen colectivo *Comunicaciones Mexicanas al VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado (Pescara, 1970)*, México, 1971, pp. 391-406.

¹⁹⁹ Sobre los procuradores de las audiencias y cancillerías de las colonias españolas, puede consultarse el título 28, del libro segundo; y sobre los procuradores y defensores

superado en los nuevos sistemas, los que otorgan los servicios legales inclusive a personas de medianos recursos, en proporción a sus ingresos.²⁰⁰

72. Lo anterior significa que el asesoramiento legal se está transformando, como lo indican las disposiciones más recientes en los Estados Unidos e Inglaterra, en una prestación de *seguridad social*, en forma similar y paralela a los otros servicios, como los de carácter médico.²⁰¹

Este servicio de seguridad social se proporciona por medio de oficinas jurídicas que cuentan con personal técnico de tiempo completo, cuya remuneración se cubre con fondos públicos. Su expresión más evolucionada está representada por las *Neighborhood Law Firms* de los Estados Unidos.²⁰²

73. En los países socialistas, siguiendo el ejemplo de la Unión Soviética, el servicio de asesoramiento jurídico se presta sólo por oficinas públicas, ya que está prohibido el ejercicio libre de la abogacía,²⁰³ que es el sistema adoptado por la legislación cubana en época reciente, a través de los bufetes colectivos, según se expresó con anterioridad.

74. Debemos ser muy cautos para incorporar en las constituciones y en la legislación de nuestros países los nuevos sistemas de seguridad jurídica, ya que es preciso lograr previamente la transformación de la abogacía, pues si no se introduce en ella un espíritu de servicio social, corremos el riesgo de lograr sólo una ampliación burocrática de las actuales defensorías de oficio.

Sin embargo, lo anterior no significa que abandonemos la idea de un cambio paulatino, como el que se propuso al abordar el tema en el VII Congreso Nacional Argentino de Derecho Procesal, efectuado en la ciudad de Mendoza en octubre de 1972.²⁰⁴

XVII. ACTIVIDAD Y PASIVIDAD JUDICIAL

75. Esta materia es una de las más sencillas, ya que implica una mo-

de indios, el título 60. del libro sexto, de la *Recopilación de Las Leyes de Indias*, edición de 1841, Madrid, tomo I, pp. 303-305; y tomo II, pp. 249-250.

²⁰⁰ Mauro Paolo Cappelletti y James Gordley *Legal Aid*, cit., pp. 376-379; 406-418.

²⁰¹ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Constitución y proceso civil*, cit., pp. 70-75.

²⁰² Cfr. Daniel H. Loewenstein y Michel J. Waggoner, "Note. Neighborhood Law Offices: the New Wave in Legal Services for the Poor", *Harvard Law Review*, Cambridge, Mass, 1967, pp. 805-813.

²⁰³ Cfr. Paolo Pecori, "Il 'costo' del processo civile e i non abbenti nell'Unione Sovietica" *Rivista di Diritto Processuale, Padua*, abril-junio de 1970, pp. 261-262; Donald D. Berry y Harold J. Berman, *The Soviet Legal Profession*, cit., pp. 12-16; Lawrence N. Friedman y Zigurds I. Zile, *Soviet Legal Profession: Recent Developments in Law and Practice*, cit., pp. 39 y ss.

²⁰⁴ Consulte la crónica mencionada en la nota 187 de este trabajo.

dificación en la forma y en el espíritu de la prestación jurisdiccional.

Se ha puesto de relieve que los jueces formados en el sistema continental europeo han sido tradicionalmente pasivos, por la concepción derivada de la Revolución francesa, en cuanto a la aplicación mecánica de la ley, por lo que los propios jueces se limitan a vigilar el procedimiento, de la misma manera que un juez de campo vigila que los deportistas cumplan con las reglas del juego.²⁰⁵

76. Esta concepción está cambiando lentamente, en cuanto se ha llegado al convencimiento de que los organismos judiciales realizan una labor creativa y no simplemente aplicadora de las normas jurídicas, y por ello se ha llegado a la idea del juez *director* del proceso.²⁰⁶

El juez pasivo, simple espectador de la contienda, se transforma en un funcionario activo y dinámico, director del juicio, que no se abandona a la iniciativa de las partes, sino que las conduce hacia una solución más justa del conflicto.

Claro que esta transformación tiene sus peligros, ya que se puede alcanzar el extremo opuesto, del *dictador* del proceso, con lo cual se retrocedería hacia el viejo proceso de la Inquisición, en el cual las partes no son sujetos sino objetos del proceso.²⁰⁷

77. El problema es sumamente complejo, ya que no se puede alcanzar fácilmente el equilibrio entre los dos extremos, para lo cual debe intentarse, por una parte, la modificación de los códigos procesales de corte liberal, como lo son generalmente los latinoamericanos, salvo los más recientes, con objeto de dotar al tribunal de facultades de dirección del proceso, entre otras, respecto a la orientación de las partes sobre el alcance de sus pretensiones; la realización del llamado depuramiento procesal, es decir, corregir los vicios que puedan invalidar el procedimiento; la posibilidad de allegarse elementos de convicción que complementen los presentados por las partes; conducción personal de las audiencias —lo que implica la necesidad de implantar

²⁰⁵ Entre otros, *cfr.* el excelente estudio del profesor venezolano José Rodríguez U., *Autoridad del juez y principio dispositivo*, con un profundo y extenso prólogo de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Valencia, Venezuela, 1968.

²⁰⁶ *Cfr.* Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, "Liberalismo y autoritarismo en el proceso", en su obra *Estudios de teoría general e historia del proceso*, cit., tomo II, pp. 245-290; Hans Walter Fasching, "Liberalización y socialización del proceso civil", trad. de Raúl Necedal, *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, especialmente, pp. 43-82.

²⁰⁷ *Cfr.* Piero Calamandrei, *Proceso y democracia*, trad. de Héctor Fix-Zamudio, Buenos Aires, 1960, pp. 175-201.

una dosis así sea limitada de oralidad—; valoración de las pruebas de acuerdo con el sistema razonado o de la sana crítica.²⁰⁸

78. Lograr que los jueces latinoamericanos, tradicionalmente pasivos y carentes de iniciativa, asuman un papel de directores dinámicos del proceso, no será tampoco una tarea sencilla, aun en el supuesto de que se cuente con códigos procesales modernos, pues se sentirán poco inclinados a utilizar las facultades que les otorgan estos últimos.

Lo anterior resulta muy explicable, ya que la mayoría de nuestros jueces se han formado dentro de un concepto mecánico de la función judicial, y además encuentran serios obstáculos para realizar sus funciones, debido a bajas remuneraciones; falta de prestigio social; ausencia de una verdadera carrera judicial; presiones políticas y económicas; falta de colaboración de los abogados y de los auxiliares judiciales; carencia de elementos materiales, etcétera.

79. La disyuntiva entre la pasividad o la actividad del juzgador ha asumido una gran trascendencia en los últimos años y por ello figuró como uno de los temas del IX Congreso Internacional de Derecho Comparado que se efectuó en la ciudad de Teherán, Persia, en septiembre de 1974.²⁰⁹

En la ponencia general de esta materia, redactada por el profesor J. A. Jolowicz de la Universidad de Cambridge y para lo cual desafortunadamente no enviaron informes juristas latinoamericanos, se señalan los grandes obstáculos para lograr una transformación judicial, y coincidimos con el distinguido ponente en cuanto afirma que el papel activo del juzgador sólo puede efectuarse de manera equilibrada si cuenta con la colaboración de una abogacía independiente y con sentido de servicio social.²¹⁰

XVIII. CONCLUSIONES

Las conclusiones concretas que es posible establecer del análisis realizado en la ponencia son las siguientes:

Primera. Es necesaria una mayor aproximación entre los constitucionalistas y los cultivadores del procesalismo científico, con objeto de estudiar con mayor profundidad, en forma integral, las materias que comprenden las zonas de confluencia entre ambas disciplinas, y que tienen relación directa con la función del organismo judicial.

²⁰⁸ Cfr. en general, Mauro Cappelletti, *Procédure orale et procédure écrite*, Milán, Nueva York, 1971, especialmente pp. 87-99.

²⁰⁹ El tema respectivo se intituló: *The active functions of judges. Le rôle actif du Juge.*

²¹⁰ *The Active Role of the Court. General Report*, pp. 58-59 del ejemplar mimeografiado.

Segunda. Resulta indispensable la reafirmación de la función política del organismo judicial, entendida como intervención técnica, para determinar el alcance y el espíritu de las normas constitucionales, la que asume particular dificultad en el ámbito latinoamericano debido a la existencia de organismos ejecutivos predominantes, y en algunos casos dictatoriales; y esta función se centra en el control judicial de la constitucionalidad de las leyes reconocida en la mayoría de las cartas fundamentales de Latinoamérica, pero además en la interpretación directa o indirecta de las disposiciones supremas y la tutela de los derechos humanos consagrados en la Constitución.

Tercera. Si se quiere lograr la realización práctica de la justicia constitucional en América Latina, deben adoptarse una serie de reformas del organismo judicial entendido en un sentido integral y de conjunto, y para ello deben otorgarse a los tribunales administrativos, cualquiera que sea su encuadramiento formal, todas las facultades imperativas de la función judicial, incluyendo la de ejecutar coactivamente sus resoluciones contrarias a la administración; darle independencia al ministerio público, respecto del Ejecutivo, separando las atribuciones de asesoría y representación del gobierno, de la de representación social y persecución de los delitos, ya que esta última requiere de autonomía; y finalmente, configurar la abogacía latinoamericana con un nuevo espíritu de servicio social, que le permita abandonar su papel tradicional de profesional liberal, para asumir el de colaboración efectiva con el juzgador.

Cuarta. La función de órgano de justicia constitucional de los tribunales latinoamericanos, especialmente las cortes supremas, 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 podrían utilizarse los instrumentos de la *razonabilidad* que ha sostenido valientemente 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.

Quinta. 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

consagrar la declaración general de inconstitucionalidad, con objeto de darle verdadera eficacia práctica y respetar el derecho fundamental de la igualdad de los gobernados ante la ley, lo que por otra parte ya se practica en varios países de Latinoamérica.

Sexta. En la reorganización del aparato judicial latinoamericano, resulta conveniente la introducción del Consejo Judicial o de la Magistratura, integrado mayoritariamente por funcionarios judiciales, así como también con representantes de los otros departamentos, con objeto de vigilar el cumplimiento de las garantías judiciales, especialmente el nombramiento, promoción y responsabilidad de los jueces, y el establecimiento de una verdadera política judicial, que tendría la ventaja de evitar que el organismo judicial se transforme en un cuerpo cerrado y estratificado.

Séptima. El organismo judicial debe tener facultades colegislativas, es decir, poder presentar iniciativas ante el órgano legislativo de los ordenamientos relacionados con su función, y también la de formular dictámenes respecto a los proyectos que sobre esta materia redacten otras autoridades.

Octava. Debe insistirse en la necesidad de lograr la verdadera autonomía financiera de los tribunales latinoamericanos, y el sistema más adecuado es el de consagrar en el texto constitucional un porcentaje mínimo del presupuesto nacional, y la autonomía para su manejo.

Novena. Deben combatirse, hasta donde esto sea posible, las dos afecciones patológicas de la función judicial, es decir, la lentitud y la onerosidad procesales, que están íntimamente relacionadas, ya que especialmente desvirtúan la tutela de los derechos fundamentales y el control de la constitucionalidad de las leyes, así como los derechos de los justiciables, también constitucionales, de la acción y de la defensa en juicio; para ello es preciso actualizar los viejos códigos procesales, establecer un mínimo de oralidad, y reorganizar la judicatura.

Décima. El acceso a la jurisdicción como derecho fundamental de los justiciables no se alcanza de manera efectiva con los sistemas tradicionales, todavía practicados en Latinoamérica, de la justicia gratuita; el patrocinio voluntario de los abogados; el beneficio de pobreza o la defensoría de oficio. Además, debe estudiarse la posibilidad de adoptar, con las debidas precauciones, los nuevos instrumentos de la asesoría legal establecida recientemente en varios países que han llegado a concebir dicho asesoramiento como una institución de seguridad social.

Undécima. Debe modificarse la tradicional pasividad de los jueces latinoamericanos, otorgándoles facultades de dirección del proceso, con una dosis, así sea limitada, de oralidad, y la colaboración de una abogacía independiente dotada de espíritu de justicia social. Ello implica una serie de reformas que deben partir de una transformación de la enseñanza del derecho y el establecimiento de especialización de las diversas profesiones jurídicas.

VIII

EL JUICIO DE AMPARO EN LATINOAMÉRICA

Publicado en *Memoria de El Colegio Nacional*, 1977, México, 1978, pp. 101-138.
Aparecido también en la traducción al inglés del profesor Carl E. Schwarz, con el
título: "The Writh of Amparo in Latin America", en *Lawyer of the Americas. The
University of Miami Journal of International Law*, invierno de 1981, pp. 361-391.

SUMARIO: I. Necesidad del estudio comparativo. II. Significación jurídica del vocablo "amparo" en las legislaciones de Latinoamérica. III. Diversa amplitud protectora del juicio de amparo. IV. El juicio de amparo en Chile, Argentina, Venezuela y Perú. V. El amparo en Centroamérica y Panamá. VI. El amparo en las legislaciones más recientes: Bolivia, Paraguay y Ecuador. VII. El mandamiento de seguridad brasileño. VIII. El amparo contra actos de los grupos sociales. IX. El amparo y las situaciones de emergencia. X. El amparo latinoamericano.

I. NECESIDAD DEL ESTUDIO COMPARATIVO

1. Como una segunda parte del análisis panorámico del amparo mexicano, debe realizarse un breve examen, también de conjunto, sobre la proyección de la institución en el ámbito latinoamericano.

El estudio jurídico comparativo del juicio de amparo debe considerarse como una exigencia científica en nuestra época debido a dos motivos fundamentales:

a) El establecimiento de instituciones similares a la mexicana, inclusive con el mismo nombre, en numerosos ordenamientos constitucionales de Latinoamérica.

b) La trascendencia de los principios esenciales del amparo mexicano en varios documentos internacionales.

2. La institución mexicana ha influido directa o indirectamente en la consagración del instrumento procesal del mismo nombre en numerosos ordenamientos latinoamericanos, entre los cuales pueden señalarse los de Argentina, Bolivia, Chile, Costa Rica, Ecuador (al menos hasta el golpe de Estado de 1971), El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Venezuela, a los cuales deben agregarse el *mandado de segurança* del Brasil, que por sus puntos de contacto con la institución mencionada ha sido traducido por algunos autores al español como "mandamiento de amparo", y también el *habeas corpus* establecido en Perú, especialmente a partir de la ley 17 083 de 24 de octubre de 1974.

3. Por iniciativa de las delegaciones mexicanas, el juicio de amparo

se elevó a la categoría de institución de derecho internacional, ya que fue consagrado en los artículos XVIII y 8º, respectivamente, de las Declaraciones Americana y Universal de los Derechos del Hombre, la primera expedida en circunstancias dramáticas en la ciudad de Bogotá en el mes de mayo de 1948,¹ y la segunda promulgada por las Naciones Unidas, en París, en el mes de diciembre del mismo año de 1948;² documentos que hablan expresamente de un recurso sencillo y breve que *ampare* (en la versión oficial en español) contra los actos de cualquier autoridad.

El citado artículo 8º de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre fue reglamentado por el artículo 2º, fracción III, del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, aprobado por las Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966.³

A su vez, el artículo XVIII de la citada Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre fue reglamentado por el artículo 25 de la Convención Internacional Americana de los Derechos del Hombre, suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969.⁴

4. Como lo hicimos notar en el trabajo anterior, los juristas mexicanos se han ocupado sólo de manera eventual del desarrollo de la institución nacional, y por ello son escasos tanto los estudios relativos

¹ Dicho precepto dispone: "Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, puede disponer de un procedimiento sencillo y breve, por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente".

² De acuerdo con este precepto: "Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley".

³ En su parte conducente, dicha disposición establece: "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; b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y a desarrollar las posibilidades del recurso judicial; y, c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se ha estimado procedente el recurso."

⁴ Según el citado artículo 25: "1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la 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."

a otras legislaciones latinoamericanas,⁵ como los elaborados en el campo del derecho internacional.⁶

Si bien no con la amplitud y minuciosidad con las que han analizado el juicio de amparo mexicano, los tratadistas estadounidenses⁷ y de Latinoamérica,⁸ por un lado, y los juristas europeos, por el otro,⁹ han

⁵ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "Derecho comparado y derecho de amparo", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, III, núm. 8, México, 1970, pp. 827-349.

⁶ Cfr. Felipe Tena Ramírez, "El amparo mexicano, medio de protección de los derechos humanos", en el volumen *El amparo mexicano y los derechos humanos*, México, 1975, pp. 12-75; *id.*, "El aspecto mundial del amparo. Su expansión internacional", en la obra *México ante el pensamiento jurídico-social de Occidente*, México, 1955, pp. 120-152; Germán Fernández del Castillo, "La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre", en el volumen *México en la IX Conferencia Internacional Americana*, México, 1949, pp. 149-166.

⁷ Si bien, como queda dicho, son más abundantes los trabajos de los tratadistas estadounidenses sobre el amparo mexicano, sin embargo existen algunos de carácter comparativo en el ámbito latinoamericano, entre los cuales pueden citarse, el clásico estudio de Phanor J. Eder, "Judicial Review in Latin American", *Ohio State Law Journal*, 1960, pp. 570-615; los del profesor J. A. C. Grant, particularmente el publicado en español, *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes*, México, 1963; así como los materiales recopilados por Kenneth L. Karst, en su obra *Latin American Institutions: Problems of Comparative Study*, Los Ángeles, 1966, particularmente pp. 607-675; y por el mismo Kenneth L. Karst conjuntamente con Keith S. Rosenn, *Law and Development in Latin America. A Case Book*, Berkeley, Los Angeles, Londres, 1975, pp. 77-183; y también puede citarse el reciente trabajo de Robert E. Biles, "The Position of the Judiciary in the Political Systems of Argentina and Mexico", *The Lawyer of the Americas*, Coral Gables, Florida, junio de 1976, pp. 287-319.

⁸ Además de los autores mencionados en la nota 2 de nuestro trabajo "Breve introducción al juicio de amparo mexicano", *Memoria de El Colegio Nacional*, 1976, México, 1977, p. 142 podemos agregar nuestros estudios que tienen el propósito de lograr una visión panorámica de los instrumentos latinoamericanos de la tutela de los derechos humanos, entre los cuales, por supuesto, destaca el juicio de amparo: "La protección procesal de las garantías individuales en América Latina" *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, núm. 3, Madrid, 1967, pp. 9-85; reproducido en *Boletín del Colegio de Abogados de Guatemala*, pp. 2-22; y actualizado en *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Ginebra, diciembre de 1968, pp. 69-111, este último trabajo traducido al inglés, francés y alemán, en los números de esta revista, de la misma fecha, publicados en esos idiomas: "Diversos significados jurídicos del amparo en el derecho iberoamericano", *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núm. 52, 1965, pp. 119-152; y posteriormente en *Rivista di Diritto Agrario*, Milán, 1967, pp. 502-543; "Verfassungskontrolle in Lateinamerika", trad. al alemán por Hans-Dieter Nahme y Hans Rudolph Horn, *Jahrbuch des öffentliche Rechts der Gegenwart*, Tübingen, 1976, pp. 649-693; Segundo V. Linares Quintana, *Acción de amparo. Estudio comparado con el juicio de amparo de México y el mandado de seguridad de Brasil*, Buenos Aires, 1960; Enrique Vescovi, *El proceso de inconstitucionalidad de la ley*, Montevideo, 1967; Alberto Borea Odría, *La defensa constitucional: el amparo*, Lima, 1977.

⁹ En realidad, la gran mayoría de los estudios de los juristas europeos se refieren al amparo mexicano, pero con un criterio comparativo podemos mencionar los trabajos del jurista español Jesús González Pérez, "El proceso de amparo en México y en Nicaragua", *Revista de Administración Pública*, Madrid, 1954, pp. 297-321; y el tratadista alemán Hans Christoph von Rohr, *Der argentinische Amparo-Prozess unter Berücksichtigung ähnlicher Verfahrensarten in Brasilien, Mexico and Peru* (El proceso de amparo argentino considerando procedimientos similares de Brasil, México y Perú), Bonn, 1969.

efectuado estudios de tipo comparativo en el ámbito latinoamericano; por otra parte, son numerosos los trabajos que se ocupan de instituciones de carácter nacional,¹⁰ y dentro de estos últimos sobresalen los publicados en Argentina¹¹ y en Brasil.¹²

II. SIGNIFICADO JURÍDICO DEL VOCABLO "AMPARO" EN LAS LEGISLACIONES DE LATINOAMÉRICA

5. En nuestro trabajo anterior sobre el juicio de amparo mexicano observamos que esta denominación tuvo su origen en el derecho hispánico, y lo mismo ha ocurrido con la adaptada en otros ordenamientos de Latinoamérica, en los cuales asume varios significados jurídicos, todos ellos derivados de la tradición española.

Un examen superficial nos lleva al convencimiento de que han sido tres las acepciones tradicionales del término "amparo", consagradas en el derecho de la metrópoli y que después influyeron en Latinoamérica:

6. En primer término se utilizó el vocablo como sinónimo de *recurso o medio de impugnación* de las resoluciones judiciales, según

¹⁰ Entre otros, a los estudios, del boliviano Enrique Oblitas Poblete, *Recurso de amparo*, La Paz, 1967; del venezolano Ramón Escovar Salom, *El amparo en Venezuela*, Caracas, 1971, y del guatemalteco Mario Aguirre Godoy, *Protección procesal de los derechos humanos*, Quetzaltenango, 1972, pp. 8-16.

¹¹ Como la acción de amparo en Argentina ha sido objeto de un análisis doctrinal sumamente amplio, nos limitaremos a señalar de manera exclusiva a los libros monográficos en esta nota, sin perjuicio de extender las citas bibliográficas en su oportunidad, y al respecto podemos destacar las obras de Genaro R. Carrió, *Recurso de amparo y técnica judicial*, Buenos Aires, 1959; Segundo V. Linares Quintana, *Acción de amparo*, cit., *supra*, nota 8; José Faustino D'Hers, *Práctica de la petición de amparo*, Buenos Aires, 1960; Germán J. Bidart Campos, *Derechos de amparo*, Buenos Aires, 1961; *id.*, *Régimen legal y jurisprudencial del amparo*, Buenos Aires, 1968; Abel Houssay, *Amparo judicial. El caso Kot y su influencia en la jurisprudencia*, Buenos Aires, 1961; Alfredo Orgaz, *El recurso de amparo. Comentario a los casos "Siri" y "Kot"*, Buenos Aires, 1961; Carlos Sánchez Viamonte, *Juicio de amparo*, Buenos Aires, 1963; Rafael Bielsa, *El recurso de amparo. Análisis doctrinal, jurisprudencia*, Buenos Aires, 1965; José Luis Lazzarini, *El juicio de amparo*, Buenos Aires, 1967; Augusto Mario Morello, *Régimen procesal del amparo en la provincia de Buenos Aires*, La Plata, Argentina, 1966.

¹² Como en el caso del amparo argentino, también el llamado *mandado de segurança*, que puede traducirse como mandamiento de seguridad o de amparo, en el Brasil, se ha analizado profundamente por la doctrina, de manera que indicárcmos únicamente los estudios monográficos, entre los cuales destacan los de los tratadistas Themístocles Brandão Cavalcanti, *Do mandado de segurança*, 4a. ed., Río-São Paulo, 1957; Tito Galvão Filho, *Dicionário de jurisprudência no mandado de segurança*, Curitiba, Paraná, 1960; Ary Florencio Guimarães, *O ministério público no mandado de segurança*, Curitiba, Paraná, 1959; Jos-Castro Nunes, *Do mandado de segurança e outros meios de defesa contra atos de poder público*, 6a. ed., Río-São Paulo, 1961; Arnold Wald, *Do mandado de segurança na prática judiciária*, 3a. ed., Río de Janeiro, 1968; J. M. Othon Sidou, *Do mandado de segurança*, 3a. ed., São Paulo, 1969; Hely Lopes Meirelles, *Mandado de segurança e ação popular*, 2a. ed., São Paulo, 1969.

aparece en una de las codificaciones legislativas que mayor influencia tuvieron en las colonias españolas de América, es decir, la compilación efectuada por el rey de Castilla y León, Alfonso, el Sabio (1221-1284) y que se conoce como Las Siete Partidas.

En este sentido, en la parte introductoria del título XXIII de la partida tercera se utilizan los vocablos "amparo" y "amparamiento" para designar los medios de impugnación de las sentencias judiciales, y por ello es que con frecuencia se utiliza en el lenguaje jurídico latinoamericano la frase "recurso de amparo".¹³

7. En segundo lugar, el nombre de amparo se ha utilizado para designar a los *interdictos posesorios*, que en la mayoría de los casos, de acuerdo con el derecho español, proceden para la tutela de la posesión de bienes raíces, pero que en ocasiones también se utilizó para la protección de los derechos de carácter personal.

Este es el significado que tuvieron los llamados "reales amparos" o "amparos coloniales", examinados por varios historiadores en la legislación y en la práctica de las colonias españolas en América, esencialmente para proteger las tierras de las comunidades indígenas contra la codicia de los colonos españoles, tutela encomendada a los virreyes, audiencias y capitanes generales.¹⁴

Se conserva todavía la expresión de interdicto de amparo para designar al instrumento para mantener en la posesión de predios urbanos o rústicos contra intentos de despojo, generalmente por parte de otros particulares, y así lo descubrimos en los códigos procesales civiles de Honduras,¹⁵ Nicaragua,¹⁶ El Salvador,¹⁷ Costa Rica,¹⁸ Guatemala,¹⁹

¹³ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "Diversos significados jurídicos del amparo en el derecho iberoamericano", *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núm. 52, 1965, p. 123, nota 12.

¹⁴ Cfr. José María Ots Capdequi, *España en América. El régimen de las tierras en la época colonial*, México, 1959, pp. 38 y ss., P. B. Coy, "Justice for the Indian in Eighteenth Century Mexico", *The American Journal of Legal History*, vol. XVIII, núm. 1, Philadelphia, 1968, pp. 44-48; Andrés Lira González, *El amparo colonial y el juicio de amparo*, México, 1972, pp. 17-69; José Francisco Pedraza, *Amparo promovido por los naturales de Santa María del Río, S. L. P., 1683*, San Luis Potosí, 1970.

¹⁵ Artículos 661 a 674 del Código de Procedimientos (Civiles y penales), de Honduras, de 8 de febrero de 1906.

¹⁶ Artículos 1654 y 1655 del Código de Procedimientos Civiles de Nicaragua, de 7 de noviembre de 1905.

¹⁷ Con el nombre de *juicio de amparo de posesión* está regulado por los artículos 778 y 781 del Código de Procedimientos Civiles de 31 de diciembre de 1881, con diversas reformas posteriores. Cfr. René Padilla y Velasco, *Apuntes de derecho procesal civil salvadoreño*, San Salvador, tomo I, pp. 68-75.

¹⁸ El *amparo de posesión* está regulado por los artículos 660 y 661 del Código de Procedimientos Civiles de Costa Rica, de 25 de enero de 1933, reformado el 23 de diciembre de 1937.

¹⁹ Este interdicto de amparo de posesión está reglamentado por los artículos 253 y

Bolivia²⁰ y Venezuela,²¹ en la inteligencia de que en los dos últimos países también existe la posibilidad de intentar un procedimiento ante las autoridades policíacas, con el mismo propósito, y por ello recibe el nombre de "amparo administrativo".²²

8. El tercero y último significado es el relativo a un *instrumento procesal para la protección de los derechos de la persona humana*, que es el que debe considerarse de mayor importancia, pues ha trascendido precisamente a la institución que tutela los citados derechos consagrados en las constituciones políticas de los países latino-americanos.

Como lo expresamos en el estudio sobre el amparo mexicano, esta acepción deriva fundamentalmente de los procesos forales aragoneses, particularmente del relativo a la "manifestación de las personas", que antes de su decadencia provocada por el absolutismo de Felipe II, a finales del siglo XVI, tuvo un desarrollo superior al *habeas corpus* británico de la misma época.²³

Si bien el derecho del reino de Aragón —que se unió al de Castilla por el matrimonio de Isabel y Fernando, los "Reyes Católicos", a fines del siglo XV—, no se aplicó directamente a las colonias españolas,

254 del Código Procesal Civil y Mercantil de la República de Guatemala, de 14 de septiembre de 1963, en vigor a partir del primero de julio de 1964.

²⁰ El capítulo 3o. del título 6o, libro II, del Código de Procedimiento Civil boliviano de 14 de noviembre de 1832, reformado en 1857, regula en sus artículos 542 a 551 los llamados *juicios de amparo de posesión*.

²¹ El *interdicto de amparo* se encuentra regulado por el artículo 782 del Código Civil de 13 de julio de 1942, así como de los artículos 59-66 y siguientes del Código de Procedimiento Civil de 4 de julio de 1916. Cfr. Armando Hernández Bretón, *Código Civil Venezolano*, 2a. ed., Caracas, 1961, pp. 123 y ss., *id.*, *Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Caracas, 1963, pp. 300 y ss.; Pedro Pineda León, *Lecciones elementales de derecho procesal civil*, 2a. ed., Mérida, Venezuela, 1964, tomos III y IV, pp. 237-259; Ramiro Antonio Parra, *Acciones posesorias*, Caracas, 1956, pp. 151 y ss.; Luis Loreto, "El interdicto de amparo y su función recuperatoria", en su libro *Estudios de derecho procesal civil*, Caracas, 1956, pp. 322-332; Leonardo Certad, *La protección posesoria. Teoría general en el derecho venezolano*, Caracas, 1964, pp. 95 y ss.

²² Tratándose de Bolivia, esta institución está comprendida por los artículos 29, fracción primera, de la Ley de Organización Política de 3 de diciembre de 1888, y 53, fracción II, del decreto de 10 de enero de 1903, y la protección corresponde a los prefectos de los departamentos, extendiéndose también a los derechos de los concesionarios de títulos mineros, en los términos de los artículos 92 y 93 del Código de Minería de 7 de mayo de 1965, y en este último caso, la tramitación y resolución corresponde a los subprefectos de los propios departamentos. Y por lo que se refiere a Venezuela, el amparo administrativo ha sido consignado en los códigos de policía de carácter provincial, pudiendo citarse como ejemplos a los artículos 211 a 213 del Código de Policía del Estado de Carabobo, y el artículo 206 del Código de Policía del Estado de Mérida.

²³ Cfr. Víctor Fairén Guillén, "Consideraciones sobre el proceso aragonés de 'manifestación de las personas', en relación con el *habeas corpus* británico", *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, 1963; pp. 9-47; Francisco Sáenz de Tejada y Olazaga, *El derecho de manifestación aragonés y el habeas corpus inglés*, Madrid, s.f.

ya que las llamadas Leyes de Indias,²⁴ se inspiran esencialmente en el derecho castellano; los fueros aragoneses fueron conocidos por los juristas que vivían en dichas colonias, y adquirieron un prestigio romántico particularmente por lo que se refiere a la figura legendaria del justicia mayor.²⁵

III. DIVERSA AMPLITUD PROTECTORA DEL JUICIO DE AMPARO

9. Tomando en cuenta la trascendencia del juicio de amparo en otros países latinoamericanos, debemos advertir que las instituciones de este nombre poseen diversos ámbitos de aplicación.

En efecto, no obstante la semejanza de los nombres, su extensión protectora no es idéntica, pero poseen un elemento común que, según se ha dicho, es el relativo a la protección por parte de los tribunales, de todos o de un sector de los derechos de la persona humana, tanto en su dimensión individual como social.

Desde este punto de vista podemos señalar tres categorías en el amparo latinoamericano:

10. En primer término, en el derecho chileno, el recurso de amparo debe considerarse como un equivalente del tradicional *habeas corpus*, es decir, que sólo se utilizaba —con anterioridad al gobierno militar instaurado en septiembre de 1973, que prácticamente lo ha suspendido a través de disposiciones de emergencia— como un instrumento procesal para la protección de la libertad personal, cuando ha sido afectada por un acto de autoridad.

11. En la mayoría de los ordenamientos latinoamericanos que consagran la institución, el amparo se interpone para lograr la tutela de todos los derechos humanos establecidos en la Constitución política, con la exclusión de la libertad personal, protegida específicamente por el

²⁴ El tratadista estadounidense Phanor Eder J. advierte cómo el derecho indiano se estructuró fundamentalmente sobre el modelo del derecho de Castilla, y a este motivo atribuye la circunstancia de que los procesos forales aragoneses no trascendieran directamente a las Leyes de Indias, en su estudio "*Habeas Corpus Disembodied. The Latin American Experience*", en el volumen *XXth. Century Comparative and Conflicts of Law. Legal Essays in Honor of Hessel E. Yntema*, Leiden, 1961, p. 464.

²⁵ Sobre el justicia mayor de Aragón y los procesos forales existe una literatura muy amplia, por lo que sólo citaremos los estudios que consideramos más significativos, entre los cuales destaca el documento análisis del historiador y procesalista español Víctor Fairén Guillén, *Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo*, México, 1971; Francisco Sáenz de Tejada y Olazaga, *El derecho de manifestación aragonés y el habeas corpus inglés*, cit., *supra*, nota 23; Carlos López de Haro, *La Constitución y libertades de Aragón y el justicia mayor*, Madrid, 1926; Mariano Gómez, "El justicia mayor de Aragón y los sistemas modernos de amparo judicial", *La Ley*, Buenos Aires, 31 de diciembre de 1940, pp. 1-4; Amelia Lezcano de Podetti, "Justicia mayor", *Enciclopedia Iurídica Omeba*. Buenos Aires, 1963, tomo XVII, pp. 680 y ss.

habeas corpus; pero también debe advertirse que en Guatemala, y especialmente en Honduras y Nicaragua, el amparo también se emplea para la impugnación de leyes inconstitucionales pero con efectos particulares para el caso concreto.

12. Finalmente, el juicio de amparo mexicano posee una estructura compleja y peculiar, pues como lo expresamos al analizar esta institución con anterioridad, su esfera tutelar se ha extendido a todo el ordenamiento jurídico mexicano, tanto en su dimensión constitucional como respecto de las disposiciones legales secundarias y aun de carácter reglamentario.

En esa ocasión expresamos que el propio amparo mexicano posee *cinco funciones diversas*, ya que comprende la tutela de la vida y de la libertad personal de una manera similar al clásico *habeas corpus*, y que hemos calificado como "amparo de la libertad"; se pueden impugnar las leyes inconstitucionales, a través de lo que se ha calificado como "amparo contra leyes"; también se utiliza el amparo para combatir las resoluciones judiciales de todos los tribunales del país, y en esta dirección se habla de "amparo-casación"; pueden atacarse por conducto del amparo los actos de las autoridades administrativas, y entonces se conoce como "amparo administrativo", y finalmente, debido a las reformas de 1963 y 1976, también es posible considerar un sector protector de los derechos de los campesinos sujetos a la reforma agraria, que recibe el nombre de "amparo en materia agraria ejidal y comunal".

Nos remitimos en esta ocasión a lo que expresamos en su oportunidad sobre la estructura compleja del amparo mexicano,²⁶ pues sólo recordamos esta situación para comprender las diferencias de la institución mexicana respecto de las restantes del mismo nombre en los ordenamientos latinoamericanos.

IV. EL JUICIO DE AMPARO EN CHILE, ARGENTINA, VENEZUELA Y PERÚ

13. Ya hemos mencionado que en la legislación chilena anterior al gobierno militar establecido en 1973, el llamado "recurso de amparo" sólo tutelaba la libertad personal, con una función similar al *habeas corpus* tradicional, de acuerdo con lo establecido por el artículo 16 de la Constitución de 1925, reformada en varias ocasiones, precepto reglamentado por los artículos 306 a 317 del Código de Procedimiento Penal de 30 de agosto de 1934, así como por el auto acordado

²⁶ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Breve introducción al juicio de amparo mexicano*, cit., *supra*, nota 8, pp. 152-167.

de la Suprema Corte, de 19 de diciembre de 1932, sobre tramitación y fallo del propio recurso de amparo.²⁷

En síntesis, podemos afirmar que el citado recurso de amparo chileno únicamente podía ser promovido por los afectados contra detenciones indebidas, malos tratamientos en los lugares de detención, o bien respecto al procesamiento ante juez penal incompetente.²⁸

14. Tal vez el país en el cual, con excepción de México, el juicio de amparo ha experimentado un desarrollo doctrinal, legislativo y jurisprudencial más amplio en los últimos años, lo ha sido la República Argentina.²⁹

Resulta difícil describir esta evolución, por lo que sólo trataremos de trazar una visión panorámica de esta institución protectora.

Al respecto, podemos afirmar que este desarrollo se ha manifestado en una doble dirección:

a) En forma similar a lo que ocurrió en 1841 en el Estado de Yucatán, México, el recurso o acción de amparo surgió primeramente en el ámbito legislativo provincial, específicamente en el artículo 17 de la Constitución de la Provincia de Santa Fe, de 1921, y reglamentado por la Ley de Amparo número 2994 de primero de octubre de 1935; posteriormente el amparo fue consagrado en el artículo 22 de la Constitución de Santiago del Estero, de 2 de junio de 1939, y en los artículos 673 a 685 del Código de Procedimientos Civiles de esta provincia, expedido en el año de 1944; y además, en el artículo 33 de la Constitución de la Provincia de Mendoza, de 31 de mayo de 1949.

Con posterioridad a la revolución 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 por las siguientes disposiciones de carácter constitucional: Constitución de Corrientes, artículo 145, fracción 13 (17 de agosto de 1960); de Chubut, artículo 34

²⁷ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "Latin American Procedures for the Protection of the Individual", *Journal of the International Commission of Jurists*, vol. IX, núm. 2, diciembre de 1968, pp. 68 y 78; Alejandro Silva Bascañán, *Tratado de derecho constitucional*, Santiago, 1963, tomo II, pp. 324-332; Jorge Mario Quinzio Figueiredo, *Manual de derecho constitucional*, Santiago, 1969, pp. 243-246; Mario Bernaschina González, *Manual de derecho constitucional*, 3a. ed., Santiago, 1958, tomo II, pp. 161-163.

²⁸ Cfr. Carlos Estévez Gasmuri, *Elementos de derecho constitucional*, Santiago, 1949, pp. 143-144; Elena Caffarena de Giles, *El recurso de amparo frente a los regímenes de emergencia*, Santiago, 1957, pp. 152-187.

²⁹ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Latin American Procedures for the Protection of the Individual*, cit., *supra*, nota 27, pp. 79-81; Phanor J. Eder, *Judicial Review in Latin America*, cit., *supra*, nota 7, pp. 603-604; Hans Christoph von Rohr, *Der argentinische Amparo-Process...*, cit., *supra*, nota 9; Julio A. Barberis, "Verfassungsgerichtsbarkeit in Argentinien" (La jurisdicción constitucional en Argentina), en el volumen colectivo *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart* (La jurisdicción constitucional en la actualidad), Colonia, Berlín, 1962, pp. 39-74.

(26 de noviembre de 1957); de Formosa, artículo 20 (30 de noviembre de 1957); de Misiones, artículos 16 a 18 (21 de abril de 1958); de la Pampa, artículo 16 (6 de octubre de 1960); de Río Negro, artículo 11 (10 de diciembre de 1957); de Santa Cruz, artículo 15 (6 de noviembre de 1957); y de Santa Fe, artículo 17 (14 de abril de 1962).

Además de las disposiciones constitucionales se expidieron numerosas leyes locales de amparo, y sólo para destacar la importancia legislativa de esta institución enumeramos en forma breve a los siguientes ordenamientos; Ley 2994, de Santa Fe (primero de octubre de 1935); Entre Ríos, número 2582 (27 de noviembre de 1946, reformada por Decreto 16640 de 1963); Mendoza, número 2355 (7 de octubre de 1954); Santa Cruz, número 11 (17 de julio de 1958); San Luis, número 2596 (30 de julio de 1958); Misiones, número 146 (14 de noviembre de 1961); La Rioja, número 2690 (7 de septiembre de 1960, pero publicada el 12 de octubre de 1962); Buenos Aires, número 7166 (10 de diciembre de 1965, reformada el 30 de diciembre de 1966); Córdoba, número 5915 (9 de enero de 1967), y finalmente, la nueva Ley 7053 de Santa Fe (19 de diciembre de 1973).³⁰

En estos ordenamientos de carácter provincial, la acción o recurso de amparo se configuró como un procedimiento sencillo y breve, para la tutela de los derechos de la persona humana consagrados en las propias constituciones locales, respecto de cualquier acto de autoridad; también, siguiendo en esto la jurisprudencia de los tribunales federales, se extiende dicha protección en algunos de estos ordenamientos, a los actos de los grupos de presión, excluyéndose a la libertad personal, debido a que se encuentra protegida por el *habeas corpus*.

b) El segundo aspecto de la evolución del amparo debemos referirlo al ámbito nacional, tomando en consideración que de acuerdo con el sistema federal argentino, la legislación procesal es coincidente entre las provincias y la Federación.³¹

En este sector primero surgió la institución a través de la jurisprudencia de los tribunales federales, particularmente de la Corte

³⁰ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "Introducción al estudio procesal comparativo de la protección interna de los derechos humanos", en el volumen colectivo *Veinte años de evolución de los derechos humanos*, México, 1974, pp. 205-207; *id.*, *Verfassungskontrolle in Lateinamerika*, cit., *supra*, nota 8, pp. 667-668; *id.*, *Latin American Procedures*, cit., *supra*, nota 29, pp. 79-80; Segundo V. Linares Quintana, *Derecho constitucional de las nuevas provincias*, Buenos Aires, 1962; César E. Romero, "Acción de amparo de los derechos y garantías constitucionales", *Revista Jurídica de Buenos Aires*, abril-junio de 1958, pp. 79-96.

³¹ Cfr. Hugo Alsina, *Tratado teórico-práctico de derecho procesal civil y comercial*, 2a. ed., Buenos Aires, tomo II, pp. 43-49; Germán J. Bidart Campos, *Manual de derecho constitucional argentino*, 4a. ed., Buenos Aires, 1975, pp. 419-425.

Suprema de Justicia de la Nación, y sólo con posterioridad recibió consagración legislativa.

Son clásicos los dos fallos iniciales de la misma Corte Suprema de la Nación Argentina en los casos Angel Siri (27 de diciembre de 1957), y Samuel Kot (5 de septiembre de 1958),³² los cuales dieron lugar a numerosas decisiones de la misma Corte y de otros tribunales federales, que establecieron los lineamientos de la institución.

El argumento sustentado en los dos primeros casos citados —que modificaron el criterio tradicional de la Corte Suprema que se negó a aceptar la procedencia de la acción de amparo debido a su falta de regulación legislativa—, se hizo consistir en la necesidad de tutelar de manera inmediata los derechos fundamentales de la persona humana consagrados constitucionalmente —con excepción de la libertad personal ya protegida por el *habeas corpus*— no obstante la ausencia de una reglamentación expresa de esta institución procesal, de acuerdo con el concepto de “garantía implícita” de la propia Constitución.³³

Es preciso decir algunas palabras sobre este concepto de “garantía constitucional implícita”, que se ha establecido en algunas constituciones latinoamericanas,³⁴ pero que se desconoce en otras, entre ellas la

³² Han sido muy numerosos los comentarios a estos dos casos de jurisprudencia, dando lugar inclusive a estudios monográficos como los de los tratadistas Genaro R. Carrió, *Recurso de amparo y técnica judicial*, cit., *supra*, nota 11, y que lleva el subtítulo de *Análisis crítico del caso “Kot”*; Abel Houssan, *Amparo judicial. El caso Kot y su influencia en la jurisprudencia*; y de Alfredo Orgaz, *El recurso de amparo. Comentario a los casos “Siri” y “Kot”*, ambos citados en la nota número 11; pero además pueden mencionarse los importantes artículos de Segundo V. Linares Quintana, “Modificación de la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el amparo de la libertad”, *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”, *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 18 y 19 de junio de 1958; Carlos A. Tagle, “El amparo judicial de los derechos fundamentales”, *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*, y del mismo Kenneth L. Karst con Keith S. Rosenn, *Law and Development in Latin America*, ambos citados, *supra*, nota 7, pp. 652-658 y 161-165, respectivamente.

³³ Es pertinente transcribir este párrafo significativo del fallo dictado por la Corte Suprema en el mencionado asunto “Ángel Siri”, el 27 de diciembre de 1957: “Que basta esta comprobación inmediata para que la garantía constitucional invocada sea restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente: las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias, las cuales sólo son requeridas para establecer ‘en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación’, como dice el artículo 18 de la Constitución, a propósito de una de ellas...”. *Cfr.* Karst y Karst-Rosenn, obras citadas nota anterior, pp. 653 y 162, respectivamente.

³⁴ Este principio de los derechos o garantías implícitos, según el modelo de la Constitución de los Estados Unidos, ha sido consagrado en las siguientes constituciones

mexicana; institución que tiene su origen en la enmienda IX de la Constitución de los Estados Unidos, en cuya parte relativa se establece: "La enumeración de ciertos derechos que se hacen en esta Constitución no deberá interpretarse como denegación o menoscabo de otros derechos que conserva el pueblo".³⁵

Al respecto, el artículo 33 de la carta fundamental de Argentina dispone: "Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno".³⁶

Por otra parte, se pretendió incorporar al juicio de amparo dentro de los preceptos constitucionales, como ya se había efectuado en las constituciones provinciales, por ello, en la Convención Constituyente de Santa Fe, que se reunió en esa ciudad en los meses de agosto a noviembre de 1957, se presentaron numerosas proposiciones en este sentido, e inclusive se redactó un proyecto de artículo, que no llegó a aprobarse.³⁷

Debe hacerse notar que las decisiones judiciales fueron construyendo una institución muy flexible, que procedía para la tutela de los derechos humanos consagrados por la Constitución nacional, incluyendo los calificados como "implícitos", en el sentido mencionado anteriormente, excluyendo únicamente a la libertad personal tutelada por el *habeas corpus*; y los mismos fallos judiciales, de manera paulatina, extendieron la protección de tales derechos contra actos de cualquier autoridad, incluyendo organismos públicos descentralizados, y

latinoamericanas: Argentina (artículo 83); Bolivia (artículo 35); Brasil (artículo 153, parágrafo 36); República Dominicana (artículo 10); Guatemala (artículo 77); Honduras (artículos 52 y 145); Paraguay (artículo 80); Uruguay (artículo 72), y Venezuela (artículo 50).

³⁵ Aun cuando el citado precepto de la Constitución Federal de los Estados Unidos ha servido de modelo a otros preceptos de constituciones latinoamericanas, según se ha visto, en los propios Estados Unidos ha tenido escasa aplicación por los tribunales. Cfr. la edición del Senado Federal, *The Constitution of the United States of America. Analysis and Interpretation*, Washington, 1973, pp. 1257-1259.

³⁶ No obstante su importancia, este precepto ha sido escasamente comentado por los constitucionalistas argentinos, y su aplicación se ha referido casi exclusivamente a la introducción de la acción de amparo como institución de jurisprudencia. Cfr. Joaquín V. González, *Manual de la Constitución Argentina*, primera edición, 1897, Buenos Aires, 1971, pp. 111-112, autor invocado en el fallo "Ángel Siri"; más recientemente, Juan Casiello, *Derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, 1954, pp. 278-281; Germán J. Bidart Campos, *Manual de derecho constitucional argentino*, cit., *supra*, nota 31, pp. 273-274.

³⁷ Cfr. *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente*, Buenos Aires, 1958, tomo II, pp. 840, 851, 862, 891, 947, 969, 1010-1020; César Enrique Romero *Acción de amparo de los derechos y garantías constitucionales*, cit., *supra*, nota 30, pp. 85-86.

grupos de presión, esto último según lo resuelto por la Corte Suprema en el caso "Samuel Kot", que señalamos con anterioridad.³⁸

Resulta conveniente transcribir el artículo 1º del proyecto de Ley de Amparo redactado por el Ejecutivo nacional y remitido al Congreso federal en el mes de julio de 1964,³⁹ ya que en dicho precepto se condensaron las bases de la institución argentina, tal como se le consideraba en esa época por las decisiones de los tribunales federales:

La acción de amparo procederá contra toda conducta, autoridad, funcionario o empleado público, o actos de particulares, aun cuando se fundamente en Ley, que en forma actual o inminente lesionen, restrinjan, alteren o amenacen con ilegalidad o arbitrariedad los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional, siempre que no existan otros recursos judiciales o administrativos, que permitan obtener el mismo resultado, o que, existiendo, no fueren manifiestamente idóneos para la protección inmediata del derecho o garantía constitucional.⁴⁰

Finalmente, se expidió la Ley Nacional sobre Acción de Amparo, número 16 986, de 18 de octubre de 1966,⁴¹ que se consideró restrictiva de la amplitud tutelar que habían establecido las decisiones de los tribunales federales, y por ello recibió numerosas críticas doctrinales, en cuanto redujo el ámbito de la protección exclusivamente respecto de actos de autoridad, y además determinó su improcedencia respecto de los actos que pongan en peligro la continuidad de los servicios públicos, o aquellos provenientes de los órganos de la seguridad nacional,

³⁸ Sobre el desarrollo de jurisprudencia de la acción de amparo en el ámbito nacional, a partir de los fallos "Siri" y "Kot", antes mencionados, *cfr.* Eduardo Vocos Conesa, "La demanda de amparo en jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional, desde Siri y Kot hasta el 25 de octubre de 1969", *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 12 y 15 de diciembre de 1969, pp. 1-31, 19-29, respectivamente; el comentario "Acción de amparo: condiciones de admisibilidad (Actualización jurisprudencial, 1964-1969)", *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)", *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 20 y 21 de abril de 1961, pp. 1-7, 1-3; algunos fallos sobre esta manera se incluyen en las recopilaciones de Karst y de Karst y Rosenn, *cit.*, *supra*, nota 7, pp. 658-673, 165-183, respectivamente.

³⁹ Publicado en el diario *La Nación*, Buenos Aires, 21 de junio de 1964.

⁴⁰ Dicho proyecto fue comentado ampliamente por la doctrina, destacándose el estudio de José Luis Lazzarini, "La acción de amparo y el proyecto del Poder Ejecutivo Nacional", *La Ley*, Buenos Aires, 20 de octubre de 1964, pp. 1-4.

⁴¹ Dicha ley nacional, debido a la distribución de competencias federales y locales de la Constitución argentina, sólo tiene aplicación en el área de la capital federal y territorio de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur y a los jueces federales de las provincias en los casos que el acto impugnado proviniera de una autoridad "nacional", es decir, "federal", en la terminología mexicana, como lo dispone expresamente el artículo 18 del mencionado ordenamiento, *cfr.* Germán Bidart Campos, *Régimen legal y jurisprudencial del amparo*, *cit.*, *supra*, nota 11, pp. 107-108.

lo que, como es fácilmente comprensible, restringe considerablemente la función protectora del propio juicio de amparo.⁴²

Esta Ley de Amparo de 1966 fue complementada por el llamado "juicio sumarísimo" regulado por el artículo 321 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (ley 17 454, de 20 de septiembre de 1967, en vigor el primero de enero de 1968), que protege a los derechos fundamentales cuando son lesionados por actos de particulares, y no por la autoridad pública.⁴³

15. Contrariamente a lo que ocurre en Argentina en el ámbito nacional, en Venezuela el juicio de amparo está consagrado en el artículo 49 de la Constitución de 23 de enero de 1961, pero no ha sido reglamentado legislativamente, y además, no obstante varios intentos, tampoco ha sido aceptada esta institución por los tribunales.⁴⁴

El citado artículo 49 constitucional dispone: "Los tribunales ampararán a todo habitante de la República en el goce y ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución establece, *en conformidad con la ley*. El procedimiento será breve y sumario y el juez competente tendrá la potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida".

Por otra parte, en el artículo 5º transitorio se han establecido las bases esenciales de la tutela de la libertad personal, con el nombre de *amparo de la libertad*, que no es otra cosa sino el *habeas corpus*.⁴⁵

⁴² Cfr. Alberto F. Robredo, "La acción de amparo y la reciente ley 16.986", *La Ley*, Buenos Aires, 3 de noviembre de 1966, p. 3; Bartolomé A. Fiorini, "Acción de amparo. Graves limitaciones e inconsecuencias que la desnaturalizan", *La Ley*, Buenos Aires, 24 de noviembre de 1966, pp. 1-3; Germán J. Bidart Campos, "La nueva Ley de Amparo", *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", *La Ley*, Buenos Aires, 8 de diciembre de 1966, pp. 1-7.

⁴³ Dicho artículo 321 dispone: "Proceso sumarísimo. Será aplicable el procedimiento establecido por el artículo 498 (procedimiento muy 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 susanciarse por alguno de los procesos establecidos por este Código u otras leyes...". Cfr. Germán J. Bidart Campos, *Régimen legal y jurisprudencial del amparo*, cit., *supra*, nota 11, pp. 113-118.

⁴⁴ El estudio más significativo sobre el origen y la evolución del amparo en Venezuela, es el estudio monográfico de Ramón Escovar Salom, *El amparo en Venezuela*, cit., *supra*, nota 10, especialmente, pp. 57-92; véase también nuestro trabajo, "Algunos aspectos comparativos del derecho de amparo en México y Venezuela", *Libro-Homenaje a la memoria de Lorenzo Herrera Mendoza*, Caracas, 1970, vol. II, pp. 333-390.

⁴⁵ Dicha disposición transitoria quinta dispone lo siguiente: "El amparo de la libertad personal, hasta tanto se dicte la ley especial que lo regule conforme a lo previsto en el artículo 49 de la Constitución, procederá de acuerdo con las normas siguientes: — Toda persona que sea objeto de privación o restricción de su libertad, con violación

Estos dos preceptos, artículos 49 y 5º transitorio de la Constitución venezolana, han dado lugar a confusiones y se ha discutido acaloradamente si las disposiciones que establecen el procedimiento para la tramitación del amparo de la libertad pueden aplicarse al juicio de amparo en general, y por otra parte, se han planteado numerosos juicios de amparo con apoyo en ambos preceptos, ante jueces del orden penal o bien, inclusive ante los tribunales civiles.⁴⁶

En algunos casos, estas demandas de amparo han sido aceptadas por algunos jueces, pero siempre han existido dudas sobre la procedencia de la institución, por parte de los tribunales de apelación y por la Corte Suprema de Justicia, hasta que de manera definitiva la propia Corte Suprema, por conducto de la Sala Político-Administrativa, tanto en su sentencia de 14 de diciembre de 1970 como en su acuerdo con fuerza obligatoria de 24 de abril de 1972, estimó que no eran competentes los jueces penales para conocer del juicio de amparo en sentido amplio, ya que ante ellos únicamente puede interponerse el *habeas corpus* a que se refiere el invocado artículo 5º transitorio de la Constitución;⁴⁷ con lo cual se limitó toda posibilidad de consagrar la insti-

de las garantías constitucionales tiene derecho a que el Juez de Primera Instancia en lo Penal que tenga jurisdicción en el lugar donde se haya ejecutado el acto que motiva la solicitud a donde se encuentre la persona agraviada, expida un mandamiento de *habeas corpus*. Recibida la solicitud, que podrá ser hecha por cualquier persona, el Juez ordenará inmediatamente al funcionario bajo cuya custodia esté la persona agraviada, que informe dentro del plazo de veinticuatro horas sobre los motivos de la privación o restricción de la libertad y abrirá una investigación sumaria. El juez decidirá, en un término no mayor de noventa y seis horas después de presentada la solicitud, la inmediata libertad del agraviado o el cese de las restricciones que se le han impuesto, si encontrare que para la privación o restricción de la libertad no se han llenado las formalidades legales. El juez podrá sujetar esta decisión al otorgamiento de caución o prohibición de salida del país de la persona agraviada, por un término que no podrá exceder de treinta días, si lo considerare necesario. La decisión dictada por el Juez de Primera Instancia se consultará con el Superior, al que deberán enviarse los recaudos en el mismo día o en el siguiente. La consulta no impedirá la ejecución inmediata de la decisión. El Tribunal Superior decidirá dentro de las setenta y dos horas siguientes a la fecha del recibo de los autos." Cfr. Ángel Francisco Brice, "Habeas corpus y derecho de amparo", *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", *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, Caracas, julio-diciembre de 1965, pp. 41 y ss.

⁴⁶ Cfr. Morris Sierraalta, *Los recursos de amparo y habeas corpus en el derecho constitucional venezolano*, Caracas, 1961; Reinaldo Escala Zerpa, *Recurso de amparo contra arbitrariedad de funcionario público*, Caracas, s.f. (al parecer de 1968), especialmente pp. 25 y ss.; José Gabriel Sarmiento Núñez y otros, "El amparo de la libertad y los actos judiciales", *Estrados. Revista Nacional de Jurisprudencia*, Caracas, julio-septiembre de 1968, pp. 991-1022; Esteban Agudo Freytes, "Algunos casos de amparo y *habeas corpus*", *Anuario 1969. Colegio de Abogados del Estado Lara*, Barquisimeto, Venezuela, 1969, pp. 250-256.

⁴⁷ Algunos de los fallos judiciales anteriores a esa decisión final, por los cuales se inició un movimiento similar al de la jurisprudencia argentina sobre el amparo, pue-

tución a través de las decisiones judiciales, como había ocurrido en Argentina en el ámbito federal con anterioridad a la expedición de la Ley de 1966.

La incertidumbre de la doctrina y de los tribunales debe terminar con la expedición de una ley reglamentaria del citado artículo 49 constitucional, pero desafortunadamente hasta la fecha sólo se cuenta con un proyecto de Ley de *Habeas Corpus* elaborado por el Ministerio de Justicia en el año de 1965, y que se encuentra detenido en las Cámaras del Congreso Venezolano.⁴⁸

16. En el Perú no existe formalmente el juicio de amparo, pero en la realidad el *habeas corpus*, como se expresó con anterioridad, se ha utilizado para la tutela de la libertad personal, por lo que ha rebasado claramente este campo tradicional para abarcar también la protección de todos los derechos de la persona humana consagrados tradicionalmente, tomando en cuenta que el artículo 69 de la Constitución vigente de 1933 dispone: "*Todos los derechos individuales y sociales reconocidos por la Constitución, dan lugar a la acción de habeas corpus*".

Existe una evolución a través de las resoluciones de los tribunales, particularmente de la Suprema Corte, que han ido regulando la tutela de los derechos humanos a través del *habeas corpus*, no obstante que en un principio se tramitaba en todos los casos, de acuerdo con las normas del Código de Procedimientos Penales, que lógicamente sólo se refiere a la libertad personal, y a pesar de las constantes declaraciones de emergencia, que han limitado la procedencia de este instrumento protector.⁴⁹

Esta evolución ha culminado 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

den consultarse en la obra de Ramón Escovar Salom, *El amparo en Venezuela*, cit., *supra*, nota 10, pp. 111-148.

⁴⁸ Cfr. Ministerio de Justicia de la República de Venezuela, *Exposición de Motivos de la Ley de Habeas Corpus*, Caracas, 1965; Esteban Agudo Freytes, *Notas sobre el amparo personal y sobre el Proyecto de Ley de Habeas Corpus*, Barquisimeto, Venezuela, 1970, pp. 31-35. Un proyecto de Ley de Amparo, estimado en sentido estricto, ha sido redactado por el citado tratadista Ramón Escovar Salom, *El amparo en Venezuela*, cit., *supra*, nota 10, pp. 101-107.

⁴⁹ Cfr. Ricardo Bustamante Cisneros, "Constitución y *habeas corpus*"; *id.*, "*Habeas corpus* y acción popular", ambos en *Revista del Foro*, Lima, enero-agosto de 1960 y enero-junio de 1961, pp. 4-35 y 8-41, respectivamente; H. H. A. Cooper, "Apuntes críticos sobre el *habeas corpus* en el Perú", *Derecho. Anuario de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, núm. 28, Lima, 1970, pp. 4-10; Domingo García Belaúnde, *El habeas*

que afectan la libertad personal, ya que respecto a estos últimos, se sigue aplicando el Código de Procedimientos Penales.

Con lo anterior prácticamente se ha configurado el juicio de amparo con independencia del *habeas corpus* en sentido estricto, aun cuando ambas instituciones reciban el mismo nombre por el legislador.⁵⁰

Finalmente, así sea en forma limitada, por decreto-ley número 20 554, de 12 de marzo de 1974, se estableció el *recurso de amparo*, que puede ser interpuesto ante el tribunal agrario por los propietarios de tierras afectados por un decreto de expropiación o de extinción de dominio, cuando dichos propietarios estimen que no han incurrido en los motivos de afectación para los fines de la reforma agraria.

V. EL AMPARO EN CENTROAMÉRICA Y PANAMÁ

17. Fue en Centroamérica donde primeramente se estableció el juicio de amparo por influencia directa de la institución mexicana, pudiendo mencionarse que El Salvador lo introdujo en su Constitución de 1886, y lo reglamentó por la Ley de Amparo de la misma fecha, que guarda grandes semejanzas con la Ley de Amparo mexicana de 1882.

Con posterioridad, Honduras y Nicaragua consagraron el juicio de amparo en 1894; Guatemala en la reforma constitucional de 11 de marzo de 1921; Panamá en su Constitución de 2 de enero de 1941, y finalmente, Costa Rica en su Constitución de 7 de noviembre de 1949.⁵¹

Además, es preciso destacar que durante los dos ensayos de Federación centroamericana, las constituciones respectivas de 1898 y 1921, regularon también el juicio de amparo.⁵²

Intentaremos una breve descripción de la situación actual del juicio de amparo en los ordenamientos de los diversos países centromericanos, incluyendo Panamá:

18. En la República de Guatemala, el juicio de amparo se encuentra regulado por el artículo 84 de la Constitución vigente de septiembre de 1965, y reglamentado por la Ley de Amparo, *Habeas Corpus* y de

corpus interpretado, Lima, 1971; *id.*, "Naturaleza jurídica del *habeas corpus*", *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, Lima, mayo-agosto de 1973, pp. 263-276; 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*, Tubinga, 1971, pp. 496-497.

⁵⁰ Cfr. Alberto Borea Odría, *La defensa constitucional: el amparo*, cit., *supra*, nota 8.

⁵¹ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Introducción al estudio procesal comparativo de la protección interna de los derechos humanos*, cit., *supra*, nota 30, p. 204.

⁵² Cfr. Phanor J. Eder, *Judicial Review in Latin America*, cit., *supra*, nota 7, p. 602.

Constitucionalidad, de 20 de abril de 1966, tomando en consideración que el amparo comprende la tutela de los derechos constitucionales de la persona humana, con excepción de la libertad personal que está protegida por el *habeas corpus*, incorporado en un capítulo específico de la citada ley reglamentaria.⁵⁸

Todavía en la actualidad se continúa la concepción tradicional establecida por la Ley de Amparo anterior de 1928, en cuanto el propio amparo puede interponerse contra las leyes inconstitucionales, pero en este supuesto los efectos de la sentencia son particulares para el caso concreto en el cual se dictó la sentencia protectora, de acuerdo con la influencia mexicana, de la llamada "Fórmula Otero", que se explicó en el estudio anterior.

Es conveniente destacar que tanto en la Constitución de Guatemala de 1965 (artículos 264 y siguientes) como en la citada ley de 1966 (artículos 105-111), se introdujo un sistema similar al europeo de tribunales constitucionales específicos y de la declaración general de inconstitucionalidad.

En efecto, en estos ordenamientos se estableció la llamada Corte de Constitucionalidad, que no es de carácter permanente, sino que se reúne cada vez que se plantea el recurso de inconstitucionalidad por parte del colegio de abogados, del ministerio público, o cualquier persona afectada con el auxilio de diez abogados, y se integra con doce miembros, de los cuales cinco son el presidente y cuatro magistrados de la Corte Suprema de Justicia designados por la misma y los demás nombrados por sorteo que practica la misma Corte entre los magistrados de la Corte de Apelaciones y del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo.

Las decisiones de esta Corte Constitucional, cuando declaran la inconstitucionalidad de una ley, tienen efectos generales, es decir, una vez publicada la sentencia respectiva, la ley impugnada ya no puede aplicarse en el futuro, si bien en la práctica han sido muy escasos los casos en que ha intervenido dicha corte, con resultados muy modestos.

⁵⁸ Para la regulación del amparo, y el *habeas corpus* en los ordenamientos constitucionales anteriores al vigente, *cfr.*, Maximiliano Kestler Fernés, *Introducción a la teoría constitucional guatemalteca*, 2a. ed., Guatemala, 1964, pp. 272-274; Ramiro Auyón Barneod, *El procedimiento de amparo*, Guatemala, 1955, pp. 88 y ss.; César Humberto de León Rodas, *El habeas corpus, garantía de libertad en la legislación de Guatemala*, Guatemala, 1960, los dos últimos trabajos son tesis profesionales; y para la legislación actual, Mario Aguirre Godoy, *Protección procesal de los derechos humanos*, cit., *supra*, nota 10, pp. 8-16, y las siguientes tesis profesionales: José 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; Gregorio Fuentes Charnaud, *El amparo en la legislación guatemalteca*, Guatemala, 1970.

19. En la República de El Salvador, el juicio de amparo está consagrado por el artículo 89, fracción I, de la Constitución de 8 de enero de 1962, y reglamentado por la Ley de Procedimientos Constitucionales de 14 de enero de 1960, que otorga al propio juicio de amparo la función de proteger los derechos de la persona humana consagrados constitucionalmente, con excepción de la libertad personal que está tutelada por el *habeas corpus*, y tomando en cuenta que la referida ley reglamentaria también comprende la llamada "acción popular de inconstitucionalidad", que puede ser interpuesta por cualquier persona, contra las disposiciones legislativas que estime anticonstitucionales, ante la Suprema Corte de Justicia, cuya sentencia posee, en ese caso, efectos de carácter general.⁵⁴

20. El artículo 58 de la Constitución de Honduras, de 3 de julio de 1965, así como la Ley de Amparo de 14 de abril de 1933, todavía en vigor, consagran el juicio de amparo como instrumento para proteger los derechos del hombre, de carácter constitucional, incluyendo la libertad personal a través del *habeas corpus*, que se regula como un capítulo de la citada Ley de Amparo, y además, la impugnación de las leyes inconstitucionales, con efectos particulares, de acuerdo con el modelo del amparo mexicano.⁵⁵

21. La legislación que se encuentra más próxima a la mexicana, al menos en teoría, pero excluyendo el amparo en materia judicial, es la de Nicaragua, según el artículo 229, fracción II, de la Constitución, de 6 de noviembre de 1950 y la Ley de Amparo de la misma fecha, como lo puso de relieve el tratadista español Jesús González Pérez.⁵⁶

Esta situación subsiste según la Constitución vigente de 1974 y la nueva Ley de Amparo de 23 de octubre del mismo año.

En efecto, el amparo procede en Nicaragua contra todo acto de autoridad que afecte los derechos fundamentales de los gobernados, incluyendo la tutela de la libertad personal, si se toma en consideración que el *habeas corpus* se incluye también dentro de la Ley de Amparo, la que comprende además la impugnación de las leyes in-

⁵⁴ Cfr. Francisco Bertrand Galindo, "La protección procesal de las garantías individuales en América Latina", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Madrid, 1967, pp. 496-498.

⁵⁵ El referido artículo 58 constitucional dispone que el recurso de amparo puede ser ejercitado por toda persona agraviada o cualquiera otra en su nombre: "a) para que se le mantenga o restituya en el goce de los derechos y garantías que la Constitución establece, y b) Para que se declare en casos concretos que una Ley, resolución o acto de autoridad no obliga al recurrente, por contravenir o restringir cualquiera de los derechos garantizados por la Constitución".

⁵⁶ *El proceso de amparo en México y Nicaragua*, cit., *supra*, nota 9, pp. 297-321.

constitucionales, con efectos para cada caso concreto, según el modelo mexicano.

22. Por lo que se refiere a Costa Rica, el juicio de amparo fue introducido por el artículo 48 de la Constitución de 7 de noviembre de 1949, y reglamentado por la Ley de Amparo, número 1161, de 2 de junio de 1950, que fue 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 la libertad personal, objeto del *habeas corpus*, regulado por la Ley número 35, de 24 de noviembre de 1932, y también excluye la impugnación de las leyes inconstitucionales, 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.⁵⁷

23. 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 objeto de reparar las violaciones a la propia Constitución.⁵⁸

En las constituciones panameñas posteriores, de marzo de 1946 y la vigente, de octubre de 1972, se regula el amparo en los artículos 51 y 49, respectivamente, reglamentados a su vez por la Ley número 46, sobre Recursos Constitucionales y de Garantía, tomando en cuenta que dicho ordenamiento comprende el *habeas corpus* en su significado tradicional; el amparo como protector de los derechos humanos de carácter constitucional, y la acción popular de inconstitucionalidad de las leyes, que como en el caso de El Salvador, ya mencionado, implica la declaración general de inconstitucionalidad.⁵⁹

⁵⁷ 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", *Revista del Colegio de Abogados*, San José, julio y noviembre de 1960, 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. Donalson, "The Costa Rican Amparo in the Period 1950-1962", *Lawyer of the Americas*, Coral Gables, Florida, junio, 1976, pp. 371-393.

⁵⁸ Cfr. Carlos Bolívar Pedreschi, *El pensamiento constitucional del Dr. Moscote*, Panamá, 1953, pp. 170 y ss.; J. D. Moscote, *El derecho constitucional panameño*, Panamá, 1943.

⁵⁹ En relación con el amparo y la acción popular de inconstitucionalidad, cfr. J. D. Moscote, *El derecho constitucional panameño*, cit., nota anterior, pp. 451-455; Víctor G. Goytia, *Las constituciones de Panamá*, Madrid, 1954, pp. 762-763; Carlos Bolívar Pedreschi, *El control de la constitucionalidad en Panamá*, Madrid, 1965, pp. 178 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.

VI. EL AMPARO EN LAS LEGISLACIONES MÁS RECIENTES: BOLIVIA, PARAGUAY Y ECUADOR

24. En el artículo 19 de la Constitución boliviana, de 2 de febrero de 1967, se introdujo el llamado "recurso de amparo", en el cual se advierte con claridad la influencia de la institución argentina de este nombre, según la concepción que de la misma se descubre en las resoluciones de los tribunales federales antes de la expedición de la ley nacional argentina de 1966.⁶⁰

El amparo boliviano procede contra todos los actos de autoridad y de particulares (en realidad, grupos sociales), que afecten los derechos fundamentales de los gobernados consagrados en la Constitución, con excepción de la libertad personal, que es objeto del *habeas corpus* consagrado por el diverso artículo 18 constitucional y por el Código de Procedimientos Penales.

No obstante que el citado artículo 19 constitucional no ha sido reglamentado en los periodos en los que lo ha permitido la convulsión política y las constantes situaciones de emergencia, el amparo ha sido admitido por los tribunales bolivianos, tomando en cuenta los principios establecidos en la Constitución, que también regula los aspectos esenciales del procedimiento.⁶¹

25. La Constitución de Paraguay, de 25 de agosto de 1967, sigue muy de cerca a la boliviana en cuanto a la regulación del recurso de amparo en su artículo 77.⁶²

Se advierte también la influencia argentina, ya que dicha institución procede contra actos de autoridad y de particulares (también en este caso se refiere a grupos sociales y no a individuos) contra las violaciones de los derechos humanos de carácter constitucional, en tanto

⁶⁰ Dicho precepto constitucional dispone en lo conducente: "Fuera del recurso de *habeas corpus*, a que se refiere el artículo anterior, se establece el *recurso de amparo*, contra los actos ilegales o las omisiones indebidas de los funcionarios o particulares que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos y garantías de la persona reconocidas por esta Constitución y las leyes. . ."

⁶¹ Cfr. Enrique Oblitas Poblete, *Recurso de amparo*, cit., *supra*, nota 10, pp. 27 y ss.

⁶² Dicho artículo 77 constitucional dispone: "Toda persona que por un acto u omisión ilegítimo, de autoridad o de un particular, se crea lesionado o en peligro inminente de serlo, de modo grave, en un derecho o garantía que consagre esta Constitución o la ley, y que por la urgencia del caso no pudiera remediarse por la vía ordinaria, podrá ocurrir ante cualquier Juez de Primera Instancia o reclamar *amparo*. El procedimiento será breve, sumario, gratuito y de acción pública, y el juez tendrá facultad para salvaguardar el derecho o garantía, o para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida. La ley reglamentará el procedimiento".

que la libertad personal es tutelada por el *habeas corpus*, reglamentado en forma independiente.⁶³

26. En la República del 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.⁶⁴

Por otra parte, debido a dos sucesivos golpes de Estado, uno por el mismo presidente Velasco Ibarra, 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 esta institución.

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 esta noble institución protectora.⁶⁵

VII. EL MANDAMIENTO DE SEGURIDAD BRASILEÑO

27. En el Brasil se ha introducido una institución similar al juicio de amparo, que recibe en portugués el nombre de *mandado de segurança*, denominación que se ha traducido al español por algunos autores como "mandato o mandamiento de seguridad", pero que otros tratadistas, tomando en cuenta los grandes puntos de contacto con el

⁶³ Aun cuando no se ha dictado la legislación reglamentaria correspondiente, se han elaborado varios anteproyectos, entre los que pueden citarse, Juan Ascencio Aponte, *Proyecto de ley que establece normas procesales de la acción de amparo, presentado a la Honorable Cámara de Senadores*, Asunción, 1968; Enrique A. Sosa, *Anteproyecto de la Ley de Amparo y estudio sobre el juicio de amparo*, Asunción, 1968 (tesis doctoral mecanografiada).

⁶⁴ 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 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".

⁶⁵ 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, parágrafo 16, inciso j). Sin embargo, en el segundo proyecto, que no obtuvo la mayoría en dicho referéndum, y que implicaba la reforma de la carta de 1945, se propuso el referido amparo en su artículo 19, parágrafo 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.

instrumento protector de otros países latinoamericanos, han utilizado la terminología de "mandamiento de amparo".⁶⁶

También debemos señalar que son numerosos los juristas brasileños que reconocen de manera expresa la influencia del amparo mexicano en la creación del instrumento brasileño, sin que esto signifique que se considere como una simple copia, pues también existen diferencias apreciables entre ambas instituciones.⁶⁷

28. El citado mandamiento de seguridad o de amparo fue introducido en el artículo 113, parágrafo 33 de la Constitución de 16 de julio de 1934, y actualmente está regulado por el artículo 153, parágrafo 21, de la Constitución de 24 de enero de 1967, en su texto reformado el 27 de octubre de 1969, de la siguiente manera: "Para proteger derecho líquido y cierto no protegido por *habeas corpus*, se concederá mandamiento de seguridad, sea cual fuere la autoridad responsable, por ilegalidad o abuso de poder."

La ley reglamentaria de esta institución es la número 1,533, de 31 de diciembre de 1951, con varias reformas posteriores.⁶⁸

29. Debe tomarse en consideración que el mandamiento de seguridad opera fundamentalmente contra actos y resoluciones de autoridades administrativas, o de actos administrativos de las restantes autoridades, pues de acuerdo con la legislación, la doctrina y las resoluciones de

⁶⁶ 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. B. Cavalcanti, *Las Constituciones del Brasil*, Madrid, 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*, y José Luis Lazzarini, *El juicio de amparo*, ambos trabajos citados, *supra*, nota 11, pp. 43-47, 53-64, respectivamente.

⁶⁷ Existen varios estudios comparativos entre las instituciones mencionadas de México y Brasil, y entre ellos pueden mencionarse los estudios de Alfredo Buzaid, "Juicio de amparo e mandado de seguridad", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 37-40, 1960, pp. 107-150; J. M. Othon Sidou, *O juízo de amparo*, Recife, Brasil, 1968; Héctor Fix-Zamudio, "Mandato de seguridad y juicio de amparo", *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núm. 46, enero-abril de 1963, pp. 3-69; Héctor Fix-Zamudio, Alejandro Ríos Espinoza y Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Tres estudios sobre el mandato de seguridad brasileño*, México, 1963; Alejandro Ríos Espinoza, "Mandamiento de seguridad", *Revista de la Facultad de Derechos de México*, núm. 53, enero-marzo de 1964, pp. 77-110.

⁶⁸ Además de los tratadistas brasileños citados, *supra* nota 12, pueden mencionarse los siguientes estudios sobre el mandamiento de seguridad o de amparo: J. M. Othon Sidou, "Lei 1533 de 31 de dezembro de 1951, que disciplina o mandado de segurança con as alterações em vigor", *Boletim Instituto dos Advogados de Pará*, Belem, Brasil, diciembre de 1967, pp. 33-35; José Frederico Marques, "O artigo 141, parágrafo 4o. da Constituição Federal (de 1946)", *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, julio-diciembre de 1960, pp. 13-20; J. M. Othon Sidou, "Para proteger direito líquido e certo", *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, julio-diciembre de 1960, pp. 94 y ss.; *id.*, *As garantias ativas dos direitos coletivos. Habeas corpus, ação popular, mandado de segurança*, Río de Janeiro, 1977, pp. 229-418.

los tribunales, dicha institución puede utilizarse sólo de manera excepcional contra las disposiciones legislativas o respecto de las decisiones judiciales.⁶⁹

La doctrina mayoritaria estima que no es admisible la institución contra la ley en abstracto, sino exclusivamente respecto de los actos de aplicación de la misma, particularmente por las autoridades administrativas, ya que este criterio imperante afirma que no se puede enjuiciar a los órganos legislativos, cuando actúen como creadores de disposiciones legales, sino exclusivamente en sus funciones de carácter estrictamente administrativo.⁷⁰

Sin embargo, existe la tendencia de atemperar la rigidez del principio anterior, y en varios proyectos de ley reglamentaria se propone que, por excepción, se puedan impugnar las leyes en abstracto, es decir, sin que hubiesen sido aplicadas concretamente a los afectados, cuando se demuestre que de sus efectos futuros puede resultar daño de difícil o incierta reparación.⁷¹

30. Por otra parte, y es la función que nos interesa particularmente, el mandamiento de seguridad opera muy eficazmente como un instrumento procesal para proteger los derechos de los gobernados consagrados constitucionalmente, pues si bien es verdad que una interpretación literal de los preceptos que regula la institución nos llevaría a la conclusión de que sólo protege a los particulares contra la ilegalidad y el abuso de poder, sin referirse a los actos inconstitucionales, debe admitirse, como lo han hecho la doctrina y las decisiones de los tribunales, que esta protección de los derechos constitucionales se encuentra implícita, ya que se considera que este instrumento tutela todos

⁶⁹ Respecto de la procedencia del mandamiento de seguridad contra resoluciones judiciales, de manera excepcional, *cfr.* Estelita Guilherme, "Mandado de segurança contra ato jurisdiccional", *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile*, Padua, 1953, pp. 2237 y ss.; Casa de Rui Barbosa, *O mandado de segurança e sua jurisprudência* Rio, 1961, tomo I, p. 278; Tito Galvão, *Diccionario de jurisprudência no mandado de segurança*, cit., *supra*, nota 12, pp. 28 y ss.; Alfredo Buzaid, *Juicio de amparo e mandado de segurança*, cit., *supra*, nota 67, p. 145.

⁷⁰ Así, en la doctrina, José Castro Nunes, *Do mandado de segurança*, cit., *supra*, nota 12, pp. 117 y ss.; Themístocles Brandão Cavalcanti, *Do mandado de segurança*, cit., *supra*, nota 12, pp. 136 y ss.; Alfredo Buzaid, *Juicio de amparo e mandado de segurança*, cit., *supra*, nota 67, p. 145; la jurisprudencia dominante, en especial del Supremo Tribunal Federal, tiene la misma orientación, *cfr.* Tito Galvão, *Diccionario de jurisprudência*, cit., *supra* nota 12, pp. 156 y ss.

⁷¹ Al respecto pueden consultarse los anteproyectos de ley reglamentaria formulados bajo los auspicios del Instituto dos Advogados Brasileiros y por el Conselho Federal da Ordem dos Advogados Brasileiros, *Ante-Projeto de Ley do Mandado de Segurança*, introducción de Otto Gil, ponencia de Celestino Sá Freire Basilio, Río, 1960, y el segundo redactado por J. M. Othon Sidou, *Projeto de reforma de Lei 1533 sobre o mandado de segurança*, Curitiba, Paraná, 1960, pp. 156 y ss. de este último también su anteproyecto publicado en su libro *As garantias ativas*, cit., *supra*, nota 68, pp. 337-361.

los derechos de la persona humana de carácter constitucional, con excepción de la libertad personal, protegida por el *habeas corpus*.⁷²

VIII. EL AMPARO CONTRA ACTOS DE LOS GRUPOS SOCIALES

31. En los últimos años se ha observado que el poderío cada vez mayor de los grupos económicos, sociales, profesionales y políticos de las sociedades pluralistas de Occidente, a cuyo grupo pertenecen las latinoamericanas, con la excepción reciente de Cuba, que se ha afiliado al campo socialista; puede afectar, en ocasiones de manera considerable, a los derechos humanos, tanto de sus propios miembros como de personas ajenas a su organización.⁷³

Inclusive los países socialistas, que pregonan haber alcanzado o estar a punto de llegar a una sociedad homogénea e igualitaria, es decir, sin clases sociales opuestas, no se encuentran inmunes a este fenómeno por parte de las poderosas empresas estatales, la creciente burocracia y la omnipotencia de los respectivos partidos comunistas.⁷⁴

32. Existe, por tanto, una preocupación creciente entre los tratadistas por destacar que los derechos humanos no sólo pueden ser infringidos por las autoridades públicas, como tradicionalmente se ha pensado, sino también por parte de los diversos grupos sociales, y por ello se ha estudiado cada vez con mayor intensidad esta situación, como lo demuestra el coloquio efectuado en la ciudad de Estrasburgo, Francia, en el mes de noviembre de 1969, con motivo de la creación del Instituto Internacional de Derechos del Hombre (Fundación René

⁷² En este sentido, el mandamiento de seguridad debe considerarse como una *garantía constitucional*, según lo ha afirmado expresamente un sector de los tratadistas brasileños, así como algunos fallos de los tribunales federales, *cfr.* José Castro Nunes, *Do mandado de segurança*, cit., *supra*, nota 12, p. 28; Alfredo Buzaid, *Juicio de amparo e mandado de segurança*, cit., *supra*, nota 12, pp. 17-174. También deben consultarse los materiales traducidos al inglés, tanto de doctrina como de jurisprudencia de los tribunales brasileños, que se consignan en los libros de Karst y del mismo Karst, conjuntamente con Rosenn, obras citadas, *supra*, nota 7, pp. 646-651; y 99-125, respectivamente.

⁷³ *Cfr.* Héctor Fix-Zamudio, "Algunos aspectos de la protección de los derechos humanos en las relaciones entre particulares en México y Latinoamérica", *Revista Jurídica Veracruzana*, Jalapa, Veracruz, México, abril-junio de 1970, pp. 5-47; traducido al francés con el título "Quelques aspects de la protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées au Mexique et en Amérique Latine", en la obra colectiva *René Cassin Amicorum Discipulorumque Liber*, París, 1971, tomo II, pp. 279-310.

⁷⁴ Entre otros el brillante estudio de Manuel García Pelayo, "Introducción al estudio de los sistemas políticos constitucionales de los países socialistas", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 93-94, enero-junio de 1974, pp. 91-130.

Cassin), que se refirió expresamente al tema de la protección de los derechos humanos en las relaciones entre particulares.⁷⁵

Más recientemente, en el Noveno Coloquio Internacional de Derecho Comparado, organizado en la ciudad de Ottawa, Canadá, en el mes de octubre de 1972, por el Centro Canadiense de Derecho Comparado, se abordaron los temas relativos a la protección del individuo frente a la administración, pero también respecto de las grandes empresas y de los sindicatos.⁷⁶

Entre otros instrumentos jurídicos para la defensa de los individuos frente a los poderosos grupos sociales mencionados, en varios ordenamientos latinoamericanos se ha utilizado el juicio de amparo, como proceso sencillo y rápido para lograr la restitución inmediata de los derechos humanos de carácter constitucional infringidos por los mismos grupos.

33. *La acción de amparo argentina* en el ámbito nacional fue admitida por los fallos de los tribunales federales como un instrumento no sólo contra actos de las autoridades públicas, sino también contra los actos de los "particulares", violatorios de los derechos humanos, entendiéndose por estos últimos, en realidad, a los grupos de presión.⁷⁷

Como se expresó anteriormente, a partir del caso "Samuel Kot", resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 5 de septiembre de 1958, dicho Alto Tribunal estimó que los derechos de la persona humana consagrados expresa o implícitamente por la Constitución nacional, deberían ser respetados no sólo por las autoridades sino también por los "particulares", desarrollándose con posterioridad una serie de principios derivados del criterio expresado por los jueces federales argentinos, que permitió a los afectados ocurrir al juicio de amparo para defensa de sus derechos infringidos por grupos sociales, tales como los sindicatos de trabajadores —que fue precisamente la situación a que se refirió el citado caso Kot⁷⁸—, asociaciones profesio-

⁷⁵ Véase nuestro trabajo citado, nota 73; además el de Jean Rivero, "La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privés", en la obra colectiva *René Cassin Amicorum Discipulorumque Liber*, París, 1971, tomo III, pp. 311 y ss.

⁷⁶ Los tres temas que se abordaron en esta reunión se refirieron específicamente a la protección del individuo contra el gobierno; contra las grandes empresas mercantiles y respecto de los sindicatos de trabajadores, adoptándose conclusiones comparativas en cada uno de estos sectores. Los trabajos y dichas conclusiones fueron publicados en el volumen editado por el Centre Canadien de Droit Comparé, con el título *Travaux du dixième Coloquio International de Droit Comparé. Proceedings of the Tenth International Symposium on Comparative Law*, Ottawa, Ontario, 1973.

⁷⁷ Cfr. Segundo V. Linares Quintana, "La doctrina de la Corte Suprema sobre amparo de la libertad y los grupos de interés y de presión", *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 30 de diciembre de 1958, pp. 1-4.

⁷⁸ Los hechos que se alegaron en la acción de amparo respectiva se hicieron consistir en la ocupación ilegal de una fábrica por un grupo de trabajadores que alegaban

nales, instituciones de enseñanza, organizaciones deportivas, etcétera.

Con motivo de la expedición de la Ley de Amparo de 18 de octubre de 1966, que también mencionamos con anterioridad, se restringió la extensión protectora del amparo limitándola a los actos de las autoridades públicas en sentido estricto, contrariando el criterio anterior de los tribunales federales, pero estaba ya arraigado el principio de la necesidad de un medio procesal de defensa contra los actos violatorios de los referidos grupos sociales, por lo que el gobierno militar argentino de esa época, en uso de facultades legislativas, se vio precisado a establecer un instrumento paralelo.

Al respecto, el artículo 231 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, de 20 de septiembre de 1967, estableció un instrumento procesal calificado como "juicio sumarísimo", con las mismas características del amparo, en cuanto a sencillez, brevedad y naturaleza reparadora, en relación con los actos de "particulares", en realidad, como ya se dijo, respecto de grupos sociales de presión, que afecten los derechos humanos de carácter constitucional.

34. Los principios esenciales establecidos por los tribunales federales argentinos, con anterioridad a la ley nacional de 1966, influyeron decisivamente en el establecimiento del "recurso de amparo" en los ordenamientos constitucionales de Bolivia y Paraguay, como se expresó antes, y por ello es que las constituciones de estos países, artículos 19 y 77, respectivamente, establecieron la procedencia del propio juicio de amparo contra actos de los grupos de presión, calificados también de "particulares", cuando violasen los derechos humanos de los gobernados.

35. Desde otro ángulo, el artículo 12 de la Ley de Procedimientos Constitucionales de El Salvador, de 14 de enero de 1960, amplía la procedencia del amparo no sólo contra actos de las autoridades públicas en sentido estricto, sino también respecto de los *organismos descentralizados* del Estado, que infrinjan los propios derechos humanos.⁷⁹

reclamaciones laborales, y en la parte relativa de la sentencia respectiva, se afirmó: "Nada hay ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución [argentina], que permita afirmar que la protección de los llamados "derechos humanos" —porque son los derechos esenciales del hombre— esté circunscrita a los ataques que provengan sólo de la autoridad. Nada hay, tampoco, que autorice la afirmación de que el ataque ilegítimo, grave, manifiesto contra cualquiera de los derechos que integran la libertad, *latu sensu*, carezca de la protección constitucional —que es, desde luego, la del *habeas corpus* y la del recurso de amparo, no la de los juicios ordinarios o la de los interdictos, con traslados, vistas, ofrecimientos de prueba, etc., etc.— por la sola circunstancia de que ese ataque provenga de otros particulares o de grupos organizados de individuos...". *Cfr.*, además de los trabajos mencionados, *supra*, nota 32, el estudio de Ricardo M. Olcese, "Procedencia del amparo contra actos de particulares", *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 22 de septiembre de 1970, pp. 10 y ss.

⁷⁹ De acuerdo con este precepto, la acción de amparo procede ante la Corte Suprema de Justicia por violación de los derechos que otorga la Constitución Política, contra

36. Por su parte, el artículo primero de la Ley 1,533, de 1951, sobre el *mandado de segurança* brasileño, extiende el concepto de autoridad, para los efectos de la procedencia de este instrumento protector, de manera que se consideran también como autoridades a los administradores o representantes de las entidades descentralizadas y las personas naturales o jurídicas con funciones delegadas del poder público.

Por otra parte, las resoluciones de los tribunales brasileños han llegado a admitir que el mandamiento de amparo puede utilizarse contra los actos violatorios procedentes de asociaciones profesionales, agrupaciones gremiales, es decir, sindicatos de trabajadores, e inclusive respecto de instituciones públicas de enseñanza.⁸⁰

37. Los artículos 8º y 9º de la Ley de Amparo, *Habeas Corpus* y de Constitucionalidad de Guatemala, de 3 de mayo de 1966, disponen que el juicio de amparo procede no sólo contra actos de autoridades en sentido estricto, sino también respecto de gerentes, jefes o presidentes de las entidades descentralizadas, autónomas o semiautónomas del Estado, o de los cuerpos directivos, consejos o juntas rectoras de toda clase; de los colegios, es decir, asociaciones profesionales, y cualquiera otra entidad no especializada en forma expresa.

38. Finalmente, debe hacerse notar que la procedencia del amparo contra actos de los grupos sociales de presión debe considerarse implícita en el artículo 25 del Pacto Interamericano de los Derechos del Hombre, que se suscribió en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, ya que al disponer dicho precepto que el mismo instrumento protector procede respecto de la violación de los derechos de la persona humana, aun en el supuesto de que las personas que hubiesen cometido dicha violación actúan en ejercicio de sus funciones oficiales, significa que dicho precepto recogió los principios adoptados por varios países latinoamericanos en el sentido ya mencionado, de ampliar la tutela del juicio de amparo en relación con los actos de los grupos sociales, económicos y políticos que menoscaban los derechos del hombre consagrados constitucionalmente.⁸¹

toda clase de acciones u omisiones de cualquier autoridad, funcionario del Estado o de sus *organismos descentralizados*, que violen los citados derechos u obstaculicen su ejercicio. Cfr. Francisco Bertrand Galindo, *La protección procesal de las garantías individuales en América Latina*, cit., *supra*, nota 54, pp. 496-498.

⁸⁰ Cfr. Arnold Wald, *Do mandado de segurança na pratica judiciária*, cit., *supra*, nota 12, pp. 162-166; Casa de Rui Barbosa, *O mandado de segurança e sua jurisprudencia*, cit., *supra*, nota 69, pp. 89 y ss.; Tito Galvão Filho, *Dicionário de jurisprudencia no mandado do segurança*, cit., *supra*, nota 12, p. 100.

⁸¹ Cfr. Humberto E. Ricord, *Los derechos humanos y la Organización de los Estados Americanos*, México, 1970, pp. 110-111.

IX. EL AMPARO Y LAS SITUACIONES DE EMERGENCIA

39. Las constituciones latinoamericanas no hacen referencia expresa, salvo el caso de la Constitución federal brasileña, a la cual nos referiremos más adelante, a la procedencia de la revisión judicial respecto de los actos de autoridad emanados de las situaciones de emergencia y que afecten los derechos humanos de los gobernados.

En términos generales, los textos constitucionales latinoamericanos señalan ciertas limitaciones a las facultades que pueden ejercitar los órganos del poder, particularmente el Ejecutivo, en situaciones de graves conflictos, en relación con los derechos públicos subjetivos de los gobernados, en especial la libertad personal, que suele ser la que se menoscaba con mayor frecuencia en los casos de peligro interno o externo.

En tal virtud, corresponde a la legislación ordinaria y con frecuencia aquella que se dicta precisamente en las situaciones de emergencia, el establecimiento de las restricciones a los instrumentos específicos de tutela de los derechos humanos, especialmente el *habeas corpus* y el juicio de amparo, sin que exista una base en las disposiciones constitucionales que impida extralimitaciones de los organismos legislativos, y con mayor frecuencia del Ejecutivo, cuando este último hace uso de facultades extraordinarias para legislar, o cuando toma determinadas medidas para hacer frente a una situación de grave conflicto social y político.⁸²

Podemos citar algunos ejemplos recientes que son bastante ilustrativos.

40. La Ley de Orden Público de Guatemala, de 30 de noviembre de 1966, establece en su artículo 95 que tratándose de la detención de una persona en virtud de medidas de seguridad dictadas en aplicación del mismo ordenamiento, el mandamiento judicial de *habeas corpus* debe practicarse en el mismo lugar de la detención y con el único objeto de evitar malos tratamientos, pero no puede traducirse en la libertad del mismo detenido, el cual puede quedar sujeto a investigación sin la obligación de ser consignado a la autoridad judicial en plazo alguno —anteriormente el plazo máximo de consignación era de 30 días— esto último de acuerdo con la reforma de 13 de noviembre de 1970.

⁸² Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "La protección procesal de los derechos humanos en América Latina y las situaciones de emergencia", *El Foro*, México, enero-marzo, abril-junio de 1973, pp. 63-75; 29-45, respectivamente; estudio traducido al francés por Monique Lions Signoret, publicado en el volumen editado por el Centre Canadien de Droit Comparé, cit., *supra*, nota 76, pp. 67-100.

El diverso artículo 62 de la propia Ley de Orden Público dispone que los actos derivados de su aplicación no podrán ser impugnados a través del juicio de amparo, sino hasta que cese la vigencia del estado de emergencia declarado conforme al referido ordenamiento.⁸³

41. La ley argentina sobre acción de amparo en el ámbito nacional, que ya señalamos en varias ocasiones, expedida en 1966, establece en su artículo 2º, inciso b), la improcedencia del propio amparo cuando el acto impugnado hubiese sido adoptado por expresa aplicación de la Ley sobre la Defensa Nacional, número 16,970, también de 1966, lo que implica una severa restricción a la eficacia del mismo juicio de amparo, que según habíamos expresado anteriormente, experimentó un desarrollo considerable a través de las decisiones de los tribunales federales antes de la expedición de ese ordenamiento, pues resulta evidente que un porcentaje elevado de las violaciones a los derechos constitucionales de los gobernados proviene precisamente de la aplicación de las disposiciones que se refieren a la defensa nacional.⁸⁴

Si bien esta situación fue atenuada durante el segundo gobierno constitucional del general Perón, ha vuelto a agravarse con el derrocamiento, por un nuevo golpe militar, de la presidenta Isabel Perón, viuda del anterior, y que ha determinado la vuelta a un gobierno castrense con la consiguiente declaración del estado de sitio.⁸⁵

42. Otro ejemplo evidente lo descubrimos en el artículo 181 del texto de la reforma constitucional brasileña de 1969, ya que ese precepto considera *aprobados y excluidos de la apreciación judicial* los actos practicados por el Comando Supremo de la Revolución, de 31 de marzo de 1964, y además de convalidar otros actos del gobierno federal apoyados en las llamadas actas institucionales, el mismo artículo deja expresamente en vigor el acta institucional número 5, de 14 de diciembre de 1968, cuyos artículos 10 y 11 suspenden el procedimiento de *habeas corpus* respecto de los delitos políticos, los cometidos contra la seguridad nacional, el orden económico y social o la economía popular.⁸⁶

⁸³ Cfr. Mario Aguirre Godoy, *Protección procesal de los derechos humanos*, cit., *supra*, nota 10, pp. 23-24.

⁸⁴ Cfr. Bartolomé A. Fiorini, *Acción de amparo. Graves limitaciones e inconsecuencias que la desnaturalizan*, cit., *supra*, nota 42, pp. 1-3.

⁸⁵ Por supuesto que este nuevo golpe militar trajo consigo un nuevo estatuto constitucional, intitulado en esta ocasión Acta para el Proceso de Reorganización Nacional, de 18 de junio de 1976.

⁸⁶ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *La protección procesal de los derechos humanos en América Latina y las situaciones de emergencia*, cit., *supra*, nota 82, pp. 34-35. En la obra de los tratadistas Karst y Rosenn, *Land and Development in Latin America*, cit., *supra*, nota 7, se citan párrafos de las actas institucionales brasileñas y algunos casos de jurisprudencias resueltos durante los periodos de emergencia, pp. 206-219.

Esa misma acta institucional prohíbe la intervención judicial y, por tanto, la procedencia del *mandado de segurança*, para la calificación de los actos realizados en apoyo de este ordenamiento, que contiene disposiciones que autorizan al presidente de la República para declarar el receso, es decir, la disolución del Congreso federal, la intervención en las entidades federativas y los municipios, la suspensión de los derechos políticos de los ciudadanos, etcétera.⁸⁷

Resulta sorprendente que el artículo 159 de la misma Constitución brasileña, en su texto reformado en 1969, consigne una disposición que podría servir de ejemplo positivo a los restantes ordenamientos constitucionales latinoamericanos, en cuanto establece que: "*La inobservancia de cualquiera de las disposiciones relativas al estado de sitio determina la ilegalidad de la coacción y autoriza al afectado para acudir al poder judicial*".

La contradicción que se observa entre los mencionados artículos 181 y 159 de la Constitución brasileña puede explicarse si se toma en consideración que el último de los preceptos mencionados proviene casi literalmente del artículo 215 de la Constitución democrática de 1946.⁸⁸

Resulta significativo que recientemente, es decir, en el mes de abril de 1977, con motivo de la discusión de una nueva ley de organización judicial en el Congreso federal, el único partido de oposición autorizado, es decir, el Movimiento Democrático Brasileño (MDB),⁸⁹ se negó a aprobar dicho ordenamiento si no se autorizaba nuevamente la procedencia del *habeas corpus* con motivo de las detenciones por motivos políticos, lo que originó que el presidente de la República, general Geisel, con apoyo precisamente en el acta institucional número cinco, decretara la suspensión del propio Congreso federal, y asumiera facultades legislativas de emergencia, para expedir directamente la ley cuestionada; lo que nos indica la oposición de los gobiernos militares para aceptar la procedencia de los instrumentos protectores de los derechos humanos, entre ellos el amparo y el *habeas corpus*, contra los actos de autoridad dictados en las constantes situaciones de emergencia que padecen los pueblos latinoamericanos.

43. Los tribunales latinoamericanos se han manifestado inseguros, vacilantes y tímidos en la defensa de su competencia para la tutela de los derechos humanos durante los estados de emergencia.

⁸⁷ Cfr. Luis Pinto Ferreira, *Curso de direito constitucional*, 3a. ed., vol. II, São Paulo, 1974, pp. 660-663.

⁸⁸ Sobre este precepto de la carta fundamental de 1946, cfr. Pontes de Miranda, *Comentários a Constituição de 1946*, 3a. ed., Río de Janeiro, 1960, tomo VI, pp. 466-467.

⁸⁹ Cfr. Luis Pinto Ferreira, *Curso de direito constitucional*, cit., *supra*, nota 87, vol. II, pp. 556-559.

A este respecto, una jurista chilena, la profesora Elena Caffarena de Jiles, quien es autora de uno de los pocos libros dedicados a esta materia,⁹⁰ sostuvo en 1957, es decir, en una época menos dramática de la que padece actualmente el pueblo chileno, que los tribunales de su país se habían mostrado temerosos frente al organismo ejecutivo cuando éste actuaba en ejercicio de facultades de emergencia, con algunas excepciones que no desvirtuaban esta conducta de excesiva autolimitación judicial.⁹¹

Si esto ocurría tratándose de gobiernos constitucionales, en nuestros días la indefensión de los gobernados frente al gobierno militar que asumió el poder en septiembre de 1973, es prácticamente absoluta, ya que los tribunales no se atreven a examinar y menos aún a resolver los recursos de amparo que se promueven para la defensa de los detenidos por razones políticas, como se ha puesto de relieve reiteradamente por numerosas organizaciones y asociaciones internacionales, y se ha señalado en forma evidente en el impresionante documento que denuncia las constantes violaciones de los derechos humanos por parte del citado gobierno militar, publicado por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas el 10 de febrero de 1977.⁹²

44. En su interesante examen de la eficacia del *habeas corpus* en el ordenamiento peruano, que como se ha visto se entiende como un instrumento protector de todos los derechos humanos y no exclusivamente de la libertad personal, el tratadista Domingo García Belaúnde demuestra gráficamente el menoscabo de esta institución procesal con motivo de los constantes estados de emergencia que se declararon entre 1932 y 1945, periodo en el cual se interpusieron 12 demandas de protección de los derechos fundamentales, sobre un total de 182, que se hicieron valer desde la primera fecha hasta el año de 1970.⁹³

45. Los tribunales argentinos han examinado con mucha profundidad el problema de la tutela de los derechos fundamentales durante los periodos de emergencia, que ha padecido tan frecuentemente el pueblo argentino, pero también en las decisiones de estos tribunales se advierten vacilaciones e incertidumbres, si se toma en cuenta que en varios fallos de la Corte Suprema de la Nación se sostuvo la tesis de que la declaración del estado de sitio, en los términos del artículo 23

⁹⁰ *El recurso de amparo frente a los regímenes de emergencia*, cit., *supra*, nota 28.

⁹¹ *Ibid.*, pp. 21-30.

⁹² Documento E/CN.4/1221, especialmente pp. 21-24, sobre la falta de independencia de los tribunales ordinarios.

⁹³ *El habeas corpus interpretado*, cit., *supra*, nota 49, pp. 14-22.

de la Constitución nacional, constituye un acto político que no es susceptible de revisión judicial.⁹⁴

Sin embargo, este criterio no ha sido absoluto, y paulatinamente se ha creado el concepto de la *razonabilidad* para juzgar de las facultades de emergencia establecidas durante el estado de sitio, lo que ha permitido a los tribunales conocer y decidir, a través de los instrumentos específicos de la tutela de los derechos humanos, particularmente el juicio de amparo y el *habeas corpus*, si los actos o disposiciones que afectan los derechos humanos durante las situaciones de excepción, se ejercen dentro de los límites establecidos por la Constitución nacional.⁹⁵

Por lo que se refiere específicamente al juicio o acción de amparo en la propia Argentina, el distinguido tratadista Germán J. Bidart Campos afirma que, en principio, el estado de sitio no implica la falta de competencia de los jueces para conocer y decidir acciones de amparo, las cuales deben prosperar cuando la restricción de un derecho nada tenga que ver con la emergencia.⁹⁶

46. En resumen, podemos afirmar que, salvo excepciones, el juicio de amparo, consagrado por un buen número de constituciones latinoamericanas resulta dervirtuado en la realidad, debido a las constantes y frecuentes declaraciones de emergencia, que se agravan en forma considerable cuando las expiden los gobiernos militares, que desafortunadamente predominan en la actualidad en nuestra región, lo que al mismo tiempo nos indica que la restauración de este instrumento tutelar implica la defensa eficaz de los derechos humanos consagrados constitucionalmente.

Al respecto, tenemos la convicción de que sólo si se admite la procedencia del amparo, inclusive durante las situaciones de emergencia, que han servido de pretexto para anular este instrumento protector, podría hablarse de la verdadera tutela procesal de los derechos humanos en América Latina, y es por este motivo que la mayoría de los delegados —entre los cuales predominaron los latinoamericanos— que asistieron al “Seminario sobre amparo, *habeas corpus* y otros recursos similares”, efectuado en la ciudad de México en el mes de agosto de 1961, bajo los auspicios de las Naciones Unidas, estuvieron de

⁹⁴ Cfr. Segundo V. Linares Quintana, “Control judicial de los gobiernos *de facto*”, en el volumen colectivo, *Festschrift für Karl Loewenstein*, Tubinga, 1971, pp. 312-325.

⁹⁵ Cfr. la minuciosa reseña de jurisprudencia de Eduardo Vocos Conesa, “El estado de sitio en la jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional, desde 1803 hasta el 30 de junio de 1970”, *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 10. de septiembre de 1970, pp. 57-63; Karst y Rosenn, *Law and Development in Latin America*, cit., *supra*, nota 7, pp. 224-235.

⁹⁶ Régimen legal y jurisprudencial del amparo, cit., *supra*, nota 11, pp. 276-277.

acuerdo en que sería aconsejable reconocer a los tribunales la facultad de decidir respecto a la legalidad de las medidas adoptadas por los órganos del poder durante las situaciones de emergencia.⁹⁷

X. EL AMPARO LATINOAMERICANO

47. Con apoyo en la exposición panorámica anterior, podemos considerar que es posible el establecimiento de un juicio de amparo latinoamericano, ya que este instrumento tutelar ha sido adoptado, así sea formalmente, por numerosos países de nuestro continente, y debemos esperar que no solamente se pueda extender respecto de aquellos otros que todavía no lo consagran, sino que pueda tener efectividad en los ordenamientos que ya lo han introducido.

Podemos señalar al respecto que existen varios motivos por los cuales esa posibilidad resulta viable.

48. En primer lugar, puede señalarse que las disposiciones de los artículos XVIII y 25, respectivamente, de la Declaración y de la Convención Americanas de los Derechos Humanos, deben obligar a los países signatarios a perfeccionar o introducir en sus legislaciones internas el juicio de amparo como instrumento protector de los derechos de la persona humana consagrados constitucionalmente.⁹⁸

49. Por otra parte, se han realizado diversos intentos doctrinales por fijar las bases o principios comunes que pudieran servir de apoyo a una armonización de las legislaciones latinoamericanas en cuanto a la regulación del juicio de amparo:

a) En las Jornadas de Derecho Comparado Platense-Uruguayas, efectuadas en Montevideo, Uruguay, durante los días 15 a 17 de agosto de 1962, se elaboraron bases comunes para la tramitación de la acción de amparo tanto en Argentina como en Uruguay, tomando en cuenta que en este último país no se ha introducido esta institución protectora, no obstante varios intentos que se han hecho para establecerla, lo que resulta muy difícil en la actualidad por el predominio autoritario de las fuerzas armadas en ese pequeño país, que por mucho tiempo fue considerado como modelo de gobierno constitucional.⁹⁹

⁹⁷ Actas contenidas en el documento ST-TAO-HR-12, Nueva York, 1962, p. 26 y resumen de las discusiones en las pp. 97-109.

⁹⁸ Cfr. Gerardo Trejos, "Órganos y procedimientos de protección de los derechos humanos en la Convención Americana", en el volumen elaborado conjuntamente con Rubén Hernández, *La tutela de los derechos humanos*, San José, Costa Rica, 1977, pp. 61-81.

⁹⁹ Pueden leerse las conclusiones que se tomaron en las Jornadas mencionadas, en el estudio de Alberto Ramón Real, "La acción de amparo en la jurisprudencia argentina y ante el derecho uruguayo", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, enero-marzo de 1963, pp. 146 y ss.

b) En el Segundo Congreso Internacional y Terceras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal, que se efectuaron en la ciudad de São Paulo, Brasil, en el mes de septiembre del mismo año de 1962, se produjo el establecimiento de un sistema unitario de protección de los derechos humanos, según el modelo del amparo mexicano y del *mandado de segurança* brasileño.¹⁰⁰

c) En las Cuartas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal, que se efectuaron en las ciudades de Caracas y Valencia, Venezuela, en los últimos días de marzo y primeros de abril de 1967, se aprobó la sugerencia de formular un proyecto sobre las bases uniformes adecuadas para regular, en todos los países latinoamericanos, la tutela jurisdiccional efectiva de los derechos humanos, en vista de los elementos comunes ya existentes.¹⁰¹

d) Varios tratadistas latinoamericanos han formulado proyectos de regulación de un instrumento latinoamericano que pudiese servir de modelo a los ordenamientos internos de los países del continente, y así, el constitucionalista argentino Carlos Sánchez Viamonte tomó como modelo el *habeas corpus* introducido en la gran mayoría de los países de Latinoamérica, pero proponiendo que su ámbito protector se extendiera hasta comprender todos los derechos humanos consagrados constitucionalmente, es decir, en forma similar al amparo, y no exclusivamente la libertad personal.¹⁰²

e) Por su parte, el tratadista brasileño J. M. Othon Sidou presentó en las Terceras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal de São Paulo (1962), ya mencionadas, un proyecto de bases uniformes de un instrumento procesal para la tutela de los derechos constitucionales establecidos en los ordenamientos latinoamericanos, de acuerdo con los principios establecidos por las Declaraciones Americana y Universal de los Derechos del Hombre, y por los ensayos doctrinales, decisio-

¹⁰⁰ Cfr. Otto Gil, "Introdução a coletanea de estudos sobre o mandado de segurança", en el volumen *Estudos sobre o mandado de segurança*, Río de Janeiro, 1963, pp. 24-25. Resulta útil transcribir el punto 3o. de dicha recomendación: "El Congreso señala la conveniencia de que los Institutos de Derecho Procesal de América Latina desarrollen estudios dirigidos a la elaboración de un proyecto que establezca un sistema de normas capaz de sustentar en todos los países la realización de la tutela sugerida en moción anterior (protección jurisdiccional de las libertades y derechos fundamentales del hombre respecto de la arbitrariedad de los agentes del poder público)".

¹⁰¹ Las conclusiones relativas fueron publicadas en la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Madrid, 1967, pp. 323-327.

¹⁰² *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", *La Ley*, Buenos Aires, 7 de abril de 1966, pp. 1-6.

nes de tribunales, y de carácter legislativo formulados hasta esa fecha (1962).¹⁰³

f) Finalmente, también el autor de este trabajo propuso bases uniformes para la posibilidad de un juicio de amparo latinoamericano, en la ponencia general que presentó en las Cuartas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal, también citadas (Venezuela, 1967).¹⁰⁴

50. Todo lo anterior nos lleva al convencimiento de que a pesar del oscurecimiento que ha sufrido el respeto de los derechos humanos en América Latina, en los dramáticos momentos en los que numerosos países de nuestro continente se encuentran sometidos a férreas dictaduras militares, no debemos perder la esperanza de que esta situación pueda superarse y de que pueda hablarse de un verdadero juicio de amparo latinoamericano, y es entonces cuando la experiencia centenaria del amparo mexicano puede servir de guía a las legislaciones que han consagrado o pretendan introducir esta noble institución protectora de la dignidad y de la libertad del hombre latinoamericano.

¹⁰³ Dicho proyecto fue consignado en el libro "A tutela judicial dos direitos fundamentais", publicado en el libro colectivo, *Estudos sobre o mandado de segurança*, cit., *supra*, nota 100, pp. 112-156.

¹⁰⁴ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "La protección procesal de las garantías individuales en América Latina", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Madrid, 1967, pp. 460-464.

IX

BREVES REFLEXIONES SOBRE
LOS INSTRUMENTOS DE ARMONIZACIÓN JURÍDICA
EN AMÉRICA LATINA

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Unificación y armonización del derecho en América Latina*. III. *Algunos ensayos de armonización por parte de organismos oficiales. El Comité Jurídico Interamericano*. IV. *El Modelo de Código Tributario para América Latina*. V. *Los proyectos de armonización provenientes de organismos privados y académicos*. VI. *Proyecto de Código Penal latinoamericano*. VII. *Código Aeronáutico latinoamericano*. VIII. *Proposiciones para la organización jurídica en las Jornadas Latinoamericanas de derecho procesal*. IX. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

1. Este sencillo trabajo tiene por objeto trazar una visión panorámica y forzosamente superficial, de los intentos que se han hecho en América Latina durante los últimos años, con el propósito de lograr una armonización de sus ordenamientos jurídicos, que por otra parte poseen numerosos puntos de contacto en virtud de una tradición común, que se apoya en factores de carácter social, económico, político y cultural.

2. Todos los países latinoamericanos pertenecen en forma preponderante a la tradición jurídica romano-canónica,¹ también calificada como familia romano-germánica,² no obstante lo cual, todos ellos recibieron una vigorosa influencia en su derecho jurídico, que es el del *common law*, al cual pertenecen los países angloamericanos, entre ellos Estados Unidos³ cuyo ordenamiento constitucional ejerció una especie de fascinación en los juristas y políticos de nuestro continente con posterioridad a la independencia política de España y Portugal, y que se hizo patente durante todo el siglo XIX.⁴

3. En tal virtud, y en una forma muy general, es posible afirmar

¹ Cfr., John Henry Merryman, *La tradición jurídica romano-canónica*, trad. de Carlos Sierra, México, 1971, pp. 13-21.

² René David, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 7a. ed., París, 1978, pp. 23-24.

³ Cfr. *Ibid.*, pp. 409-461.

⁴ Esta influencia del derecho público estadounidense en Latinoamérica se debió esencialmente a su divulgación por parte del ilustre publicista francés Alexis de Tocqueville, en su obra clásica, *La democracia en América del Norte*, cuya traducción al español por Sánchez de Bustamante, se conoció en nuestros países desde el año de 1837.

que sobre un fondo —por otra parte muy sólido del derecho privado y administrativo heredado de la época colonial—, los ordenamientos jurídicos latinoamericanos recibieron una estructura política derivada de la organización constitucional estadounidense, que se ha reflejado en el sistema republicano, el presidencialismo, y en algunos de nuestros países, también en el régimen federal, que todavía subsiste en México, Argentina, Brasil y Venezuela.⁵

4. No obstante la vinculación de nuestros ordenamientos jurídicos, en un mundo que se aproxima inexorablemente en sus relaciones jurídicas, los intentos de armonización y aún más los de unificación jurídica, son todavía incipientes en nuestro continente, contrariamente a lo que está ocurriendo en otros sectores, especialmente en los países europeos,⁶ pero también en los socialistas,⁷ a pesar de que existen elementos de acercamiento más ostensibles en Latinoamérica.

5. Tenemos la convicción de que este retraso de nuestro continente en este movimiento irreversible hacia la armonización de los diversos sistemas jurídicos, se debe además de factores de carácter político y social —particularmente algunas olas de nacionalismo que periódicamente surgen en nuestros países —al retraso de los estudios jurídicos comparativos que ya tienen una larga tradición, particularmente en los países europeos, a partir del Primer Congreso Internacional de Derecho Comparado efectuado en París en el año de 1900.⁸

6. El ilustre comparatista francés Marc Ancel, en un reciente trabajo, ha puesto de relieve la importante función que desarrollan los ordenamientos jurídicos, y por su parte, su no menos distinguido compatriota René David⁹ ha señalado como uno de los objetivos fundamentales del derecho comparado, la unificación internacional del derecho.¹⁰

7. Sabemos que el método jurídico comparativo se ha introducido muy recientemente y de manera esporádica en las escuelas de derecho de Latinoamérica, pues si bien se ha recomendado su implantación

⁵ Cfr. Jorge Carpizo, *El federalismo en Latinoamérica*, México, 1973.

⁶ Cfr. Mario Rotondi, "Diritto Comparato", *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1964, tomo V, pp. 824-825; Pierre Pescatore, "Rôle et change du droit et des juges dans la construction de l'Europe"; Leon Goffin, "Vingt ans de jurisprudence européenne"; Johannes Bärman, "Categories et autonomie du droit communautaire", y Lord Stuart Mackenzie, "La Cour de justice des Communautés européennes et le contrôle du pouvoir discrétionnaire", todos ellos en *Revue Internationale de Droit Comparé*, París, enero-marzo de 1974, pp. 5-72.

⁷ Cfr. Mario Matteuci, "Aperçu sommaire de l'état de l'unification du droit", *Revue Internationale de Droit Comparé*, París, octubre-diciembre de 1973, pp. 865-885.

⁸ Cfr. Alberto Tripiccion, *La comparazione giuridica*, Padua, 1961, pp. 52 y ss.

⁹ "From the Unification of Law and its Harmonization", *Tulane Law Review*, diciembre de 1976, pp. 115-117.

¹⁰ Cfr. René David, *Les grands systèmes...*, cit., *supra*, nota 2, pp. 12-13.

en las conferencias latinoamericanas de facultades de derecho, en las que inclusive se estableció un Instituto Latinoamericano de Derecho Comparado para reforzar dichos estudios, éste no ha podido funcionar de manera efectiva, ya que sólo hace poco tiempo ha iniciado sus actividades en Venezuela.¹¹

8. En México inclusive no se ha avanzado en ese terreno de la docencia sino que se ha retrocedido, en cuanto la cátedra que fundara en 1940 el distinguido jurista español Felipe Sánchez Román—fundador del Instituto de Derecho Comparado de México de la UNAM— en la entonces Escuela Nacional de Jurisprudencia de la propia Universidad, que debía servir de ejemplo para otros cursos similares; ya no subsiste en la actual Facultad de Derecho por falta de alumnos y de profesor;¹² si bien se han logrado adelantos apreciables en el campo de la investigación jurídica, particularmente a través del citado Instituto de Derecho Comparado de la UNAM, actualmente de Investigaciones Jurídicas, que ha publicado varios estudios precisamente en relación con los ordenamientos latinoamericanos.¹³

9. No debe extrañarnos, por tanto, que si los estudios jurídico-comparativos son muy limitados en Latinoamérica, en relación con los que se efectúan en otros países,¹⁴ los intentos de unificación y aun los más limitados, de la armonización, sean muy restringidos, no obstante la necesidad de encontrar soluciones comunes a los problemas jurídicos, bastante cercanos, que afrontan nuestros países, en sus esfuerzos por superar el subdesarrollo.¹⁵

10. También debemos hacer notar que se han efectuado numerosos estudios monográficos sobre algunas áreas en relación con los intentos de unificación y armonización jurídicas en América Latina, pero por el contrario, son escasas las investigaciones que pretenden trazar un panorama de estos esfuerzos, lo que constituye también un inconveniente para tomar conciencia del problema en su conjunto e incrementar los esfuerzos hacia su solución.¹⁶

11 Cfr. el folleto *Instituto Latinoamericano de Derecho Comparado, Reunión de México, 26 y 27 de agosto de 1966. Antecedentes. Acta General. Estatutos. Reglamento. Acuerdos*. México, 1967.

12 Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "La importancia del derecho comparado en la enseñanza jurídica mexicana", en el volumen colectivo *Comunicaciones Mexicanas al IV Congreso Internacional de Derecho Comparado (Teherán, 1974)*, México, 1977, pp. 30-32.

13 Cfr. *Ibid.*, pp. 36-40; *id.*, "Derecho comparado y la ciencia jurídica en México", en el volumen colectivo *Memoria de El Colegio Nacional (1974)*, México, 1976, pp. 244-250.

14 Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "La importancia del derecho comparado en la enseñanza jurídica. Ponencia general", en el mismo volumen citado, *supra*, nota 12, pp. 145-188.

15 Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Derecho comparado y la ciencia jurídica en México*, cit., *supra*, nota 13, pp. 225-258.

16 Cfr. Héctor Fix-Zamudio y Héctor Cuadra, "Problemas actuales de armonización

II. UNIFICACIÓN Y ARMONIZACIÓN DEL DERECHO EN AMÉRICA LATINA

11. Debemos hacer la aclaración de que si bien no existe una diferenciación precisa entre ambos vocablos, que se utilizan con frecuencia en forma indiscriminada, es necesario intentar su distinción, ya que consideramos que se refieren a fenómenos relacionados pero diferentes, y que en la actualidad resulta muy conveniente lograr su deslinde.

12. En efecto, debemos tomar en consideración que con posterioridad al citado Congreso Internacional de Derecho Comparado de París en el año de 1900, se produjo una verdadera ola de entusiasmo por lograr una ciencia universal del derecho, que pudiese lograr una unificación, también universal, de los ordenamientos jurídicos,¹⁷ pero los obstáculos considerables que se alzaron frente a esta concepción determinaron que los esfuerzos hacia dicha unificación se desarrollaran en forma mucho más modesta, limitados a ciertos sectores, en particular en el terreno del tráfico mercantil; de los títulos valor; de ciertos derechos privados; de normas de derecho internacional privado, etcétera, como lo ha puesto de relieve el breve pero profundo estudio del distinguido tratadista italiano Mario Matteucci.¹⁸

13. También ha sido necesario limitar los esfuerzos de unificación en el espacio, es decir, restringirlos a los ámbitos de carácter regional, pues como lo ha puesto de relieve otro insigne comparatista, el tratadista belga Jean Limpens, la unificación de carácter regional constituye un paso obligado en la aspiración de una armonización más extensa.¹⁹

14. ¿Qué significa en estricto sentido la verdadera unificación jurídica? Si bien no existe un consenso sobre su alcance, podemos afirmar

y unificación de los derechos nacionales en Latinoamérica", *Anuario Jurídico*, México, 1974, pp. 93-158.

¹⁷ Cfr. Hessel Yntema E., "Los estudios comparativos de derecho a la luz de la unificación legislativa", *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, enero-marzo de 1943, p. 545 y ss.; Tulio Ascarelli, "Premesse allo studio del diritto comparato", en el volumen de trabajos del mismo autor *Studi di diritto comparato e in tema de interpretazione*, Milán, 1952, pp. 5 y ss.

¹⁸ *Aperçu sommaire l'Etat de l'unification du droit*, cit., supra, nota 7, pp. 865-885.

¹⁹ "La evolución de la unificación del derecho", *Revista de Derecho Comparado*, Barcelona, enero-diciembre de 1960, pp. 9-18; *id.*, "Relations entre l'unification au niveau régional et l'unification au niveau universel", *Revue Internationale de Droit Comparé*, París, enero-marzo de 1964, pp. 13-31. Cfr., también las discusiones sobre el tema "Droit comparé et groupements régionaux d'États", en la cual participaron los comparatistas más distinguidos del mundo en la ciudad de París el día 10 de octubre de 1969, con motivo de las festividades del centenario de la Sociedad francesa de Legislación Comparada en el volumen colectivo *Livre du centenaire de la société de législation comparée*, París, 1971, tomo II, pp. 51-101, discusión en la cual intervino también el citado profesor Limpens, pp. 77-80.

que la verdadera unificación asume la creación de instrumentos formales, generalmente convenciones o tratados internacionales, o bien disposiciones jurídicas de carácter comunitario, que establecen disposiciones jurídicas uniformes que deben aplicarse ya sea directamente o a través de las disposiciones nacionales que las acojan, y en este sentido es muy significativo el mencionado estudio panorámico del profesor Matteucci.²⁰

15. Debido a que rebasaría nuestro tema, no abordaremos en esta oportunidad el problema de los matices que se presentan cuando cada ordenamiento aplica las disposiciones uniformes, y el cual asume mayor agudeza cuando se trata del derecho calificado como "comunitario", del cual es un ejemplo evidente el establecido por las Comunidades Económicas Europeas,²¹ ya que esas normas creadas por los organismos de las referidas Comunidades son aplicadas tanto por una corte de justicia de las propias Comunidades, como por los tribunales nacionales respectivos; pero tomando en cuenta que, en el último extremo, existe una decidida tendencia hacia la unificación.²²

16. Esta unificación jurídica formal también se ha presentado en Latinoamérica, a través de una tendencia que tomó como ejemplo a las comunidades europeas, y que ha pretendido lograr la creación de un derecho comunitario por conducto de la integración económica, tendencia que se expresó de manera evidente en la llamada "Declaración de los Presidentes de América", expedida en la Reunión de Jefes de Estado Americanos, efectuada en Punta del Este, Uruguay, durante los días 12 a 14 de abril de 1967, y en la cual se recomendó que en las reuniones del Consejo de Ministros de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio se adoptaran las medidas necesarias para "coordinar progresivamente las políticas e instrumentos económicos y *aproximar progresivamente las legislaciones nacionales* en la medida requerida por el proceso de integración . . ."²³

17. Efectivamente, si bien estamos conscientes de que los resultados económicos de la integración latinoamericana han sido muy modestos, en el campo de la unificación jurídica se logró la aprobación de varios instrumentos jurídicos, particularmente a través de promulgación de leyes uniformes en cada país, o ratificación de tratados con contenido propio.²⁴

²⁰ Ver *supra* nota 18.

²¹ Ver *supra* nota 19.

²² Cfr. Maurice Legrange, "The Court of Justice as a Factor in European Integration", *The American Journal of Comparative Law*, Ann Arbor, Michigan, 1966-1967, pp. 709-725.

²³ Cfr. el documento O.E.A. Sr. C. IX-1, Washington, 1967, p. 7.

²⁴ Cfr. Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales (I.I.E.J.I.), *La*

18. Un fenómeno similar se observa respecto del Mercado Común Centroamericano, que dio lugar a la llamada Organización de Estados Centroamericanos (ODECA), creada en la llamada "Carta de San Salvador" de 14 de octubre de 1951, que estableció varios instrumentos formales de unificación jurídica en esa región²⁵ e inclusive se presentó un intento de establecer un tribunal comunitario en la nueva carta de 1962.²⁶

19. Este movimiento unificador que desafortunadamente se ha frenado en Centroamérica por rencillas entre algunos de los países que deben formar esa comunidad, ha producido un resurgimiento con la integración regional que se conoce como "Pacto Andino",²⁷ que también ha logrado la aprobación de varios instrumentos formales de unificación jurídica,²⁸ y es posible que también se intenten mecanismos de unificación con motivo de la operación del reciente Sistema Económico Latinoamericano (SELA), cuyo convenio constitutivo fue aprobado en la ciudad de Panamá el 17 de octubre de 1975.²⁹

20. En este sentido de la unificación jurídica formal a través de leyes uniformes o convenios internacionales, es preciso señalar la labor meritoria realizada por el Comité Jurídico Interamericano desde su creación en la carta de Bogotá de 1948; el cual, a partir del Protocolo de Buenos Aires de 1967, se reúne dos veces por año en la ciudad de

integración de América Latina y la cuestión constitucional (Mesa Redonda), Washington, 1967, pp. 5 y ss.

²⁵ Cfr. Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales, *Derecho comunitario centroamericano*, San José, Costa Rica, 1969, pp. 27 y siguientes; Francisco Villagrán Kramer, "Controles de legalidad e impugnación de los actos de los organismos de la integración centroamericana", *Derecho de la integración*, Buenos Aires, abril de 1969, pp. 141-155.

²⁶ Este tribunal tiene su antecedente en la Corte de Justicia Centroamericana que funcionó de 1907 a 1918, pero con una competencia muy diversa de la que actualmente pretende establecerse. Cfr. Carlos José Gutiérrez G., "La Corte de Justicia Centroamericana", *Revista del Colegio de Abogados*, núms. 45-48, San José, Costa Rica septiembre-diciembre de 1949, pp. 262-276; 297-315; 361-367 y 378-402, respectivamente.

²⁷ Cfr. Héctor Cuadra, "En torno a la integración económica de América Latina y al derecho de la integración", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 9, México, septiembre-diciembre de 1970, pp. 607-613; estudio que comprende como anexo III, un organograma sobre las instituciones del Pacto Andino, p. 623. Los firmantes del Acuerdo de Cartagena de 26 de mayo de 1969 son Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú, pero a ellos se unió posteriormente Venezuela.

²⁸ Cfr. *Ibid.*, pp. 618-620. Actualmente la Junta del Acuerdo de Cartagena edita una publicación periódica llamada *Grupo Andino* que aparece en Lima, Perú.

²⁹ Cfr. Héctor Cuadra, "SELA: Sistema Económico Latinoamericano. Un ensayo de enfoque múltiple", en el volumen colectivo *Derecho económico internacional*, México, 1976, pp. 245-280.

Río de Janeiro;³⁰ actividad que si bien no ha llevado a la creación de instrumentos aprobados por los integrantes de la OEA, ha permitido la elaboración de numerosos proyectos de leyes uniformes y convenios internacionales que pueden elevarse fácilmente a la categoría de leyes uniformes y convenios internacionales, ya que algunos de esos proyectos son muy profundos y con un apreciable grado de madurez, por lo que pueden ser adoptados con resultados sumamente benéficos.³¹

21. Basta señalar algunos de los estudios y proyectos más importantes en el ámbito americano, pero algunos de ellos dirigidos de manera específica a Latinoamérica; los que, en nuestro concepto, constituyen una base sólida para que se avance en la unificación jurídica de nuestro continente.

22. Ya desde la primera reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, que fue el organismo que según la carta de Bogotá de 1948, tenía la función de dirigir los estudios que se encomendaban al citado Comité Jurídico Interamericano,³² efectuada en la ciudad de Río de Janeiro en el año de 1950, se turnaron para estudios del propio Comité Jurídico, las siguientes materias de unificación: posibilidad de revisión del Código Bustamante; proyecto de ley uniforme sobre venta internacional de bienes muebles; uniformidad de la legislación relativa a la cooperación internacional en los procedimientos judiciales y proyecto de ley uniforme sobre arbitraje internacional.³³

23. A partir de entonces, el Comité Jurídico Interamericano ha preparado, además, numerosos proyectos de convenios sobre cooperación internacional en procedimientos judiciales; sobre letras de cambio y cheques de circulación internacional, etcétera.³⁴

24. Escapa a nuestro propósito hacer una relación de los diversos temas estudiados por el Comité Jurídico Interamericano con objeto de elaborar documentos formales de unificación jurídica, ya que han sido muy numerosos, y sólo como ejemplificación destacamos la labor dirigida a la uniformidad de las disposiciones sobre derecho internacional privado, con motivo de la revisión del llamado Código de Bustamante y los Tratados de Montevideo, ya que es en este campo en el

³⁰ Cfr. Héctor Fix-Zamudio y Héctor Cuadra, *Problemas actuales de armonización...*, cit., *supra*, nota 16, pp. 133-136.

³¹ Cfr. *Ibid.*, pp. 136-144. Con posterioridad a la información proporcionada en ese trabajo pueden consultarse los documentos publicados por el citado Comité Jurídico Interamericano y en relación con sus dos sesiones anuales de 1974, 1975, 1976 y 1977, aparecidos en Washington en los referidos años y con los números CJI-19, 20, 21, 24, 27, 29 y 31.

³² Cfr. *Ibid.*, pp. 132-133.

³³ *Ibid.*, pp. 133-134.

³⁴ *Ibid.*, pp. 135-137.

que se han obtenido resultados positivos a través de la aprobación de varios convenios internacionales de carácter interamericano.

25. Es precisamente en esta materia de derecho internacional privado en la que se requiere de una verdadera coordinación entre las diversas disposiciones nacionales que regulan los llamados conflictos de leyes, ya que estos últimos son cada vez más complejos debido a la creciente intensidad de las relaciones jurídicas entre los diversos ordenamientos, pues de lo contrario se producirían, además de la anarquía, soluciones poco satisfactorias.³⁵

26. Desde sus primeras reuniones, según se ha visto, el Comité Jurídico Interamericano se dedicó a la tarea nada sencilla de revisar las normas de derecho internacional privado contenidas en los Tratados de Montevideo de 1889, 1939 y 1940; así como en el llamado Código de Bustamante o Código de Derecho Internacional Privado, suscrito este último en la Sexta Conferencia Internacional Americana reunida en La Habana en el año de 1928, cuyo proyecto fue elaborado por el distinguido profesor cubano Antonio Sánchez de Bustamante, y a esto se debe el nombre que lleva dicho Código, por disposición expresa de la citada Conferencia; en la inteligencia de que todos estos tratados fueron suscritos y ratificados por escasos países del continente.³⁶

27. El citado Comité Jurídico Interamericano libró una verdadera batalla durante veinticinco años contra la inercia de los gobiernos latinoamericanos para que cooperaran en la revisión de las mencionadas normas de derecho internacional privado, y como culminación de sus esfuerzos convocó a una conferencia especializada sobre derecho internacional privado, que debía realizarse primeramente en el año de 1967, pero que se aplazó en varias ocasiones debido a diversos obstáculos; debiendo tomarse en cuenta que dicha conferencia fue preparada cuidadosamente a través de una serie de estudios muy minuciosos sobre la materia, que se recogieron en documentos de trabajo muy amplios y prácticamente exhaustivos.

³⁵ Cfr. Henry Battifol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, París, 1956, pp. 102-141, quien afirmó que el objeto esencial del derecho internacional privado es la coordinación de los sistemas jurídicos existentes. Afortunadamente, ya existe un mayor interés en los estudios comparativos en esta materia fundamental en América Latina, como lo demuestra el Primer Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado organizado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y la Coordinación de Humanidades, de la UNAM, durante los días 3 al 7 de octubre de 1977 y que ha tenido repercusión internacional. Cfr. Kurt Nadelmann, "Clouds over International Efforts to Unify Rules of Conflict of Laws", en el volumen colectivo *Contemporary Perspectives in Conflicts of Laws: Essays in Honor of David F. Cavers*, Durham, N. C., 1977, p. 81. nota 152.

³⁶ Cfr. Fix-Zamudio y Cuadra, *Problemas actuales de armonización...*, cit., *supra*, nota 16, pp. 139-141.

28. Por fin, la denodada lucha emprendida por el citado Comité Jurídico Interamericano tuvo resultados positivos, al superarse todas las dificultades y celebrarse finalmente la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, en la ciudad de Panamá durante los días 14 a 30 de enero de 1975, y en ella estuvieron representados todos los Estados miembros de la OEA, con excepción de Barbados, Bolivia y Haití.

29. Debido a la cuidadosa preparación de esta Conferencia, que como hemos visto llevó varios años, la misma puede considerarse como un gran éxito, en cuanto se aprobaron seis convenciones interamericanas sobre los siguientes temas: *a)* sobre conflictos de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas; *b)* sobre conflictos de leyes en materia de cheques; *c)* sobre arbitraje comercial internacional; *d)* sobre exhortos y cartas rogatorias; *e)* sobre recepción de pruebas en el extranjero, y *f)* sobre el régimen legal de poderes para ser utilizados en el extranjero; todas ellas con apoyo en los proyectos elaborados por el referido Comité Jurídico Interamericano.

30. Por otra parte, a diferencia de lo ocurrido con los anteriores Tratados de Montevideo y el Código de Bustamante, estas convenciones fueron suscritas desde el momento de su expedición por los representantes de varios países que tenían plenos poderes, para su aprobación, es decir, Perú, Uruguay, Honduras, Costa Rica, Nicaragua, Ecuador, Guatemala, Brasil, Panamá, Venezuela, El Salvador, Chile y Colombia, con la salvedad de que Perú no suscribió la convención sobre arbitraje comercial internacional.³⁷

31. Es de esperarse que estas convenciones sean ratificadas por los restantes países de nuestro continente, si se toma en consideración el ejemplo de México, que no había suscrito ninguno de los Tratados de Montevideo ni el Código de Bustamante, pero que ha aprobado e incorporado a su legislación interna, de acuerdo con las disposiciones del artículo 133 constitucional,³⁸ a cuatro de los citados convenios, es decir, las Convenciones Interamericanas sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero; sobre Conflictos de Leyes en Materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas; sobre Arbitraje Internacional, y sobre Exhortos o

³⁷ Un informe minucioso elaborado por el Comité Jurídico Interamericano aparece en el documento CJI-21, Washington, 1975 pp. 3-17; Cfr. Kurt H. Nadelmann, *Clouds over International efforts...*, cit., *supra*, nota 35, pp. 73-81.

³⁸ El citado artículo 133 constitucional, tomado casi literalmente del artículo VI de la Constitución Federal de los Estados Unidos de 1787, dispone en lo conducente: "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 que se celebren por el Presidente de la República con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión..."

Cartas Rogatorias;³⁹ y además ya se ha hecho el depósito de los instrumentos de ratificación, suscritos el 27 de febrero de 1978, en la Secretaría General de la OEA.⁴⁰

32. Después de esta breve referencia a los instrumentos formales de unificación jurídica, debemos abordar, también superficialmente, el concepto de armonización, que es de carácter más flexible, ya que se dirige a la posibilidad de una aproximación entre los diversos sistemas jurídicos, más que a la elaboración de disposiciones uniformes, apoyándose en bases o principios generales, que puedan servir de punto de partida para que los legisladores y los tribunales nacionales puedan lograr una verdadera coordinación de sus ordenamientos jurídicos internos.

33. Hasta la fecha no se han efectuado estudios sistemáticos sobre la idea de la armonización frente a la más precisa pero más complicada de la uniformación, pero consideramos que el análisis del insigne comparatista francés Marc Ancel, nos proporciona un sólido punto de partida para intentar un deslinde entre ambos conceptos, en cuanto dicho tratadista sostiene que en los últimos tiempos, debido a los difíciles obstáculos para lograr una verdadera unificación entre los ordenamientos de diferentes familias o sistemas, o bien pertenecientes a países que poseen un diverso grado de desarrollo, se han establecido nuevas técnicas que van desde el código modelo y la imitación legislativa, hasta la uniformación espontánea realizada por los órganos que tienen a su cargo la aplicación de las normas internas, especialmente los tribunales, todo lo cual puede traducirse en una cooperación entre diversos sistemas jurídicos, que es problemático alcanzar por conducto de convenciones formales.⁴¹

34. Tomando como base lo anterior, es posible afirmar que sin abandonar los esfuerzos hacia la unificación de carácter formal a través de convenciones, que con mucha lentitud se van imponiendo en nuestro continente, resulta más sencillo procurar primeramente la uniformación de los diversos sectores de los ordenamientos latinoamericanos, la que tendrá el doble efecto de crear una conciencia de verdadera cooperación jurídica entre nuestros países y hacer posible posteriormente

³⁹ Dichas convenciones fueron aprobadas por el Senado de la República en sendos decretos de 28 de diciembre de 1977, publicados por el *Diario Oficial de la Federación* de 9 y 20 de febrero de 1978.

⁴⁰ Los textos de las convenciones sobre exhortos y cartas rogatorias y sobre conflictos de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas, fueron publicados en el mismo *Diario Oficial de la Federación* de 25 de abril de 1978; y el de arbitraje internacional, el 27 de abril; y sobre recepción de pruebas en el extranjero, el 2 de mayo, del mismo año.

⁴¹ *From the Unification of Law to its Harmonization*, cit., *supra*, nota 9, pp. 114-117.

la verdadera uniformidad que ha resultado tan laboriosa no obstante la proximidad de nuestros sistemas jurídicos.

35. La interrogante que se nos plantea de inmediato es aquella sobre los medios que se pueden utilizar para lograr la armonización que nos es tan necesaria. No resulta sencillo contestarla si se toma en consideración que se trata de un campo en el que, como se ha dicho, su exploración se ha iniciado hasta hace muy poco tiempo, pero si pasamos revista a los diversos intentos que se han efectuado para lograr dicha armonización, es posible afirmar que hasta la fecha los instrumentos que se han intentado son de dos clases: los de códigos o leyes modelo; y los principios o bases generales, todo ello apoyado, como se expresó anteriormente, en estudios jurídicos comparativos, sin los cuales no es posible elaborar ninguno de estos instrumentos, ni menos aún crear una verdadera conciencia comunitaria de carácter latinoamericano.

III. ALGUNOS ENSAYOS DE ARMONIZACIÓN POR PARTE DE ORGANISMOS OFICIALES. EL COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO

36. Ya hemos destacado algunos ejemplos de los resultados obtenidos por la excelente labor realizada durante veinticinco años por el Comité Jurídico Interamericano, como órgano técnico de la Organización de los Estados Americanos, respecto a la uniformación de nuestros ordenamientos, en especial, en el campo fundamental del derecho internacional privado.

37. En esta oportunidad señalaremos un intento importante de dicho Comité para lograr la armonización de los ordenamientos de nuestro continente, en especial sus esfuerzos efectuados en relación con las disposiciones que regulan el funcionamiento y atribuciones del *ministerio público*, una de las instituciones más controvertidas y sujetas a regulaciones muy variables, en los ordenamientos de América Latina.⁴²

38. Este asunto se planteó en la Quinta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos (San Salvador, 1965), en la cual se tomó el acuerdo de solicitar al Comité Jurídico Interamericano, con la colaboración del Departamento de Asuntos Jurídicos de la Unión Panamericana, la preparación de un *estudio comparativo* sobre la organización, funcionamiento y alcance del ministerio público en los Estados americanos, con *miras a uniformar* (en realidad, a armonizar) lo que se estimara conveniente en las respectivas legislaciones, como un paso

⁴² Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "Función del Poder Judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos. Ponencia general", en el volumen colectivo del mismo nombre, México, 1977, pp. 25-27.

previo al perfeccionamiento de la administración de justicia en el hemisferio.

39. El citado Comité, en sus sesiones de 1966, tuvo a la vista un esquema preliminar informativo y solicitó a la secretaría general de la Organización, el estudio comparado de referencia, el cual fue redactado por el Departamento de Asuntos Jurídicos de la Unión Panamericana, con el título *El ministerio público en los países americanos*,⁴³ estudio que debe considerarse como un análisis comparativo sumamente completo sobre esta materia en cuanto a las legislaciones vigentes en esa época, y que se examinó en el periodo ordinario de sesiones del Comité Jurídico Interamericano correspondiente al año de 1967,⁴⁴ llegándose a la conclusión de que existía la imposibilidad, al menos en ese momento, de uniformar las legislaciones de los países americanos sobre el ministerio público, por lo que se refería a la organización, funcionamiento y alcance, y a lo máximo que podría aspirarse sería a la *uniformidad limitada en las funciones* del propio ministerio, o posiblemente a sustentar un criterio uniforme (en estricto sentido, a procurar su armonización) en cuanto a algunas de sus actividades.

40. En esta materia, el mencionado Comité tomó en consideración las conclusiones del Tercer Congreso Interamericano del Ministerio Público, que se efectuó en la ciudad de México durante los días 13 a 20 de julio de 1963, y en el cual se acordó la integración de una comisión permanente con objeto de que elaborara un proyecto de *ley tipo (o ley modelo) del ministerio público* para los países americanos, únicamente en cuanto a sus funciones y atribuciones, y que debía someterse a la consideración del Consejo Interamericano de Jurisconsultos.⁴⁵

41. En vista de lo manifestado en dicho Congreso, el Comité Jurídico Interamericano en su referida sesión de 1967, tomó el acuerdo de suspender el estudio del tema hasta tanto la Asociación Interamericana del Ministerio Público preparase el proyecto de ley tipo a que se refería la recomendación del mencionado Tercer Congreso del Ministerio Público, pero desafortunadamente en esta etapa ha quedado paralizado el intento de armonización, que sería conveniente resucitar con independencia de la mencionada Asociación Interamericana.

IV. MODELO DE CÓDIGO TRIBUTARIO PARA AMÉRICA LATINA

42. Este instrumento fue elaborado con apoyo a un programa con-

⁴³ Cfr. el Documento OEA, CIJ-88, Washington, 1967.

⁴⁴ Cfr. Documento OEA, CIJ-91, Washington, noviembre de 1967.

⁴⁵ Cfr. Procuraduría General de la República, *III Congreso Interamericano del Ministerio Público. Memoria*, México, 1964, esp. pp. 551-552; 779-780.

junto de la Organización de los Estados Americanos y el Banco Interamericano de Desarrollo, de acuerdo con el cual, en el año de 1964, se confió su elaboración a una comisión integrada por los destacados juristas Carlos Giuliani Fonrouge, de Argentina; Rubens Gomes de Sousa, del Brasil, y Ramón Valadez Costa, de Uruguay; con el auxilio del doctor J. C. Pacchioti, como secretario ejecutivo.⁴⁶

43. Sin embargo, como lo hizo notar el citado tratadista Giuliani Fonrouge, esta idea de la codificación de los *principios generales* de las disposiciones tributarias latinoamericanas surgió en las Segundas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, efectuadas en el año de 1958 en la ciudad de México.⁴⁷

44. El proyecto fue terminado en el año de 1967, y en su exposición de motivos la comisión expresó que al redactarlo pretendió: "sistematizar los principios fundamentales de derecho tributario material, formal, procesal y penal, dentro de las directivas impuestas por los derechos constitucionales latinoamericanos y recogiendo los adelantos de la doctrina tributaria contemporánea, preferentemente a través de las manifestaciones más destacadas en América Latina", y agregó más adelante, que: "Entre los dos métodos de codificación conocidos, uno limitado a los principios generales y normas procesales y el otro que incluye, además, las disposiciones específicas sobre los gravámenes que integran el sistema tributario, la Comisión ha optado por el primero", estimando que como antecedente en favor de esta solución, podían citarse los ordenamientos tributarios de Alemania, México, Chile, España y el proyecto brasileño.⁴⁸

45. El citado modelo de Código Tributario ha tenido una considerable repercusión en varios países de América Latina, como instrumento flexible de armonización, ya que ha servido de base a los códigos promulgados por Bolivia y Perú y en la redacción de los proyectos preparados por Costa Rica, Guatemala, Honduras y Uruguay.⁴⁹

46. También fue objeto de examen dicho modelo de código, en las VI Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, que se efectuaron en Punta del Este, Uruguay, del 4 al 9 de diciembre de 1970,

⁴⁶ Cfr. Unión Panamericana, *Reforma tributaria para América Latina. Modelo de Código Tributario*, Washington, 1967, pp. V-IX.

⁴⁷ "El proyecto de modelo de Código Tributario para la América Latina", en el volumen *Memoria de las conferencias sustentadas con motivo del XXV Aniversario de la Promulgación de la Ley de Justicia Fiscal*, México, 1966, p. 197.

⁴⁸ Cfr. Unión Panamericana, *Modelo de Código Tributario*, cit., *supra*, nota 46, p. 4.

⁴⁹ Cfr. Carlos María Giuliani Fonrouge y Dino Jarach, "Análisis del modelo de Código Tributario para América Latina, OEA-BID", en el volumen colectivo *VI Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario. Punta del Este, 1970*, Montevideo, 1971, pp. 103-122 y 123-155, respectivamente.

y en las que se aprobaron varias recomendaciones en esta materia, entre las cuales destacan las relativas a la necesidad de consagrar los principios fundamentales del derecho tributario en un ordenamiento superior a la ley ordinaria, de acuerdo con el sistema constitucional de cada país, y que el Programa Conjunto de Tributación OEA-BID, debía continuar promoviendo el intercambio de ideas y experiencias sobre los principios y soluciones contenidos en el referido modelo de Código Tributario, con objeto de su adopción por los distintos países del continente, en la forma más adecuada a las realidades nacionales.⁵⁰

V. LOS PROYECTOS DE ARMONIZACIÓN PROVENIENTES DE ORGANISMOS PRIVADOS Y ACADÉMICOS

47. Si bien algunas entidades oficiales como las citadas anteriormente, es decir el Comité Jurídico Interamericano y el Programa Conjunto OEA-BID, han logrado algunos resultados en el campo de la armonización, en cuanto a la elaboración de códigos modelo o bases generales para que sean adoptados por los diversos países del continente, consideramos que los esfuerzos efectuados por organismos privados y de carácter académico, también han contribuido a configurar instrumentos técnicos de armonización y crear una conciencia hacia un espíritu comunitario, así sea todavía limitado, respecto de algunos aspectos de los ordenamientos latinoamericanos.

48. Precisamente estos ensayos efectuados por entidades privadas y en especial de carácter académico, demuestran la conveniencia y aun la necesidad de que algunos de esos instrumentos jurídicos de armonización se analicen en esta Conferencia Latinoamericana de Facultades de Derecho, ya que permitirá, con el apoyo de la utilización del método comparativo, avanzar en la profundización y en el desarrollo de los propios instrumentos, tomando en consideración que hasta la fecha se ha logrado una elaboración importante respecto a los códigos modelo o tipo en materia penal y aeronáutica, así como en relación con las bases generales aprobadas en las Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal.

VI. PROYECTO DE CÓDIGO PENAL TIPO LATINOAMERICANO

49. La iniciativa sobre este proyecto proviene del directorio del Instituto de Ciencias Penales de Chile, bajo la presidencia, entonces, del distinguido profesor Eduardo Novoa Monreal, en su acuerdo de 8

⁵⁰ Volumen citado en nota anterior, pp. 9-11.

de octubre de 1962, y en la sesión plenaria del propio Instituto celebrada en Santiago el 15 de julio de 1963, se aprobó un proyecto de plan de trabajo y un documento de labores preliminares, a través de los cuales se convocó a un grupo de prestigiosos penalistas de diversos países de Iberoamérica, a una reunión en la misma ciudad de Santiago bajo el patrocinio del gobierno chileno y que debería efectuarse al finalizar el propio año de 1963.

50. La Primera Reunión sobre el citado proyecto de Código Penal Tipo se celebró, como estaba proyectada, en la ciudad de Santiago de Chile durante los días 4 al 16 de noviembre de 1963, con la asistencia de juristas de Argentina, Brasil, Colombia, Chile, El Salvador, México, Perú y Venezuela, y en ella se integraron comisiones de trabajo, de carácter regional, formadas por personas designadas por el secretario ejecutivo, profesor Novoa Monreal, y que debían laborar en Argentina, Brasil, Colombia y México, cada una de ellas en un sector específico, y además, se adoptó una declaración de principios fundamentales.⁵¹

51. La Segunda Reunión Plenaria de la Comisión Redactora se efectuó en la ciudad de México, del 19 al 29 de octubre de 1965, en la cual se discutieron los trabajos de las comisiones regionales, de acuerdo con el programa de trabajo establecido en la reunión de Santiago en 1963.

52. Se aprobaron veinticinco artículos sobre problemas de la ley penal; clasificación de materias de la parte general; el hecho punible; causales de justificación, imputabilidad y culpabilidad, y se adoptaron en principio siete u ocho artículos más.⁵²

53. La Tercera Reunión Plenaria tuvo lugar en la ciudad de Lima, Perú, del 3 al 15 de abril de 1967, con asistencia de juristas de Argentina, Brasil, Centroamérica, Chile, Ecuador y Perú, así como invitados especiales de Bolivia y Uruguay, habiéndose aprobado cinco artículos sobre autores y partícipes; tres preceptos sobre reincidencia, habitualidad y profesionalidad, y otras tres disposiciones sobre causas de justificación; dos sobre culpabilidad y seis sobre penas y medidas de seguridad.⁵³

54. Una Cuarta Reunión Plenaria se realizó en la ciudad de Caracas, Venezuela, durante los días 20 al 30 de enero de 1969, con asistencia de destacados penalistas de Argentina, Brasil, Centroamérica, Chile, Ecuador, Perú y Venezuela, así como invitados especiales de

⁵¹ Ver la información respectiva en la revista *Criminalia*, México, 31 de mayo de 1965, pp. 204 y ss.

⁵² Cfr. Alfredo Etcheverry, "La segunda reunión plenaria de la Comisión Redactora del Proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica", *Revista de Ciencias Penales*, Santiago de Chile, septiembre-diciembre de 1965, pp. 115-230.

⁵³ Alfonso Reyes, "El proyecto de Código Penal Tipo Latinoamericano", *Revista de la Universidad Externado de Colombia*, Bogotá, diciembre de 1967, pp. 583-589.

Colombia y México. En esta sesión se trataron esencialmente problemas relativos a la parte general del proyecto, habiéndose concluido la discusión de la mayoría de sus preceptos.⁵⁴

55. La Quinta Reunión de tipo plenario se efectuó en la ciudad de Bogotá, Colombia, durante los días 9 al 18 de marzo de 1970, con la participación de tratadistas de Argentina, Bolivia, Brasil, Centroamérica, Chile, Ecuador, México, Perú y Venezuela, y tuvo por objeto concluir la discusión de la parte general del proyecto, particularmente las disposiciones relativas a la libertad condicional; rehabilitación; condena de ejecución condicional; conversión de sanciones; unidad y pluralidad de hechos y de delitos; escala de gravedad de las penas, etcétera.⁵⁵

56. Los aspectos definitivos de la parte general fueron aprobados en la Sexta Reunión Plenaria de lo Comisión Redactora que se efectuó en la ciudad de São Paulo, Brasil, los días 12 al 17 de abril de 1971, habiéndose iniciado las discusiones sobre la parte especial, en particular lo relativo al homicidio simple, calificado y por emoción violenta y el infanticidio, aceptándose algunos textos y las ideas directrices sobre esta materia.⁵⁶

57. Si se efectúa un balance panorámico de estas reuniones plenarios de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo para Latinoamérica, así como la labor permanente de la Comisión Revisora de Coordinación y Estilo que fue designada en Caracas, integrada por los profesores Jorge Gutiérrez Anzola, Francisco P. Laplaza y Eduardo Novoa Monreal, y por renuncia de este último, por el profesor Miguel Schweizer, se observan resultados positivos, ya que se logró la aprobación de 112 artículos que integran prácticamente toda la parte general del citado Código Modelo, lo que debe considerarse alentador tomando en cuenta los temas tan difíciles y controvertidos sobre los cuales se ha llegado a una conclusión,⁵⁷ pero también se ha iniciado la discusión de la parte especial, labor bastante larga y complicada.⁵⁸

58. Por otra parte, debe tomarse en consideración que se han rea-

⁵⁴ Cfr. Francisco Grisolia, "Génesis y trayectoria del Proyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica", *Revista Mexicana de Derecho Penal*, México, noviembre-diciembre de 1971, pp. 26-28.

⁵⁵ Cfr. *Ibid.*, pp. 28-30.

⁵⁶ *Ibid.*, pp. 32-35.

⁵⁷ La parte aprobada hasta entonces del citado Código Penal Tipo fue publicada en la mencionada *Revista Mexicana de Derecho Penal*, noviembre-diciembre de 1971, pp. 59-79. Cfr., además, Guillermo J. Fierro, "La autoría mediata en el Código Penal Tipo para Latinoamérica", en la misma *Revista*, enero-marzo-1974, pp. 33-42.

⁵⁸ Al respecto pueden consultarse los voluminosos documentos de trabajo presentados por el secretario ejecutivo en la Sexta Reunión Plenaria, São Paulo, abril de 1971.

lizado otras reuniones en las cuales se ha continuado con la discusión del referido Código Tipo, tales como la realizada en San José, Costa Rica, en el mes de abril de 1972,⁵⁹ y a continuación las efectuadas en 1974, en Medellín, Colombia; en 1975, en San Cristóbal, Venezuela; en 1976, en Santiago de Chile; y finalmente, en 1977, en Madrid, España; esta última reunión debido al interés de los juristas españoles de incorporarse al movimiento de armonización en esta materia. En todas estas reuniones se ha continuado con la discusión y aprobación de numerosas disposiciones de la parte especial, en la cual se ha avanzado mucho.⁶⁰

59. No obstante que no se ha concluido con la discusión y aprobación, por las comisiones respectivas, del citado Código Penal Tipo, debe hacerse notar que su influencia ha sido importante en las reformas a las legislaciones penales de varios países latinoamericanos y seguramente será mayor en cuanto se finalice con la elaboración de esta legislación modelo.⁶¹

VII. CÓDIGO AERONÁUTICO LATINOAMERICANO

60. La idea de armonizar las disposiciones aplicables a la materia aeronáutica constituye un anhelo que surgió desde hace mucho tiempo en el campo latinoamericano y se pueden indicar diversos intentos efectuados por organismos privados y oficiales, o por juristas particulares.⁶²

61. La idea misma de la armonización se descubre en varias reuniones internacionales, algunas de carácter oficial, tales como la Conferencia Internacional efectuada en Santiago de Chile en el año de 1915, en la cual se recomendó a las naciones americanas uniformar sus legislaciones aeronáuticas, elaborando un código internacional, lo que se reiteró en la Convención de Buenos Aires de 19 de junio de 1935 y en la Primera Conferencia de Aviación reunida en Lima en el año de 1937, en la cual se creó la Comisión Americana Permanente de Aviación (CAPA).

⁵⁹ Cfr. Eduardo Novoa y Jacques Vêrin, "Le projet de Code pénal modèle pour l'Amérique Latine", *Revue de Science Criminelle et de Droit Penal Comparé*, París, octubre-diciembre, 1973, pp. 857-863.

⁶⁰ Cfr. Comisión Redactora del Código Penal Tipo para Latinoamérica, "Ponencia presentada por la Comisión Chilena, Sección I, sobre 'fraudes relativos a la gestión de negocios y operaciones financieras' (julio, 1976)", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1977, pp. 429-440.

⁶¹ Cfr. Eduardo Novoa y Jacques Vêrin, *Le projet de Code pénal modèle . . .*, cit., *supra*, nota 59, p. 863.

⁶² Cfr. Alvaro Bauza Araujo, "Unificación legislativa, doctrinal y jurisprudencial iberoamericana en derecho aéreo", en el volumen colectivo *Segundas Jornadas Iberoamericanas de Derecho Aeronáutico y del Espacio (Salamanca, 1964)*, Madrid, 1964, pp. 191-224.

62. Desde el punto de vista de los organismos estrictamente privados, la tendencia a la armonización se expresó en las Primeras Jornadas de Derecho Aeronáutico, efectuadas en el año de 1951 en la ciudad argentina de Córdoba, en las cuales se propuso la reunión de las bases generales del derecho aeronáutico latinoamericano, en un código modelo.

63. Pero la corriente de armonización alcanza su madurez en las Primeras Jornadas Latinoamericanas de Derecho Aeronáutico, celebradas en Buenos Aires, del 14 al 18 de noviembre de 1960, organizadas por el Instituto de Derecho Comparado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la propia capital argentina, con la colaboración del Instituto de Derecho Comercial y de la Navegación.

64. En el curso de las referidas Jornadas, efectuadas con la participación de juristas de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, México, Paraguay, Nicaragua, Perú, Uruguay y Venezuela, así como un observador de la OAIC, se abordó como tema central la posibilidad y conveniencia de un Código Aeronáutico Latinoamericano, de acuerdo con la ponencia de los tratadistas Álvaro Bauza Araujo y Agustín Rodríguez Jurado, habiéndose designado un comité de juristas de varios países del continente al que se confirió la tarea de redactar el proyecto del referido Código Modelo y someterlo a la consideración de las Segundas Jornadas, que no se realizaron.

65. No obstante lo anterior, el Instituto de Derecho Comparado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires emprendió en el transcurso del año de 1961, la tarea de preparar el citado Código Tipo, elaborado bajo la dirección del profesor Agustín Rodríguez Jurado, el que fue presentado y examinado en la Tercera Conferencia Regional de Aviación Civil, efectuada en Bogotá en el mes de febrero de 1962, resolviéndose la creación de un comité jurídico para que, con apoyo en dicho proyecto, preparara uno nuevo, extensivo a la parte Norte del continente.

66. De acuerdo con la resolución anterior, se redactó un texto de Código Americano preparado por el Instituto de Derecho Aeronáutico Interplanetario dependiente de la Dirección Nacional de Aviación Civil de Argentina, con la participación activa del referido Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de Buenos Aires, instrumento que fue sometido a la Primera Reunión del Comité Jurídico de las Conferencias Regionales de Aviación Civil, reunida en la ciudad de Córdoba, Argentina, del 12 al 21 de mayo de 1963.⁶³

⁶³ Cfr. Agustín Rodríguez Jurado, "El proyecto de Código Aeronáutico Latinoamericano", en el volumen colectivo *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique A. C. Aztria*, Buenos Aires, 1966, pp. 168-297, incluyendo la transcripción del citado proyecto.

67. A pesar de la tendencia hacia el proyecto de Código Americano, no se ha abandonado la idea del propiamente latinoamericano e inclusive se han seguido formulando estudios sobre este último,⁶⁴ proponiéndose, dentro del mismo, la armonización de los principios inspiradores de las legislaciones aeronáuticas de los países que constituyen la comunidad iberoamericana, comprendiendo también el derecho español, según lo aprobado en la sesión del 23 de abril de 1964, en las Segundas Jornadas Iberoamericanas de Derecho Aeronáutico y del Espacio, realizadas en la ciudad de Salamanca, España.⁶⁵

68. Finalmente, el proyecto de Código Aeronáutico Latinoamericano ha sido revisado en varias ocasiones para introducir algunas modificaciones, hasta desembocar en la versión final aprobada por la reunión que se celebró en el año de 1967, en la ciudad de Uberlandia, Brasil.⁶⁶

VIII. PROPOSICIONES PARA LA ARMONIZACIÓN JURÍDICA APROBADAS EN LAS JORNADAS LATINOAMERICANAS DE DERECHO PROCESAL

69. Las citadas Jornadas se iniciaron con motivo del homenaje rendido a la memoria del insigne procesalista uruguayo Eduardo J. Couture, al cumplirse el primer año de su fallecimiento acaecido en el año de 1956, y desde entonces han seguido efectuándose en diversos países latinoamericanos, con resultados muy encomiables en este campo de la armonización jurídica latinoamericana.

70. Las Primeras Jornadas se efectuaron en la ciudad de Montevideo, Uruguay, del 13 al 15 de mayo de 1957, organizadas por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, con la asistencia de juristas de Uruguay, Argentina, Brasil, Paraguay y México.

71. Sobre el tema de la armonización se aprobaron varias proposiciones en relación con la cooperación judicial internacional, que se estimó como un deber de las Judicaturas de todos los Estados latinoamericanos, inspirados en el interés de la justicia, y esencialmente se adoptaron reglas en cuanto a los requisitos para la expedición y el

⁶⁴ Así lo demuestra el estudio de Oswaldo Blas Simone, "Los contratos de explotación de aeronaves en el futuro Código Aeronáutico Latinoamericano", en su libro *Lecciones y ensayos*, Buenos Aires, 1966, pp. 125-164.

⁶⁵ Cfr. Alvaro Bauza Araujo, *Unificación legislativa, doctrinal y jurisprudencial...*, cit., *supra*, nota 62, p. 225.

⁶⁶ Cfr. Enrique Mapelli López, *Códigos y leyes de aviación civil de Iberoamérica*, Madrid, 1970, pp. 819-820, obra en la cual se incluye la versión final del citado proyecto de Código Aeronáutico Latinoamericano, pp. 821-856.

cumplimiento de exhortos, tomando como base los tratados de derecho procesal internacional suscritos en Montevideo en 1889 y 1940 a los que ya se ha hecho referencia,⁶⁷ y además se introdujeron reglas sobre la extradición respecto de delitos políticos y en cuanto a la nacionalidad del reo.⁶⁸

72. Las Segundas Jornadas se realizaron conjuntamente con el Primer Congreso Mexicano de Derecho Procesal, en la ciudad de México, organizadas por los Institutos Mexicano y Latinoamericano de Derecho Procesal, durante los días 14 a 18 de febrero de 1960.

73. Se aprobaron proposiciones relativas a la ejecución de sentencias extranjeras, inclusive laudos arbitrales, en el sentido de encomendar al Instituto Latinoamericano de Derecho Procesal que efectuara el estudio teórico y práctico a fin de compilar los textos y decisiones sobre esta materia en los diversos países latinoamericanos, con el propósito de formular recomendaciones para uniformar y facilitar el reconocimiento de las sentencias extranjeras dictadas por autoridad competente desde el punto de vista internacional, en los procesos en los que hubieran tenido conocimiento oportuno las partes y no se opusieran al orden público.

74. También se tomó el acuerdo de sugerir a los diversos países de América Latina el establecimiento progresivo del juicio oral, en los ordenamientos en los cuales aún no existiera, a fin de comprobar la aceptación y bondad del sistema.⁶⁹

75. Las Terceras Jornadas se celebraron en la ciudad de São Paulo, Brasil, en el mes de septiembre de 1962, y en ellas se aprobó la proposición en el sentido de establecer en los regímenes constitucionales de América Latina un sistema uniforme de protección de los derechos fundamentales, según el modelo del juicio de amparo mexicano y del mandamiento de seguridad brasileño.⁷⁰

76. Las Cuartas Jornadas se reunieron en las ciudades de Caracas

⁶⁷ Los textos de dichos Tratados de Montevideo, pueden consultarse en el documento preparado por la División de Codificación e Integración Jurídica del Departamento de Asuntos Jurídicos de la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos, intitulado *Textos de los Tratados de Montevideo sobre Derecho Internacional Privado (1889, 1939 y 1940)*, CJI-14, Washington, 1973.

⁶⁸ Cfr. la nota informativa "Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal", en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, 1958, pp. 215-217.

⁶⁹ La Memoria de estas Segundas Jornadas Latinoamericanas y Primer Congreso Mexicano, de Derecho Procesal, se publicó en la *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núms. 37-40, enero-diciembre de 1960, y sobre el tema específico de la oralidad en América, pp. 735-754.

⁷⁰ Cfr. Otto Gil, "Introdução a coletanea de estudos sobre o mandado de segurança", en el volumen colectivo *Estudos sobre o mandado de segurança*, Río de Janeiro, 1963, pp. 24-25.

y Valencia, Venezuela, durante los días 27 de marzo a 2 de abril de 1967, y entre las recomendaciones aprobadas destacan las relativas a la adopción, en las legislaciones procesales de América Latina, de las instituciones similares al despacho saneador brasileño; y del principio venezolano de que las partes estén a derecho, reiterándose además lo aprobado en las Terceras Jornadas, en el sentido de formular un proyecto que contuviera las bases uniformes adecuadas para regular, en todos los países de Latinoamérica, la tutela jurisdiccional efectiva de los derechos fundamentales del hombre, bases que se señalaron en la ponencia respectiva.⁷¹

77. Las Quintas Jornadas Latinoamericanas del Derecho Procesal se efectuaron en las ciudades de Bogotá y Cartagena, Colombia, los días 22 a 29 de junio de 1970, debiendo destacarse la circunstancia de que dos de los temas discutidos tenían relación con bases uniformes de carácter procesal para los ordenamientos latinoamericanos, lo que indica la creciente importancia de la armonización jurídica en el ámbito regional.

78. En efecto, con apoyo en dos excelentes y documentadas ponencias generales, la primera intitulada "Relación general sobre bases uniformes para la reforma de la legislación procesal civil de los países latinoamericanos", redactada por los distinguidos procesalistas uruguayos Enrique Vécovi y Adolfo Gelsi Bidart,⁷² y la segunda denominada: "Uniformidad fundamental de la legislación procesal penal de América Latina", formulada por los no menos distinguidos procesalistas argentinos Alfredo Vélez Mariconde y Jorge A. Claría Olmedo,⁷³ se aprobaron dos series de lineamientos generales con el nombre de: "Bases centrales comunes para códigos latinoamericanos de procedimiento penal".⁷⁴

79. Esta labor, dirigida a la armonización de los ordenamientos procesales civiles en Latinoamérica, ha sido continuada por el mencionado tratadista uruguayo Enrique Vécovi, ya que elaboró en los años de 1976 y 1977, una monografía de carácter comparativo, precisa-

⁷¹ Cfr. "Crónica de las IV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Madrid, 1967; Héctor Fix-Zamudio, "La protección procesal de las garantías individuales en América Latina. Ponencia general", publicada en la misma *Revista*, Madrid, 1967, pp. 458-464, y actualizada en *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Ginebra, diciembre de 1968, pp. 103-106.

⁷² Publicadas en *Estudios de Derecho. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Antioquia*, Medellín Colombia, septiembre de 1970, pp. 293-360. Posteriormente los mismos profesores Vécovi y Gelsi Bidart publicaron un folleto intitulado *Bases uniformes para la reforma de la legislación procesal civil de los países latinoamericanos*, Montevideo, 1974.

⁷³ En la misma revista *Estudios de Derecho*, citada nota anterior, pp. 361-387.

⁷⁴ *Ibid.*, pp. 397-398.

mente con objeto de descubrir los aspectos comunes a dichos ordenamientos y facilitar la adopción de las bases generales aprobadas en las mencionadas Jornadas Latinoamericanas de Colombia, monografía que se encuentra actualmente en prensa con el nombre de: *Elementos para una teoría general del proceso civil latinoamericano*, editada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

IX. CONCLUSIONES

De las breves reflexiones anteriores es posible establecer las siguientes conclusiones:

80. *Primera.* En el mundo contemporáneo se advierte una creciente aproximación entre los ordenamientos jurídicos, inclusive los que pertenecen a diversos sistemas o familias, pero con mayor razón en aquellos como los latinoamericanos, que poseen muchos puntos de contacto en cuanto a sus tradiciones jurídicas, pero también en sus aspectos sociales, políticos y económicos, que hacen aún más deseable su unificación.

81. *Segunda.* A pesar de lo anterior, hasta fecha muy reciente se ha despertado el interés de los organismos oficiales o entre los estudiosos de nuestro país para lograr este acercamiento, que se ha patentizado en los intentos tímidos y paulatinos de integración económica, tanto en el ámbito latinoamericano como en el de Centroamérica y entre los países que integran el llamado Pacto Andino.

82. *Tercera.* Tanto estos intentos de integración como la labor permanente que ha desarrollado por más de veinticinco años el Comité Jurídico Interamericano, han producido varios instrumentos formales de unificación, a través de convenciones internacionales de carácter regional.

83. *Cuarta.* Si bien los resultados obtenidos son prometedores, al menos en el plano jurídico, ya que la integración económica ha resultado mucho más complicada y lenta de lo previsto, estos instrumentos formales de unificación son todavía muy limitados, pues están relacionados casi exclusivamente con la regulación del comercio regional y con algunos sectores conexos.

84. *Quinta.* Un sector más amplio de unificación ha sido objeto de las recientes convenciones sobre varios aspectos del derecho internacional privado de los países de nuestro continente, aprobadas en Panamá en el mes de enero de 1975, en las que se advierte un número considerable de ratificaciones, contrariamente a lo ocurrido con anterioridad respecto de los Tratados de Montevideo y el llamado Código Bustamante.

85. La aprobación de estas convenciones ha sido posible debido a la intensa y dinámica labor de estudio y de preparación de proyectos, efectuada durante más de veinticinco años, por el citado Comité Jurídico Interamericano.

86. *Sexta.* Los obstáculos para la unificación formal son muy difíciles de superar, por lo que resulta conveniente, para obtener resultados positivos, realizar una actividad previa de armonización, la cual asume un carácter más flexible, en cuanto despierta la conciencia de los órganos administrativos, legislativos y judiciales de los diversos ordenamientos latinoamericanos hacia la necesidad de *unificación*.

87. *Séptima.* No resulta sencillo deslindar los campos de la verdadera uniformación respecto de la que se ha calificado como armonización, pero desde un punto de vista muy general, puede afirmarse que la primera se traduce en la aprobación de instrumentos formales, generalmente convenciones internacionales, en tanto que la segunda implica la elaboración de mecanismos más dúctiles, tales como proyectos de códigos y leyes modelo o bien de bases uniformes, que pueden influir en los ordenamientos internos y finalmente, conducir a la adopción de los mecanismos formales de unificación.

88. *Octava.* Como ejemplos de los esfuerzos dirigidos a la elaboración de instrumentos flexibles de armonización, pueden destacarse los códigos o leyes tipo sobre el ministerio público; sobre la regulación tributaria, penal y aeronáutica, todos ellos, en la esfera latinoamericana, así como las bases comunes para los códigos latinoamericanos de procedimiento civil y penal, y en esta dirección, será muy útil para el posterior desarrollo de estos instrumentos, el análisis del tema de esta VII Conferencia sobre Armonización del Derecho en América Latina y Procedimientos para Lograrla, cuyas conclusiones deben constituir el punto de partida para nuevos estudios sobre esta materia en las Escuelas y Facultades de Derecho de nuestro continente.

89. *Novena.* Es evidente que el fundamento para la construcción de los instrumentos de armonización se apoya en los estudios jurídicos comparativos, tan restringidos en Latinoamérica, de manera que resulta conveniente insistir en esta VII Conferencia de Facultades y Escuelas de Derecho, en las recomendaciones adoptadas en conferencias anteriores sobre la necesidad de incrementar o introducir cursos sobre el método jurídico comparativo y el establecimiento de institutos de investigación, reforzando, en este último sector, al Instituto Latinoamericano de Derecho Comparado, creado en la mismas conferencias, pero que ha tropezado con dificultades que no han podido superarse.

X

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN IBEROAMÉRICA
Y LA DECLARACIÓN GENERAL
DE INCONSTITUCIONALIDAD

Publicado en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 11, septiembre-diciembre de 1979, pp. 641-694. Este trabajo fue presentado en el Segundo Coloquio Iberoamericano de Derecho Constitucional efectuado en la ciudad de Sochagota, Colombia durante los días 7 al 11 de noviembre de 1977, Coloquio que se refirió al tema genérico de la Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los sistemas americano y austriaco de justicia constitucional*. III. *La situación en Iberoamérica*. IV. *Ventajas e inconvenientes de la declaración general*. V. *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*. VI. *Los problemas de la interpretación constitucional*. VII. *Futuro de la justicia constitucional en los ordenamientos iberoamericanos*. VIII. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

1. El tema de este coloquio relativo a la jurisdicción constitucional en Iberoamérica debe considerarse como una nueva oportunidad para replantear los problemas relativos a los conceptos tradicionales que hasta hace poco tiempo han predominado, con excepción de algunos países latinoamericanos como Colombia, y en 1931 en la Constitución de la República española, en una gran parte de los ordenamientos de nuestros países, bajo la influencia del sistema constitucional estadounidense.

2. En efecto, es un hecho muy conocido la gran difusión que tuvieron las instituciones jurídico-políticas de los Estados Unidos en los jóvenes países recién independizados de España, a través de la obra fundamental de Alexis de Tocqueville, *La Democracia en América del Norte*, cuya traducción al español por Sánchez de Bustamante circuló desde el año de 1837 en nuestros países,¹ y en menor escala, también por conducto de las ideas de Alexander Hamilton sobre la función del Poder Judicial en la Constitución federal de 1787, incluidas en *El Federalista*.²

3. Como el brillante estilo literario del ilustre pensador francés se adaptaba con mayor facilidad a la comprensión y sensibilidad de los juristas latinoamericanos, que la severa forma del norteamericano, fue la visión de Tocqueville sobre la facultad de los jueces estadounidenses

¹ Cfr. Enrique González Pedrero, *Introducción a la edición española de la obra de Tocqueville, La Democracia en América*, trad. de Luis R. Cuéllar, FCE, México, 1957, pp. IX-XXXIII.

² Cfr. Alexander Hamilton, *El federalista*, trad. de Gustavo R. Velasco, FCE, México, 1957, capítulos LXXVII-LXXX.

para decidir sobre la constitucionalidad de las leyes en un proceso concreto y con efectos particulares, la que causó una mayor impresión en los redactores de las nuevas constituciones que proliferaron a partir de la independencia de nuestros países.³

4. Correspondió a Manuel Crescencio Rejón, uno de los creadores del juicio de amparo mexicano, el mérito de introducir la jurisdicción constitucional en América Latina, en el proyecto de Constitución para el Estado de Yucatán de 23 de diciembre de 1840, que fue promulgada con ligeras modificaciones el 16 de mayo de 1841, siguiendo muy de cerca el modelo estadounidense.⁴

5. Debido a la influencia del derecho público angloamericano, una gran parte de los ordenamientos constitucionales de los países latinoamericanos estableció en forma paulatina la facultad de los jueces para conocer y decidir sobre la constitucionalidad de los actos de autoridad, de tal manera que en la actualidad, con la sola excepción de Ecuador,⁵ todas las restantes constituciones de Latinoamérica —tomando en cuenta que varias de ellas están afectadas por las actas institucionales de los gobiernos militares— regulan con algunos matices peculiares, la facultad de los tribunales para resolver las cuestiones de constitucionalidad.

6. Sin embargo, debido al ejemplo de Colombia y Venezuela, que desde fines del siglo anterior y primera década del presente introdujeron, al lado del sistema estadounidense, la institución peculiar de la "acción popular de inconstitucionalidad", que implica la declaración general de inconstitucionalidad de las leyes,⁶ y además, por la influencia reciente de los tribunales constitucionales establecidos en varios países europeos en esta segunda posguerra, según el modelo de la Corte Constitucional consagrada en la carta fundamental austriaca de 1920,⁷ se ha iniciado una tendencia dirigida al establecimiento de la declaración general de inconstitucionalidad, así como hacía la intro-

³ *La Democracia en América*, traducción citada en la nota 1, capítulo V, "El Poder Judicial en los Estados Unidos y su acción sobre la sociedad política", pp. 90-97.

⁴ Cfr. Phanor J. Eder, "Judicial Review in Latin America", *Ohio Law Journal*, otoño de 1960, pp. 570-571; Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Homenaje a don Manuel Crescencio Rejón*, México, 1960, pp. 111-112.

⁵ El artículo 165 de la carta constitucional de 1945, formalmente en vigor, establece: "Sólo al Congreso corresponde declarar si una ley, decreto, reglamento acuerdo, orden, disposición, pacto o tratado público es o no inconstitucional, e interpretar la Constitución y las leyes de modo generalmente obligatorio; sin perjuicio de la atribución que corresponde a la Corte Suprema, en cuanto a la unificación de la jurisprudencia obligatoria, conforme a la ley". Cfr. Ramiro de Borja y Borja, *Las constituciones de Ecuador*, Madrid, 1951, p. CLXVI.

⁶ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "La declaración general de inconstitucionalidad y el juicio de amparo", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, números 10-11, México, enero-agosto de 1971, pp. 88-90.

⁷ Cfr. *Ibid.*, pp. 84-85.

ducción de tribunales constitucionales, en algunos países de Iberoamérica.

7. El propósito de este breve estudio es analizar las ventajas y los inconvenientes de esta tendencia reciente, en relación con los principios tradicionales de los efectos particulares de resolución de inconstitucionalidad, derivados del modelo estadounidense que ha predominado hasta nuestros días, así como analizar las posibilidades y la influencia de las nuevas corrientes en el futuro de la jurisdicción constitucional en Iberoamérica.

II. LOS SISTEMAS AMERICANO Y AUSTRIACO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

8. Desde un punto de vista puramente doctrinal, podemos señalar dos categorías de jurisdicción constitucional que han influido, según se ha dicho, en los ordenamientos iberoamericanos.

9. a) En primer lugar, estudiaremos brevemente el sistema que se ha calificado como "americano", no sólo por haberse establecido en sus principales lineamientos en la Constitución Federal de los Estados Unidos de 1787 —aun cuando con antecedentes en la legislación y jurisprudencia de las colonias inglesas en América—,⁸ sino también por haber servido de modelo en la abrumadora mayoría de los países americanos, desde Argentina hasta Canadá.⁹

10. En principio, este sistema americano de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes podemos caracterizarlo, 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".¹⁰

12. Además, si pretendemos presentar una visión esquemática de este sistema llamado americano, podemos afirmar que sus elementos esenciales consisten en el control por órgano judicial difuso —es decir, por todos los jueces, sin importar su jerarquía— para resolver las cues-

⁸ Cfr. Mauro Cappelletti, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, trad. de Cipriano Gómez Lara y Héctor Fix-Zamudio, México, 1966, pp. 27-33; *id.*, *Judicial Review in the Contemporary World*, Indianapolis, Kansas City, Nueva York, 1971, pp. 36-41.

⁹ Cfr. Phanor J. Eder, *Judicial Review in Latin America*, *cit.*, *supra* nota 4, pp. 57-615.

¹⁰ *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes*, México, 1963 cuyo subtítulo es precisamente: *Una contribución de las Américas a la ciencia política*.

tiones de constitucionalidad de las leyes, siempre que la cuestión respectiva sea planteada por las partes, y aun de oficio por el juzgador respectivo, en una controversia concreta; lo que incorrectamente se ha calificado como "vía de excepción", pero que los procesalistas italianos han denominado con mayor técnica, como "cuestión prejudicial",¹¹ o también "incidental", tomando en consideración que el problema de inconstitucionalidad debe considerarse un 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. b) La segunda categoría de control podemos calificarla como "austriaca", si se toma en cuenta que surgió en la Constitución austriaca de 1920, debida a la inspiración del ilustre Hans Kelsen.¹²

15. También en forma esquemática podemos caracterizar el sistema que hemos denominado austriaco, como la atribución a un órgano específico, llamado Corte o Tribunal Constitucional —cuya naturaleza sigue siendo debatida—¹³ para decidir todas las cuestiones relativas a la constitucionalidad de las leyes; cuestiones que no pueden ser conocidas por los jueces ordinarios, por lo que deben plantearse siempre en la vía principal o de acción, por los órganos del Estado afectados por el ordenamiento inconstitucional, en la inteligencia de que el fallo dictado por el tribunal especializado mencionado, cuando declara la inconstitucionalidad, tiene efectos generales o *erga omnes*, es decir, implica la ineficacia de la ley respectiva a partir del momento en que se publica la decisión de inconstitucionalidad.¹⁴

16. En tal virtud, si examinamos en forma abstracta estas dos categorías, descubrimos en cada una de ellas las características contrarias de la otra, como lo puso de relieve de manera penetrante el insigne procesalista florentino Piero Calamandrei, cuando afirmó que los lineamientos del binomio aparecen de ordinario agrupados según cierta

¹¹ Cfr. Mauro Cappelletti, *La pregiudizibilità costituzionale nel processo civile*, Milán, 1957, pp. 50-59.

¹² Cfr. Walter Frisch Phillip, "La forma en que se plasmó la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen en la Jurisdicción Constitucional austriaca, creada por él", trad. de Elsa Bieler, *Jurídica*, Anuario de la Escuela de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, julio de 1970, pp. 125-151.

¹³ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "El juez ante la norma constitucional", *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 57, enero-marzo de 1965, pp. 60-67.

¹⁴ Cfr. Mauro Cappelletti, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes*, cit., *supra*, nota 8 pp. 63-75.

necesidad lógica, de modo que el control judicial, es decir, el americano, es necesariamente *difuso, incidental, especial y declarativo*; y viceversa, el que califica como autónomo, es decir, el austriaco, es *concentrado, principal, general y constitutivo*.¹⁵

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, los que utilizan las ventajas de ambos y eluden los inconvenientes de una estructura rígida.¹⁶

18. Sin hacer el intento, que podría dar lugar a una monografía, de señalar los principales supuestos de la mezcla de los sistemas americano y austriaco en los diversos sistemas constitucionales contemporáneos, bastará que señalemos algunos ejemplos, para adquirir la convicción de que las corrientes actuales nos llevan hacia sistemas flexibles de control constitucional.

19. En primer término, es posible señalar la experiencia del juicio de amparo mexicano, ya que hasta hace muy poco tiempo se afirmaba por la doctrina y la jurisprudencia que según la Ley de Amparo de 1935, únicamente podía plantearse la inconstitucionalidad de una ley a través del amparo por la vía de acción o directa, que es uno de los elementos del sistema austriaco, y sólo ante los tribunales federales, negándose a los jueces locales la facultad de desaplicar las leyes inconstitucionales en los procesos concretos —control difuso—, a través de lo que se calificó de “monopolio del poder federal”; pero a la categoría del control americano pertenecen los elementos relativos a la ausencia de un tribunal específico de inconstitucionalidad y a los efectos particulares de la sentencia de amparo que declare la inconstitucionalidad;¹⁷ por otra parte, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia reconoció en años recientes la posibilidad de plantear la inconstitucionalidad en la vía incidental, a través del amparo promovido contra las resoluciones judiciales, cuando en las mismas se aplicase una ley considerada como inconstitucional, de acuerdo con lo establecido

¹⁵ “La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil”, en la obra del mismo autor *Estudios sobre el proceso civil*, trad. de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, 1967, p. 33. Sobre estos contrastes véase también el estudio del propio Hans Kelsen, “Judicial Review of Legislation. A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution”, *The Journal of Politics*, 1942, pp. 183-200.

¹⁶ Cfr. Mauro Cappelletti, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes*, cit., *supra*, nota 8, pp. 34-48; Héctor Fix-Zamudio, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1965)*, México, 1968, pp. 9-18.

¹⁷ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *La declaración general de inconstitucionalidad y el juicio de amparo*, cit., *supra*, nota 6, pp. 74-75.

por el artículo 133 de la Constitución federal, inspirado en el artículo VI de la Constitución de los Estados Unidos.¹⁸

20. Inclusive en los Estados Unidos, cuna de la categoría "americana", resulta más aparente que real el principio de los efectos particulares del fallo que declara la inconstitucionalidad de ordenamientos legales, si tomamos en cuenta la institución del *stare decisis*, que puede traducirse libremente como "obligatoriedad de los precedentes", con lo cual se quiere significar que todo fallo judicial es obligatorio, aun siendo aislado, para todos los jueces de la misma categoría y a los inferiores;¹⁹ al cual debemos agregar el prestigio moral de la Corte Suprema Federal, cuyos fallos de inconstitucionalidad son cumplimentados por todas las autoridades y particulares, de modo que prácticamente tienen efectos de carácter general.²⁰

21. Desde el punto de vista opuesto, podemos señalar el ejemplo significativo de la justicia constitucional italiana consignada en la Constitución republicana que entró en vigor el primero de enero de 1948²¹ y particularmente a partir de 1956, cuando inició sus funciones la Corte Constitucional, ya que no obstante haberse inspirado en el sistema austriaco, además de la acción directa de inconstitucionalidad, que pueden plantear el gobierno de la República y los de las regiones autónomas, respectivamente, contra las leyes nacionales y locales que estimen contrarias a la ley suprema,²² se ha establecido una vía incidental o prejudicial.

22. En efecto, sólo en un proceso concreto puede plantearse por las partes, el ministerio público, o de oficio por el juez, la cuestión de inconstitucionalidad, que si se estima pertinente y no se declara manifiestamente infundada por el mismo juez de la causa, este último po-

¹⁸ Dicho artículo 133 de la Constitución 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 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 o leyes de los Estados".

¹⁹ Sobre el principio del *stare decisis* del derecho angloamericano, *cf.* Julio Cueto Rúa, *El "common law". Su estructura. Su enseñanza*, Buenos Aires, 1957, pp. 121-143.

²⁰ *Cfr.* Mauro Cappelletti, *El control judicial de la constitucionalidad*, cit., *supra*, nota 8, pp. 67-68.

²¹ *Cfr.* entre otros, Mauro Cappelletti, "La justicia constitucional en Italia", trad. de Héctor Fix-Zamudio, *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núm. 37, enero-abril de 1960, pp. 41-47; Aldo M. Sandulli, "La Giustizia Costituzionale in Italia", sobretiro de la revista *Giurisprudenza Costituzionale*, Milán, 1961.

²² *Cfr.* Piero Calamandrei, "Corte Constitucional y autoridad judicial", en la obra del mismo autor, cit., *supra*, nota 15, p. 128; Francisco Rubio Llorente, "La Corte Constitucional Italiana", *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 31, Caracas, 1965, pp. 229-232.

see la facultad de elevar esa cuestión a la Corte Constitucional,²³ por conducto de lo que debe considerarse como una vía indirecta, ya que sólo por medio de la autoridad judicial ordinaria la citada Corte Constitucional puede avocarse la cuestión de constitucionalidad, que una vez en sus manos se desvincula —aun cuando no de forma absoluta— del proceso concreto,²⁴ ya que la propia Corte especializada conoce sólo del citado problema de constitucionalidad y si declara que las disposiciones impugnadas son contrarias a la ley suprema, los efectos son de carácter general, en virtud de que, a partir de la publicación del fallo, las propias disposiciones pierden su eficacia.²⁵

23. Podemos señalar también como ejemplos de esta combinación a los ordenamientos latinoamericanos, en los que no obstante que las cuestiones de inconstitucionalidad son resueltas por un tribunal ordinario, así sea el de mayor jerarquía, como lo es la Suprema Corte de Justicia, o el tribunal supremo respectivo, y no por un tribunal constitucional especializado de acuerdo con el modelo austriaco, sin embargo, los fallos de inconstitucionalidad de las disposiciones legales poseen efectos generales, y no particulares, según el sistema americano, como ocurre en Colombia, Venezuela, El Salvador, Panamá, Costa Rica y en algunas provincias argentinas.

24. En la misma dirección se encuentra el sistema de justicia constitucional establecido por la Constitución republicana española de 9 de diciembre de 1931, en cuyos artículos 121 y 122 se introdujo un organismo judicial especializado, según el modelo austriaco, denominado Tribunal de Garantías Constitucionales, entre cuyas facultades se encontraba la de conocer del llamado recurso de inconstitucionalidad a través del cual el citado Tribunal podía decidir si un ordenamiento legal ordinario se encontraba o no de acuerdo con dicha ley fundamental, pero con la peculiaridad, que examinaremos posteriormente con mayor amplitud, de que los efectos de los fallos respectivos tenían carácter general, es decir, *erga omnes*, cuando la violación respectiva se refería

²³ Piero Calamandrei observó agudamente que el juez ordinario es el único que está facultado para abrir o cerrar el camino de la cuestión de inconstitucionalidad que ha surgido en el proceso concreto correspondiente, ya que a dicho juez le corresponde en forma exclusiva decidir sobre la relevancia y procedencia de la propia cuestión, *Corte Constitucional y autoridad judicial*, cit., nota anterior, pp. 164-165.

²⁴ Sobre la autonomía de la cuestión incidental de inconstitucionalidad, *cfr.* Mauro Cappelletti, *La pregiudizialità costituzionale*, cit., *supra*, nota 11, pp. 50-70.

²⁵ El artículo 136 de la Constitución italiana dispone: "Cuando la Corte declare la inconstitucionalidad de una disposición legal o de un acto con fuerza de ley, la norma cesará de tener eficacia a partir del día siguiente de la publicación de la decisión", y a su vez, la parte relativa del artículo 30 de la Ley reglamentaria, número 87 de 1953, determina: "Las normas declaradas inconstitucionales no pueden ser aplicadas a partir del día siguiente a la publicación de la decisión".

al procedimiento legislativo correspondiente; pero si la declaración de inconstitucionalidad se apoyaba en una contradicción de carácter material, los efectos eran exclusivamente particulares, es decir, sólo se referían al caso concreto del recurso respectivo, esto último según el sistema americano, de manera que se trataba de un sistema intermedio.²⁶

III. LA SITUACIÓN EN IBEROAMÉRICA

25. Procuraremos proporcionar una visión panorámica de la situación que guardan los ordenamientos de Iberoamérica en relación con los dos sistemas de justicia constitucional que hemos examinado, sin pretender una explicación completa o detallada, que requeriría de un verdadero tratado.

26. A) Ya habíamos mencionado que una gran parte de los ordenamientos latinoamericanos se apega al modelo estadounidense, en cuanto predomina, con algunos matices, la impugnación de las leyes inconstitucionales ante los tribunales ordinarios, así sean los más elevados, y con efectos exclusivamente particulares al caso concreto a resolver, que se atribuyen a la sentencia respectiva.

27. a) En primer término podemos señalar que varios ordenamientos, entre ellos el mexicano, han atribuido al juicio, acción o recurso de amparo la función, entre otras, de la impugnación de las leyes que se estiman contrarias a la Constitución, a través de la figura que se califica como "amparo contra leyes".

28. Así, en el derecho mexicano, el juicio de amparo es el único instrumento por conducto del cual se puede impugnar un ordenamiento legal que se considera contrario a las disposiciones de la Constitución federal, ya sea directamente, es decir, combatiendo la expedición y promulgación de los preceptos legales respectivos, que se atribuyen en la esfera federal al Congreso de la Unión y al presidente de la República, y en la local, a la legislatura y al gobernador respectivos, así como, en su caso, la aplicación de tales preceptos; o bien de manera indirecta, a través de la impugnación de la sentencia judicial en la cual se hubiese aplicado un ordenamiento que se estime contrario a la ley suprema, vías que hemos calificado como "acción" y "recurso" de inconstitucionalidad, respectivamente.²⁷

²⁶ Cfr. 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, 1944, pp. 512-520, Joaquín Tomás Villarroya, "El recurso de inconstitucionalidad en el derecho español (1931-1936)", *Revista del Instituto de Ciencias Sociales*, Barcelona, 1968, pp. 11-52.

²⁷ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *El juicio de amparo*, México, 1964, pp. 175-180.

29. En ambas hipótesis, o sea, cuando se atacan los preceptos que se estiman inconstitucionales, o cuando se combate la sentencia que aplica una ley contraria a la carta fundamental, y en todo caso sólo por la persona directamente afectada,²⁸ los efectos de la sentencia de los jueces federales que conceden el amparo son sólo de carácter particular entre las partes que hubiesen intervenido en el juicio de amparo correspondiente, debido al principio tradicional que se ha calificado como "Fórmula Otero", ya que fue redactado por este distinguido jurista y político mexicano, uno de los creadores de nuestra institución, en el documento llamado "Acta de Reformas" de 1847,²⁹ y que prohíbe expresamente la declaración general de inconstitucionalidad.³⁰

30. El ordenamiento guatemalteco, con independencia de otros supuestos en los cuales se pueden impugnar las leyes inconstitucionales, también atribuye al juicio de amparo la función de servir de instrumento para combatir las, confiriendo a la sentencia respectiva únicamente efectos particulares entre las partes.

31. El artículo primero, fracción 2a., de la Ley guatemalteca de Amparo, *Habeas Corpus* y de Constitucionalidad, de 3 de mayo de 1966, dispone que toda persona tiene derecho a recurrir al amparo para que se declare, en casos concretos, que una ley, un reglamento o una resolución o acto de autoridad no obliga al recurrente por contravenir o restringir cualesquiera de los derechos garantizados por la Constitución de la República o reconocidos por cualquiera otra ley.³¹

32. Respecto del sistema guatemalteco, debe aclararse que además del amparo contra leyes, dirigido en forma preferente a la protección de los derechos fundamentales, también se regula el recurso de inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas en casos concretos, de acuerdo con el principio de que la Constitución prevalece sobre cualquier

²⁸ Cfr. Ignacio Burgoa, *El juicio de amparo*, 11a. ed., México, 1977, pp. 229-243.

²⁹ Dicho artículo 25 disponía: "Los Tribunales de la Federación ampararán a cualquier habitante de la República en el ejercicio y conservación de los derechos que le concedan 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*".

³⁰ La parte relativa del artículo 76 de la Ley de Amparo establece: "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 que verse la demanda, *sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare*".

³¹ Cfr. Mario Aguirre Godoy, "Protección procesal de los derechos humanos", *Séptimo Congreso Jurídico Guatemalteco*, Quetzaltenango, septiembre de 1972, pp. 11-12; *id.*, *Derecho procesal civil*, Guatemala, 1973, tomo I, pp. 133-134.

ley o tratado internacional,³² cuestión que debe plantearse ante los tribunales ordinarios con motivo de un proceso concreto, y por supuesto, la sentencia que declare la inconstitucionalidad: "se limitará a declarar que el precepto legal es *inaplicable* al caso planteado".³³

33. Siguiendo el ejemplo del derecho mexicano, también los ordenamientos constitucionales y leyes reglamentarias correspondientes de Honduras y Nicaragua confieren al juicio de amparo la impugnación de las leyes inconstitucionales por la persona directamente afectada y con efectos particulares al caso concreto.

34. Así lo establecen las disposiciones relativas de la carta fundamental de Honduras de 1965, y de la Ley de Amparo de 14 de abril de 1936, con reformas de 30 de octubre de 1967;³⁴ así como las de la Constitución y Ley de Amparo de Nicaragua de 25 de octubre de 1974.³⁵

35. Los ordenamientos que siguen más de cerca el sistema norteamer-

³² Esta institución está regulada por los artículos 77, 172 y 246 de la Constitución de 1965 y 96 a 104 de la Ley de Amparo, *Habeas Corpus* y de Constitucionalidad, de 3 de mayo de 1966. Cfr. Mario Aguirre Godoy, *Protección procesal de los derechos humanos*, cit., nota anterior, pp. 16-18.

³³ El artículo 103 de la referida Ley de Amparo de Guatemala dispone: "El tribunal ante el cual se planteó la inconstitucionalidad, deberá considerarla en forma separada de las demás cuestiones controvertidas y no podrá dejar de pronunciarse sobre ella. La sentencia que declare la inconstitucionalidad se limitará a declarar que el precepto legal es inaplicable al caso planteado y será transcrita al Congreso, sin perjuicio de las otras declaraciones relativas al mismo caso. El Ministerio Público quedará obligado a interponer el recurso de apelación, o, en su caso, el de casación, contra la sentencia que declare la inconstitucionalidad."

³⁴ La parte relativa del artículo 58 de la referida Constitución de Honduras, de 3 de junio de 1965 establece: "Esta Constitución reconoce el derecho de amparo y la garantía de exhibición personal o *habeas corpus*. En consecuencia, toda persona agraviada, o cualquiera otra en nombre de ésta, tiene derecho: 1o. A interponer el recurso de amparo: a) Para que se le mantenga o restituya en el goce de los derechos y garantías que la Constitución establece; y b) Para que se declare en casos concretos que una ley o resolución o acto de autoridad no obliga al recurrente, por contravenir o restringir, cualquiera de los derechos garantizados por la Constitución ..."

³⁵ Por otra parte, el artículo 23 de la citada Ley de Amparo de 1974 parece inclinarse por la declaración general, no obstante la tradición del amparo en el ordenamiento nicaragüense. En efecto, dicho precepto dispone: "Las sentencias que se pronuncien en asuntos de amparo sólo se referirán a los individuos particulares o a las personas jurídicas que lo hubiesen solicitado, limitándose, si procediese, a ampararlas y protegerlas en el caso especial controvertido; pero cuando el amparo fuese interpuesto contra una ley, decreto o tratado, la sentencia hará declaración general respecto de la misma". Sin embargo, la parte relativa del artículo 24 del mismo ordenamiento legal establece que: "... Cuando el amparo se dirija contra una ley, decreto o tratado, rearguyéndolos de inconstitucionales, la sentencia que acoge el amparo, deberá declarar la inaplicabilidad de la ley o decreto o la invalidez del tratado". Confrontando estos dos preceptos se observa una contradicción, así sea aparente. Como no conocemos estudios doctrinales sobre este nuevo ordenamiento es difícil proporcionar una opinión fundada sobre este problema, si bien para los ordenamientos anteriores puede consultarse el minucioso estudio del jurista español Jesús González Pérez, "El proceso de amparo en México y en Nicaragua", *Revista de Administración Pública*, Madrid, mayo-agosto de 1954, pp. 297-321.

ricano de revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes son los de Argentina y Brasil, si se toma en consideración que, desde un punto de vista general, el *recurso extraordinario de constitucionalidad* que existe en ambos países sólo procede contra las resoluciones judiciales de los tribunales locales y 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 esta hipótesis los fallos judiciales respectivos deben considerarse firmes.³⁶

36. 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. Este 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".³⁷

37. 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, reformada en 1969, y también procede cuando se presenta un problema de contradicción entre una ley local o federal con la carta fundamental, ordenamiento federal o tratado internacional, correspondiendo su decisión final al Supremo Tribunal Federal.³⁸

38. Otra institución procesal muy similar a las de Argentina y Brasil, pero con la diferencia de que se refiere a un sistema unitario y no federal, es el llamado *recurso de inaplicabilidad* establecido por el artículo 86 de la Constitución chilena de 1925, que también implica la facultad de la Corte Suprema para decidir en última instancia sobre las cuestiones de inconstitucionalidad de las leyes.³⁹

39. En los tres casos mencionados se sigue el sistema americano, en

³⁶ 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 I, *Poderes federales y estatales*, trad. de José Juan Olloqui Labastida, México, 1966, pp. 490-497.

³⁷ 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.

³⁸ Cfr. entre otros, Luis Pinto Ferreira, *Curso de Direito Constitucional*, 3a. ed., São Paulo, 1974, tomo II, pp. 378-379; 383-385.

³⁹ Cfr. Alejandro Silva Bascuñán, *Tratado de derecho constitucional*, Santiago, 1963, tomo III, pp. 342-445.

cuanto las cuestiones de inconstitucionalidad pueden plantearse ante todos los tribunales, sin importar su jerarquía, es decir, a través de un sistema difuso; la cuestión respectiva debe resolverse en forma incidental y prejudicial por el juez de la causa; y en última instancia se decide, a través de los diversos medios de impugnación, que culminan con el recurso extraordinario o de inaplicabilidad, por la Corte o Tribunal Supremo, pero sólo con efectos particulares para las partes que han intervenido en la controversia, lo que se traduce en la desaplicación de las disposiciones legales que se estiman contrarias a la carta fundamental.

40. Con ciertos matices peculiares se aplica el mismo sistema americano en los restantes ordenamientos latinoamericanos, inclusive en aquellos que, como veremos más adelante, han adoptado además la declaración general de inconstitucionalidad, ya que la desaplicación y la citada declaración general no son incompatibles y pueden funcionar en forma paralela en un mismo sistema constitucional.

41. Sólo en el régimen constitucional de Ecuador no se ha llegado a consagrar la facultad de los tribunales judiciales para resolver sobre las cuestiones de inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas, pues ni las cartas fundamentales de 1967 y 1946, vigentes con anterioridad, y la que se considera en vigor en la actualidad —con las limitaciones que implica la existencia de un gobierno militar— promulgada por primera vez el 6 de mayo de 1945, facultaban a los jueces para desaplicar las disposiciones legales que estimen contrarias a la carta fundamental, y el último ordenamiento citado, en sus artículos 159 y 160, otorga al llamado Tribunal de Garantías Constitucionales, la atribución muy limitada de ordenar la suspensión de una ley que estime inconstitucional, a petición de un juez o tribunal de última instancia, no obstante que el Congreso es el único facultado para decidir definitivamente sobre la referida inconstitucionalidad, en los términos categóricos del artículo 165 de dicha ley fundamental.⁴⁰

42. Los ordenamientos constitucionales de Perú se han mostrado renuentes a otorgar a los tribunales la atribución de decidir sobre las cuestiones de inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas, si se toma en cuenta que la vigente carta fundamental de 1933 —con las modificaciones introducidas por el actual gobierno militar—,⁴¹ dispone en su artículo 133 que corresponde al Congreso examinar las infraccio-

⁴⁰ Véase *supra*, nota 5.

⁴¹ Cfr. Domingo García Belaúnde, "Desarrollo constitucional peruano (1966-1975)", *Gaceta Informativa de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 17, México, enero-abril de 1976, pp. 123-165.

nes de la Constitución y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores.

43. Sin embargo, debido a que la doctrina peruana pugnó por una verdadera justicia constitucional, el artículo 80. de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 25 de julio de 1963 consagró claramente la revisión judicial de las disposiciones legales contrarias a la Constitución, estableciendo en su parte conducente que: "Cuando los jueces o tribunales, al conocer de cualquier clase de juicios, encuentran que hay *incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirán la primera . . .*".⁴²

44. B) Un segundo sector de ordenamientos constitucionales de Iberoamérica consagra, al lado de los efectos particulares, la *declaración general de inconstitucionalidad* de las leyes, con diversos matices, que procuraremos señalar en forma sintética.

45. a) La primera modalidad, y que podemos calificar como la más importante, debido a su reciente influencia en varios países del continente, es la llamada *acción popular de inconstitucionalidad*, originada, como se ha mencionado anteriormente, en los ordenamientos constitucionales de Colombia y Venezuela.

46. Por lo que se refiere a Colombia, el jurista estadounidense J. A. C. Grant señala que desde 1850 cualquier ciudadano podía solicitar a la Corte Suprema la nulidad de una ordenanza provincial,⁴³ y posteriormente, en el texto original de la Constitución de 1886, se estableció que la misma Corte Suprema debía pronunciarse con efectos generales sobre las objeciones de inconstitucionalidad de los proyectos de ley que le fueren sometidas por el Ejecutivo y, finalmente, en la reforma de dicha carta fundamental por el acto legislativo número 3 de 1910, se introdujo en forma clara la acción popular de inconstitucionalidad en el artículo 214 de la citada Constitución.⁴⁴

47. Dicho precepto fue reglamentado por la Ley 96 de 1936, que acoge esta impugnación de una manera muy amplia, habiéndose interpretado de manera liberal por la misma Corte Suprema, la que admitió que los extranjeros residentes podían intentar esta acción de inconstitucionalidad, la cual, según la doctrina, ha tenido efectos benéficos en la práctica.⁴⁵

⁴² Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional*, cit., *supra*, nota 16, pp. 40-41.

⁴³ *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes*, cit., *supra*, nota 10, pp. 78-79.

⁴⁴ Cfr. Jaime Sanín Greiffensten, *La defensa judicial de la Constitución*, Bogotá, 1971, pp. 103-109.

⁴⁵ Sobre el alcance de la acción popular de inconstitucionalidad en Colombia, cfr. Alvaro Copete Lizarralde, *Lecciones de derecho constitucional*, 3a. ed., Bogotá, 1960,

48. En 1945, el acto legislativo número uno dividió el control constitucional que ejercía únicamente la Corte Suprema, y confirió al Consejo de Estado, restaurado en 1914 según el modelo francés de la jurisdicción de lo contencioso administrativo,⁴⁶ la facultad de conocer sobre la constitucionalidad de los decretos dictados por el Ejecutivo.

49. La reforma constitucional de 1968 amplió las facultades de la Corte Suprema, pues además del conocimiento de los proyectos legislativos objetados por el Ejecutivo, y de la acción popular de inconstitucionalidad, que algunos tratadistas han calificado como *acción popular de inexigibilidad*,⁴⁷ que fue extendida para comprender los decretos dictados por el gobierno en ejercicio de las atribuciones de que tratan los artículos 76, ordinales 11 y 12 y 80, de la Constitución nacional—relativos a autorizaciones para celebrar contratos, negociar empréstitos, así como respecto de facultades temporales de carácter extraordinario y sobre planes y programas de desarrollo económico—;⁴⁸ dicha reforma introdujo un *procedimiento de revisión automática*, de la constitucionalidad de los decretos expedidos por el gobierno en los términos de los artículos 121 y 122 de la misma carta fundamental, sobre estado de sitio o estado de emergencia económica, que deben ser enviados por el mismo gobierno a la Corte Suprema de Justicia, al día siguiente de su expedición, para que decida definitivamente sobre su constitucionalidad, y en caso de no hacerlo, la misma Corte conocerá de oficio.⁴⁹

50. Un aspecto muy importante de la reforma constitucional de 1968, sobre la cual volveremos al tratar de los tribunales constitucionales, se refiere a la creación de una *Sala Constitucional* en la Corte Suprema, que elabora los dictámenes sobre las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas ante la propia Corte y que se turnan al pleno de la misma para su resolución definitiva, de acuerdo con la parte relativa

pp. 228-229; Francisco de Paula Pérez, *Derecho constitucional colombiano*, Bogotá, 5a. ed., 1962, pp. 449 y ss.; J. A. C. Grant, "Estudio comparativo de los sistemas de control de la constitucionalidad de las leyes", *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, núm. 32, México, octubre-diciembre de 1946, pp. 75 y ss.; Leopoldo Uprimy, "Verfassungsgerichtsbarkeit in Kolumbic" (La justicia constitucional en Colombia), en el volumen colectivo *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart* (La jurisdicción constitucional en la actualidad), Colonia, Berlín, 1962, pp. 372-374; Jaime Sañín Greiffenstein, *La defensa judicial*, cit., nota anterior, pp. 129-204; Luis Carlos Sáchica, *Constitucionalismo colombiano*, 3a. ed., Bogotá, 1976, pp. 108-110.

⁴⁶ Cfr. Carlos Restrepo Piedrahita, "Notas sobre la Corte Constitucional", separata de la *Revista de la Cámara de Comercio de Bogotá*, s.f., pp. 12-13.

⁴⁷ Cfr. Jaime Sañín Greiffenstein, *La defensa judicial*, cit., *supra*, nota 44, pp. 129 y ss.

⁴⁸ *Ibid.*, pp. 142-143.

⁴⁹ *Ibid.*, pp. 159-176.

del citado artículo 124 constitucional, en su texto vigente, y las disposiciones del decreto extraordinario número 432 de 1969.⁵⁰

51. La misma institución de la acción popular de inconstitucionalidad, con los efectos generales de la sentencia respectiva, surgió en Venezuela en la Constitución de 1858, ordinal 8o., pero sólo en relación con las leyes locales, y se fue perfeccionando hasta que se consolidó, inclusive respecto de las leyes nacionales, en la Constitución de 1893, artículos 17 y 110, ordinal 8o.⁵¹

52. En la Constitución federal vigente, de 23 de enero de 1961, esta acción de inconstitucionalidad está plenamente reconocida, ya que el artículo 215, en sus ordinales 3o. y 4o., establece que corresponde a la Corte Suprema de Justicia declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos de los cuerpos legislativos que sean contrarios a la Constitución, lo mismo que de las leyes locales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de las entidades federativas y de los municipios que contradigan a la ley suprema.⁵²

53. Descubrimos este instrumento procesal en el ordenamiento constitucional de Panamá, que lo introdujo en el artículo 188 de la carta fundamental de 2 de enero de 1941,⁵³ y se reiteró en los artículos 167 de la carta constitucional de 1o. de marzo de 1946, y 188 de la vigente ley suprema de 11 de octubre de 1972, reglamentados por la Ley sobre Recursos Constitucionales y de Garantía, de 24 de octubre de 1956.⁵⁴

⁵⁰ Cfr. Carlos Restrepo Piedrahita, *Notas sobre la Corte Constitucional*, cit., *supra*, nota 46, pp. 22-23.

⁵¹ Cfr. Ernesto Wolf, *Tratado de derecho constitucional venezolano*, Caracas, 1945, tomo II, pp. 167 y ss.

⁵² Cfr. Humberto J. La Roche, *Instituciones constitucionales del Estado venezolano*, 6a. ed., Maracaibo, Venezuela, 1976, pp. 128-129; José Guillermo Andueza Acuña, *La jurisdicción constitucional en el derecho venezolano*, 2a. ed., Caracas, 1974, pp. 45-54; sin embargo se observan restricciones al ejercicio de la acción popular en la Ley Orgánica de la Suprema Corte de Justicia de 30 de julio de 1976, especialmente el artículo 112 de dicho ordenamiento que suprime la acción popular pues dispone que sólo el afectado puede interponerla. Cfr. David Morales Bello, *Acción democrática y la Ley Orgánica de la Suprema Corte de Justicia*, Caracas, 1976, pp. 77-78.

⁵³ La parte relativa del referido artículo 188 de la Constitución de 1941 disponía: "A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, le corresponde decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos, ordenanzas y resoluciones denunciadas ante ella como inconstitucionales por cualquier ciudadano, con audiencia del procurador general de la Nación... Las decisiones dictadas por la Corte Suprema de Justicia en ejercicio de las facultades que este artículo le confiere, son finales, definitivas y obligatorias y deben ser publicadas en la *Gaceta Oficial*". Sobre el alcance de este precepto, cfr. J. D. Moscote, *El Derecho constitucional panameño*, Panamá, 1943, pp. 461-465; Carlos Bolívar Pedreschi, *El pensamiento constitucional del doctor Moscote*, Panamá, 1959, pp. 159-161.

⁵⁴ Ambos preceptos, 167 de la carta de 1946 y 188 de la vigente de 1972, son similares, y en la parte conducente, de la fracción 1 del último de los preceptos mencionados, se

54. La acción popular de inconstitucionalidad también fue introducida en la Constitución salvadoreña de 1950, en su artículo 96,⁵⁵ que también se reproduce en el precepto del mismo número de la carta fundamental vigente, promulgada el 8 de enero de 1962, y que se reglamenta por la Ley de Procedimientos Constitucionales de 14 de enero de 1960, artículos 6o. al 11.⁵⁶

55. El artículo 9o. de la Constitución de la provincia argentina del Chaco atribuye efectos generales a las resoluciones del superior tribunal de justicia local, cuando declare la inconstitucionalidad de una ley, decreto, ordenanza o disposición, lo que produce la nulidad, que dicho artículo califica de caducidad, de los preceptos impugnados, en la parte afectada por la citada declaración.⁵⁷

56. La doctrina, con apoyo en el diverso artículo 170, fracción I, de

dispone: "La Corte Suprema de Justicia tendrá, además de sus atribuciones constitucionales y legales, las siguientes: I. La guarda de la integridad de la Constitución, para lo cual la Corte en pleno conocerá y decidirá, con audiencia del procurador general de la Nación o del procurador de la Administración, sobre la inconstitucionalidad de las leyes, decretos, acuerdos, resoluciones y demás actos que por razones de fondo o de forma, impugna ante ella cualquier persona... Las decisiones de la Corte en ejercicio de las atribuciones señaladas en este artículo son finales, definitivas, obligatorias y deben publicarse en la *Gaceta Oficial*". Respecto de la Constitución de 1946, la doctrina es abundante en esta materia, y podemos citar a Víctor M. Goytia, *Las constituciones de Panamá*, Madrid, 1954, pp. 762-763; Carlos Bolívar Pedreschi, *El pensamiento constitucional*, cit., nota anterior, pp. 161-162; *id.*, *Jurisprudencia constitucional*, Panamá, 1967, pp. 17 y ss.; *id.* "El control de la constitucionalidad en Panamá", *Anuario de Derecho*, Panamá, 1963-1965, pp. 113-125; Jorge Fábrega P., *El doctor Eusebio Morales y el control de la constitucionalidad*, Panamá, 1965, pp. 10 y ss.; Sección de Investigación Jurídica de la Universidad de Panamá, *Jurisprudencia Constitucional*, Panamá, 1967, tomo I, pp. 15 y ss.

⁵⁵ Dicho artículo 96 preceptúa: "La Corte Suprema de Justicia 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."

⁵⁶ El texto de esta ley puede consultarse en el *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núm. 40, enero-abril de 1961, pp. 11-126, esp. 112-113. Cfr. Carlos Bovc Ticas, *El recurso de inconstitucionalidad*, San Salvador, agosto de 1967 (tesis doctoral mimeografiada).

⁵⁷ El referido artículo 9o. constitucional dispone: "Toda ley, decreto, ordenanza o disposición contraria a la ley suprema de la nación o a esta Constitución son de ningún valor y los jueces deberán declararlos inconstitucionales a requerimientos de las partes. *La inconstitucionalidad declarada por el Supremo Tribunal de Justicia produce la caducidad de la ley, decreto, ordenanza o disposición en la parte afectada por aquella declaración*"; precepto que debe relacionarse con el artículo 170, fracción I, de la misma ley fundamental, de acuerdo con el cual: "El Superior Tribunal de Justicia, tiene en lo judicial, las siguientes atribuciones, con arreglo a las normas legales respectivas: I. Ejerce jurisdicción originaria y exclusiva en los siguientes casos: a) *en la demanda de inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos o resoluciones que se promueven directamente en vías de acción*". Cfr. Segundo V. Linares Quintana, *Derecho constitucional de las nuevas provincias*, Buenos Aires, 1962, pp. 96 y 120.

la misma carta fundamental, señala la existencia de una acción popular para combatir las leyes inconstitucionales.

57. b) 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, se requiere la existencia de un grupo de reclamantes o de asesores.⁵⁸

58. En esta dirección podemos mencionar el llamado recurso de inconstitucionalidad, regulado por los artículos 962 a 969 del Código de Procedimientos Civiles de Costa Rica, de 25 de enero de 1933, reformado el 23 de diciembre de 1937, de acuerdo con los cuales se puede plantear una cuestión de inconstitucionalidad ante los jueces ordinarios y en un proceso concreto, que en última instancia es resuelto por la Corte Suprema, cuya sentencia de inconstitucionalidad posee efectos generales.⁵⁹

59. 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 2 de julio de 1939 —la segunda reformada el 7 de agosto de 1960—, 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.⁶⁰

⁵⁸ Cfr. Armando O. Silva, *Acción de inconstitucionalidad*, Resistencia, Chaco, Argentina, 1962, pp. 66-87.

⁵⁹ Aun cuando en sentido estricto no se establece una acción popular, ya que la denuncia de inconstitucionalidad sólo puede surgir en un proceso concreto, en forma similar al sistema italiano, cfr. Roberto Alfaro Valverde, *Recurso de amparo*, San José, 1959, p. 39 (tesis mimeografiada).

⁶⁰ El artículo 30 mencionado en primer término establece: "Toda ley, ordenanza, decreto u orden contrarios a esta Constitución, no tienen ningún valor y los jueces deben declararlos inconstitucionales. *La inconstitucionalidad declarada por el Tribunal Superior de Justicia, en ejercicio de su jurisdicción originaria, produce la caducidad de la ley, ordenanza, decreto y orden en la parte afectada por aquella declaración*". A su vez, el artículo 126, fracción I, inciso a), de la carta de Santiago del Estero, dispone: "En materia judicial, el Tribunal Superior de Justicia tiene las siguientes atribuciones, de conformidad con las normas que establezcan las normas de la materia: I. Ejercerá jurisdicción originaria y exclusiva en los siguientes casos: . . . c) en las gestiones acerca de la constitucionalidad de las leyes, decretos, ordenanzas, resoluciones o reglamentos que estatuyan en materia regida por esta Constitución y que se promuevan directamente ante el mismo por la *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 . . .*"

60. Un sistema intermedio lo descubrimos 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 ya no puede aplicarse en cuanto es publicada la resolución respectiva.⁶¹

61. En la República de Cuba la acción de inconstitucionalidad fue objeto de una paulatina evolución, que resulta conveniente señalar, ya que destaca la tendencia hacia la ampliación de los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad, tomando en cuenta que a partir de la Ley de 17 de marzo de 1922, después de dos sentencias de inconstitucionalidad dictadas por el tribunal supremo, el órgano de quien emanó la disposición debía derogarla; posteriormente, las leyes constitucionales de 3 de febrero de 1934 y 11 de julio de 1935 determinaron que una sentencia del tribunal supremo producía efectos derogatorios de la disposición legislativa declarada inconstitucional.⁶²

62. Esta evolución culminó en la Constitución de 26 de julio de 1940, en la cual se estableció un Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, que se integraba como una sala especializada del tribunal supremo, formada por el presidente de dicho tribunal y cuando menos por quince magistrados (artículo 172).

63. De acuerdo con el artículo 182, inciso a), de la propia ley fundamental, el citado tribunal tenía facultad para conocer de los "recursos de inconstitucionalidad contra las leyes", que podían ser interpuestos no sólo por los afectados, sino por veinticinco ciudadanos, en su calidad de tales (artículo 194, inciso b), y los efectos de las decisiones que declarasen la inconstitucionalidad eran de carácter general, es decir, determinaban la derogación de las disposiciones impugnadas.⁶³

64. Este mismo sistema fue incorporado, en teoría, en los artículos 150, 160, 161, 172 y 173 de la ley fundamental de 1959, promulgada por el gobierno encabezado por Fidel Castro, con posterioridad al triun-

⁶¹ De acuerdo con el artículo mencionado: "Cuando el Tribunal Superior declare por *tercera vez* la inconstitucionalidad de una norma, materia de litigio, contenida en una ley, decreto, resolución, ordenanza o reglamento, originado en cualquier jurisdicción, el mismo Tribunal Superior, en *resolución expresa dictada por separado*, podrá declarar suspendida la vigencia de la norma inconstitucional, que dejará de ser obligatoria a partir de la publicación de dicha resolución".

⁶² Cfr. Eloy G. Merino Brito, *El recurso de inconstitucionalidad y su jurisprudencia*, La Habana, 1938, pp. 18 y ss.

⁶³ Cfr. Juan Clemente Zamora, "La defensa de la Constitución en la legislación cubana", *Revista Mexicana de Derecho Público*, México, octubre-diciembre de 1946, pp. 123 y ss.

fo de la revolución que terminó con la dictadura de Fulgencio Batista,⁶⁴ pero además de que no tuvo aplicación práctica, fue sustituido por el sistema socialista de los tribunales populares, en la reforma constitucional de 13 de junio de 1973,⁶⁵ evolución que culminó con la promulgación de la Constitución socialista de 24 de febrero de 1976, en la cual, según el modelo soviético, se sustituye el sistema de la revisión judicial por el de control legislativo, en cuanto el artículo 70, inciso f), de la misma ley fundamental, confiere a la Asamblea Nacional del Poder Popular, la atribución de decidir acerca de la constitucionalidad de las leyes, decretos-leyes, decretos y demás disposiciones de carácter general, así como también respecto de aquellos actos del poder público emanados de órganos locales.⁶⁶

65. De paso podemos mencionar, si bien volveremos sobre el tema al analizar a los tribunales constitucionales, que según los artículos 284, párrafo 4o., de la Constitución guatemalteca de 15 de septiembre de 1965, y 107, párrafo 4o. de la Ley de Amparo, *Habeas Corpus* y de Constitucionalidad, de 3 de mayo de 1966, cualquier persona o entidad a quien afecte directamente la inconstitucionalidad de la ley o disposición gubernativa impugnada, puede acudir ante la llamada Corte de Constitucionalidad para interponer el recurso de inconstitucionalidad, con el auxilio de diez abogados en ejercicio, en la inteligencia de que la declaración respectiva tiene efectos generales.⁶⁷

66. Para complementar el panorama de la impugnación de las leyes inconstitucionales en Iberoamérica, debemos recordar que la Constitución republicana española de 1931 introdujo un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal de Garantías Constitucionales, en la inteligencia de que la sentencia respectiva tenía efectos generales si estimaba que se había infringido el procedimiento legislativo, y particulares para las partes en el asunto concreto en el cual se planteaba la cuestión, en el supuesto de que la contradicción fuese de carácter material.

67. Con motivo del triunfo de Francisco Franco se derogó la citada Constitución, y no fue sino hasta la Ley Orgánica del Estado, promulgada el 10 de enero de 1967 por el gobierno franquista, cuando se

⁶⁴ Cfr. Emilio Menéndez, "El Poder Judicial y la Constitución", *Comparative Juridical Review*, vol. 2, Coral Gables, Florida, 1962, pp. 77 y ss.

⁶⁵ Cfr. Reinaldo Chalbaud Zerpa, "El Poder Judicial en Cuba", *Anuario*, núm. 5, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, Mérida, Venezuela, 1974, pp. 138 y ss.

⁶⁶ Cfr. Reinaldo Chalbaud Zerpa, *El nuevo sistema constitucional socialista cubano*, Mérida, Venezuela, 1976, pp. 59-61.

⁶⁷ Cfr. Mario Aguirre Godoy, *Protección procesal de los derechos humanos*, cit., *supra*, nota 31, p. 22.

intentó la introducción de un sistema de justicia constitucional, que puede calificarse de pintoresco en el mejor de los casos, ya que estableció el llamado *recurso de contrafuero*, en sus artículos 59 a 66, el cual no era otra cosa que un instrumento de control de constitucionalidad de las leyes o de disposiciones generales de gobierno, que vulnerasen: "los principios del Movimiento Nacional o las demás leyes fundamentales del Reino". Estos preceptos fundamentales fueron reglamentados por la Ley número 8 de 5 de abril de 1968.⁶⁸

68. Durante la vigencia formal de las citadas disposiciones, la doctrina española formuló severas críticas al sistema mencionado, por estimar que asumía naturaleza política y se caracterizaba por su dispersión orgánica, pues no obstante su regulación alambicada, en última instancia la inconstitucionalidad debía resolverse por el jefe del Estado, o sea, en esencia por el mismo órgano que había intervenido en la expedición directa o indirecta de las disposiciones impugnadas.⁶⁹

69. Tenemos la esperanza de que en la Constitución que debe dictarse por las Cortes electas democráticamente en las elecciones de 1977, se restablezca o se perfeccione un verdadero sistema de justicia constitucional adecuado para la nueva realidad político-jurídica española.⁷⁰

70. Finalmente, la Constitución democrática portuguesa de 2 de abril de 1976 configura un sistema de justicia constitucional también de carácter mixto, pues al lado del modelo americano consagrado por el artículo 207 de dicha ley fundamental, que confiere a los tribunales ordinarios la facultad de resolver sobre las cuestiones de inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas, con efectos particulares para el caso concreto en el cual se hubiese planteado la cuestión, que en ciertos casos culmina con un recurso ante un órgano específico denominado *Comisión Constitucional*, también establece un sistema de declaración general, con caracteres peculiares.⁷¹

⁶⁸ El texto de esta ley puede consultarse en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Madrid, 1968, pp. 339-348. Para todo lo relativo al recurso de contrafuero, *cfr.* Andrés Diego Sevilla, "La defensa de la Constitución en la Ley Orgánica española", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, enero-marzo de 1967, pp. 294-302.

⁶⁹ *Cfr.* José Almagro Nosete, "Potención procesal de los derechos humanos en España", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, Madrid, 1973, pp. 19-21.

⁷⁰ En la "Encuesta sobre justicia constitucional", publicada en el *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, Madrid, 1971, aparecen varias opiniones de distinguidos juristas españoles, en las cuales se advierte la tendencia de superar la situación provocada por el citado "recurso de contrafuero", a través de una verdadera y propia jurisdicción constitucional, tal como existió en la Constitución republicana de 1931.

⁷¹ *Cfr.* Faustino Gutiérrez Alviz y Armario, "La justicia, según la Constitución portuguesa de 2 de abril de 1976", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana* Madrid, 1976, pp. 575-581.

71. En efecto, en el citado ordenamiento constitucional se creó un organismo de control denominado Consejo de la Revolución, que entre otras facultades posee la de decidir sobre cuestiones de inconstitucionalidad con efectos generales.

72. El sistema portugués es demasiado complejo pero en forma sucinta puede describirse de la siguiente manera: el órgano esencial de control constitucional, que como hemos dicho se denomina *Consejo de la Revolución*,⁷² y que en cierto modo, salvo su integración predominante militar, recuerda al *Consejo Constitucional francés*, aun cuando el primero, además de la función de control preventivo de la constitucionalidad, característica esencial del segundo,⁷³ posee facultades mucho más amplias, si se toma en cuenta que el citado control preventivo se efectúa a petición del presidente de la República, o de oficio, a fin de que pueda pronunciarse sobre los proyectos de ley de la Asamblea de la República, y en el supuesto de que el citado Consejo los considere contrarios a la ley suprema, el mismo presidente debe ejercer el veto suspensivo, con objeto de que la Asamblea mencionada considere nuevamente el proyecto, con voto calificado de dos tercios de los diputados presentes.

73. También corresponde al Consejo de la Revolución formular recomendaciones a la Asamblea, de la República, cuando en su concepto ésta incurra en *omisión* de las medidas legislativas necesarias para desarrollar y ejecutar las normas constitucionales, así como decidir obligatoriamente sobre la constitucionalidad de las disposiciones legislativas ya en vigor, cuando hubiese sido requerido para ello por el presidente de la República, o por el presidente de la Asamblea el primer ministro, el proveedor o ministro de justicia; el procurador general de la República, o la Asamblea de las Regiones Autónomas.⁷⁴

74. Finalmente, el aludido Consejo puede declarar con fuerza obli-

⁷² El citado Consejo de la Revolución está integrado por el presidente de la República; el jefe y el vicejefe del Estado Mayor de las Fuerzas Armadas; los jefes de Estado Mayor de las tres ramas de las Fuerzas Armadas; el primer ministro, cuando sea militar; catorce oficiales, siendo oído el Ejército, tres de las fuerzas aéreas y tres de las armadas, designados por las ramas respectivas de dichas fuerzas. Cfr. Faustino Gutiérrez Alviz, *La justicia según la Constitución portuguesa*, cit., nota anterior, p. 578.

⁷³ Entre la abundante bibliografía sobre el Consejo Constitucional francés, citaremos sólo algunos estudios como los de Louis Favoreau, "Le Conseil Constitutionnel régulateur de l'activité normative des pouvoirs publics", *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, París, enero-febrero de 1967, pp. 115-120; Salo Engel, "El control judicial posterior y examen político previo en la Francia de la postguerra", *Revista Jurídica Interamericana*, Nueva Orleans, 1964, pp. 73-92; James E. Beardsley, "The Constitutional Council and Constitutional Liberties in France", *The American Journal of Comparative Law*, verano de 1972, pp. 431-452.

⁷⁴ Cfr. Faustino Gutiérrez Alviz, *La justicia, según la Constitución portuguesa*, cit., *supra*, nota 72, p. 579.

gatoria general, la inconstitucionalidad de una norma cuando el órgano técnico que le está adscrito, denominado Comisión Constitucional, la hubiese considerado inconstitucional en tres casos concretos, o en uno sólo si se trata de inconstitucionalidad orgánica o formal.

75. Por lo que respecta a la referida *Comisión Constitucional*, integrada en su mayor parte por jueces y juristas, conjuntamente con algunos ciudadanos, todos ellos designados por cuatro años con garantías de imparcialidad e inamovilidad,⁷⁵ puede también intervenir en la función de justicia constitucional, en cuanto le corresponde formular dictámenes sobre las cuestiones que le somete el Consejo de la Revolución, según se ha visto; pero también puede decidir, así sea con efectos particulares, respecto del recurso de última instancia que pueden interponer los afectados y, obligatoriamente, el ministerio público, cuando los tribunales dejen de aplicar disposiciones contenidas en leyes, decretos-leyes, reglamentos, decretos regionales o disposiciones similares, apoyándose en su inconstitucionalidad; en la inteligencia de que dichas decisiones de la Comisión Constitucional sólo adquieren efectos generales cuando así lo decida el Consejo de la Revolución en los términos señalados en el número anterior de este trabajo.⁷⁶

IV. VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LA DECLARACIÓN GENERAL

76. Al reiterar nuestra afirmación de que en la práctica los sistemas americano y austriaco se encuentran combinados y que la declaración general de inconstitucionalidad puede presentarse en ambos sistemas, también podemos sostener que el estudio de los problemas derivados de dicha declaración general se ha planteado con motivo del establecimiento de los tribunales constitucionales, inspirados en el modelo austriaco.

77. En efecto, con motivo de la creación de los tribunales constitucionales especializados, según el ejemplo de la Constitución austriaca de 1920, reformada en 1929, la doctrina, especialmente en Italia y en Alemania, comenzó a interrogarse sobre la naturaleza de los citados

⁷⁵ De acuerdo con el artículo 283 del citado ordenamiento fundamental, la Comisión Constitucional se integra por un miembro del Consejo de la Revolución, designado por el Tribunal Supremo de Justicia y los restantes por el Consejo Superior de la Magistratura, de los cuales dos deberán ser jueces de los tribunales de apelación y dos de los tribunales de primera instancia; cuatro ciudadanos de reconocidos méritos, designados uno por el presidente de la República, otro por la Asamblea de la República y los restantes por el Consejo de la Revolución, de los cuales uno de ellos deberá ser jurista de comprobada competencia.

⁷⁶ Cfr. Faustino Gutiérrez Alviz, *La justicia según la Constitución portuguesa*, cit., *supra*, nota 72, pp. 580-581.

órganos de justicia constitucional, así como en relación con la de los efectos generales de sus resoluciones declaratorias de inconstitucionalidad.

78. Se han elaborado en los últimos años un número sorprendente de libros, artículos y monografías sobre esta apasionante materia,⁷⁷ en los cuales se refleja la preocupación sobre la necesidad de perfeccionar un sistema que permita lo que el ilustre Jellinek veía como una simple aspiración a principios de este siglo, es decir, la existencia de un orden jurídico constitucional inviolable.⁷⁸

79. En particular debe señalarse que algunos tratadistas alemanes, apoyándose en los argumentos sostenidos por Carl Schmitt durante la vigencia de la Constitución de la República de Weimar de 1919,⁷⁹ han expresado en esta segunda posguerra el temor de que las facultades otorgadas a los jueces constitucionales pudieran conducir hacia un gobierno judicial, o inclusive, provocar la dictadura de los jueces.⁸⁰

80. Lo cierto es que, como resultado de un apasionado debate, el sector mayoritario de los juriconsultos germano-italianos, que como hemos afirmado son los que se han ocupado con mayor intensidad de esa cuestión, han llegado a la conclusión de que la sentencia que declara la inconstitucionalidad de una disposición legislativa con efectos generales debe considerarse como un verdadero y propio acto jurisdiccional,⁸¹ no obstante la opinión de tratadistas tan autorizados como el mismo Hans Kelsen, quien consideró la función de los tribunales constitucionales de naturaleza "legislativa-negativa",⁸² o de Piero Calamandrei, quien la estimó "paralegislativa",⁸³ o de algunos otros autores, que la calificaron como una función constitucional autónoma.⁸⁴

81. Sin embargo y con independencia de la naturaleza de la senten-

⁷⁷ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional*, cit., *supra*, nota 16, pp. 9-18.

⁷⁸ *Teoría general del Estado*, trad. de Fernando de los Ríos Urruti, Madrid, 1915, tomo II, p. 537.

⁷⁹ *La defensa de la Constitución*, trad. de Manuel Sánchez Sarto, Barcelona, 1931, pp. 21-32.

⁸⁰ Cfr. Otto Bachof, *Juez y Constitución*, trad. de Rodrigo Bercowitz Rodríguez-Cano, Madrid, 1938, pp. 35-59; *Id.* "El juez constitucional entre derecho y política", trad. León Cortiñas Peláez, *Universitas*, Stuttgart, 1966, pp. 125-140.

⁸¹ La bibliografía es muy extensa, por lo que nos remitimos a la señalada en la nota 89 de nuestro trabajo, *La declaración general de inconstitucionalidad y el juicio de amparo*, cit., *supra*, p. 77, nota 6.

⁸² *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Máynez, México, 1949, p. 282.

⁸³ *La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil*, cit., *supra*, nota 15, pp. 84 y ss.

⁸⁴ Cfr. Gaetano Azzaritti, "Sulla illegittimità costituzionale delle leggi", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milán, 1959, pp. 437-450; Nicola Jeger,

cia de inconstitucionalidad con efectos generales, lo que importa a nuestro propósito es dilucidar las ventajas o inconvenientes de esta declaración *erga omnes* respecto a la resolución con efectos particulares, que se traduce en la desaplicación de las disposiciones legales impugnadas, ya que este problema no ha sido analizado con la debida profundidad por los tratadistas iberoamericanos, si tomamos en cuenta el limitado número de estudios que se han publicado en relación con esta cuestión fundamental y lo comparamos con la abrumadora bibliografía de los juristas europeos.

82. A este respecto consideramos ilustrativo el debate que se ha producido entre los jurisconsultos canadienses, los que, sin tomar partido directo por alguna de las corrientes en pugna, sino exclusivamente por razones de carácter práctico, han analizado el problema en relación con las dos instituciones que coexisten en el ordenamiento constitucional de Canadá.

83. En efecto, en el derecho constitucional canadiense se ha establecido, por una parte, la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, similar a la estadounidense, o sea con efectos particulares, al menos en principio, la que se traduce en la desaplicación de las disposiciones legales declaradas inconstitucionales por jueces ordinarios en un proceso concreto;⁸⁵ pero también se ha configurado un sistema de declaración general que se atribuye esencialmente a la Suprema Corte de Canadá —y en ciertos casos a los tribunales supremos de las provincias— a través de una institución aparentemente consultiva, que se denomina *reference cases*, pero que se ha traducido en forma aproximada como "opinión judicial consultiva",⁸⁶ lo que en nuestra convicción nos confirma que pueden coexistir en un mismo ordenamiento constitucional ambos tipos de declaraciones (general y particular) sobre la inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas.

84. Esta institución puede describirse muy sucintamente como la atribución que se otorga a los citados tribunales, a fin de que, a petición del gobernador de la Unión o de los vicegobernadores de las propias provincias, se pronuncie sobre la constitucionalidad de una ley o inclusive, aunque con menor frecuencia, de un proyecto de ley; decisión que formalmente se considera como una opinión de tipo consultivo, pero que se publica como sentencia y se obedece como tal por las auto-

La Corte Costituzionale nei primi tre anni della sua attività, en la misma *Rivista*, 1958, pp. 773 y ss.; *Id.*, "Sui limiti di efficacia delle decisioni della Corte Costituzionale" *Rivista di Diritto Processuale*, Pádua, 1958, pp. 372-373.

⁸⁵ Cfr. J. A. C. Grant, "Judicial review in Canada, Procedural Aspects", *The Canadian Bar Review*, Ottawa, mayo de 1964, pp. 147 y ss.

⁸⁶ Cfr. J. A. C. Grant, *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes*, cit., *supra*, nota 10, pp. 87-88.

ridades respectivas, en la inteligencia de que esa resolución produce efectos generales, ya que la ley considerada inconstitucional no puede aplicarse en el futuro.⁸⁷

85. En el excelente estudio colectivo intitulado *Estudios sobre el federalismo*, dirigido por los profesores Robert L. Bowie y Carl J. Friedrich,⁸⁸ se condensan gráficamente las objeciones que se han formulado a las citadas opiniones judiciales consultivas, y que pueden aplicarse, como los mismos autores señalan, a cualquier tipo de sentencia declaratoria de inconstitucionalidad de disposiciones legislativas, con efectos generales, y además son argumentos similares a los que se hacen valer por los adversarios de la declaración general en los países iberoamericanos.

86. a) Los tribunales se verían envueltos en los procesos políticos, con el riesgo de perder el respeto popular por el abandono de la verdadera función judicial.

87. b) Se debilita y se diluye la responsabilidad de los órganos legislativos en la formulación de las leyes.

88. c) Los propios tribunales se ven privados del beneficio de la experiencia del pleno desarrollo de los hechos, para imponer la validez a la legislación.⁸⁹

89. Estas objeciones que pudieron aceptarse durante el siglo XIX y los primeros años del presente, se desvanecen en la actualidad, debido a la transformación de los conceptos tradicionales de la división de los poderes, de la función jurisdiccional, de la distinción entre justicia y política, etcétera.

90. En primer lugar, ya se ha observado que contra las predicciones de la politización de la justicia a que se refería Carl Schmitt en las primeras décadas de este siglo,⁹⁰ la intervención de los tribunales en la delicada función de tutelar las disposiciones constitucionales contra las extralimitaciones de cualquier autoridad, incluyendo las legislativas, no ha producido los conflictos políticos que se vaticinaban, sino todo lo contrario, se ha establecido una corriente de comprensión entre los órganos legislativos y los judiciales debido a la labor eminentemente técnica y delicadamente equilibradora de los segundos.⁹¹

⁸⁷ Cfr. Gerald Rubin, "The nature, use and effect of reference cases in Canadian Constitutional Law", en el volumen colectivo *The Courts, and the Canadian Constitution*, Toronto, 1964, pp. 220 y ss.; Bora Laskin, *Canadian Constitutional Law*, 2a. ed., Toronto, 1960, pp. 144 y ss.

⁸⁸ Trad. de Susana Barrientos, Buenos Aires, 1958.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 164.

⁹⁰ *La defensa de la Constitución*, cit., *supra*, nota 79, pp. 23-25.

⁹¹ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional*, cit., *supra*, nota 16, pp. 73-74 y 81.

91. Esta situación de equilibrio es subrayada por un estudio reciente sobre el tema de las relaciones entre los tribunales constitucionales de la República Federal de Alemania,⁹² de la República Italiana,⁹³ y la Suprema Corte Federal de los Estados Unidos,⁹⁴ en los cuales se demuestra la prudencia con la cual han actuado estos órganos de justicia constitucional, que por sus amplias facultades pueden considerarse como los más importantes de nuestra época; pero cuyo tacto les ha permitido llevar relaciones cordiales con los legisladores, no obstante que su función de control sobre estos últimos no puede considerarse como tímida.

92. Lo que ocurre con los que objetan la declaración general es que parten de un concepto de política muy impreciso, que se confunde con las luchas electorales y partidistas, pero no existe duda de que todo juez que decide sobre la constitucionalidad de las disposiciones legislativa e inclusive respecto de cualquier acto de autoridad, no obstante que se trate de un juez ordinario y lo haga respecto de un caso concreto, efectúa una actividad al mismo tiempo jurisdiccional y política, entendida esta última como la interpretación y aplicación de los valores supremos contenidos en la carta fundamental.⁹⁵

93. Esta función política se acentúa tratándose de los tribunales constitucionales, en la inteligencia de que entendemos por tales no sólo a los de carácter específico como los establecidos según el modelo austriaco, sino a todos aquéllos cuya función esencial sea la justicia constitucional, aun cuando no sea la única, como ocurre tratándose de la Suprema Corte Federal de los Estados Unidos.⁹⁶

94. Pero esta actividad política de los jueces constitucionales no debe confundirse con la que realizan los otros dos órganos del poder, ya que la de estos últimos es la que, a falta de una designación más adecuada, puede calificarse como "activa", que puede distinguirse de la "técnica" de carácter judicial, y que se traduce esta última en pocas palabras, en una gran libertad de elección debido al marco amplísimo

⁹² Cfr. Wiltraut Rupp von Brunneck, "Admonitory Functions of the Constitutional Courts in Germany: The Federal Constitutional Court", *The American Journal of Comparative Law*, verano de 1972, pp. 387-403.

⁹³ Vincenzo Vigoritti, "Italy. The Constitutional Court", en la misma revista citada nota anterior, pp. 404-444.

⁹⁴ Hans A. Linde, "The United States Experience", en la revista mencionada en las dos notas anteriores, pp. 415-430.

⁹⁵ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *El juez ante la norma constitucional*, cit., *supra*, nota 13, pp. 67-74; Mauro Cappelletti, "L'attività e i poteri del giudice costituzionale in rapporto con il loro fine generico", *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, Pádua, 1957, pp. 16 y ss., del sobretiro.

⁹⁶ Cfr. Paul G. Kauper, "The Supreme Court; Hybrid Organ of State", *South Western Law Journal*, Dallas, Texas, otoño de 1967, pp. 573-590.

de las disposiciones constitucionales, lo que 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 en las cartas constitucionales.⁹⁷

95. Por otra parte, aun desde el punto de vista técnico, se ha transformado el concepto de "cuestiones políticas" o *political questions*, como aspectos ajenos al control jurisdiccional, ya que inclusive la Suprema Corte de los Estados Unidos, que nos sirve constantemente de ejemplo, ha abandonado su criterio tradicional de abstención ante estos problemas y a partir del famoso asunto *Baker versus Carr*, abordó aspectos electorales, con lo cual se ha acentuado su función de carácter político, siempre desde el ángulo técnico.⁹⁸

98. Pero esta creciente intervención de los jueces constitucionales en actividades anteriormente reservadas en forma exclusiva a los otros órganos del poder, no ha producido efectos prejudiciales, como se temía por algunos tratadistas y políticos, sino que se ha mostrado inclusive necesaria, debido a la complejidad, suprema abstracción y orientaciones axiológicas de las disposiciones constitucionales.

97. En este terreno, por tanto, no existe diferencia apreciable entre la declaración de inconstitucionalidad con efectos generales y aquella que se traduce en la desaplicación para el caso concreto, ya que en ambos casos los jueces constitucionales —entendidos en un sentido amplio— realizan una función de política técnica, cuya intensidad sólo establece una distinción de grado, pero no de esencia.

98. La segunda objeción relativa a la afectación de la labor legislativa resulta sencilla de contestar, ya que al formular ese argumento se está pensando en un organismo legislativo clásico, sin tomar en consideración las profundas transformaciones que ha experimentado, aun en los países en los cuales teóricamente representa un papel preponderante, como en Inglaterra, y aquéllos otros cuya forma de gobierno se sigue calificando de "parlamentaria".⁹⁹

99. Al respecto, bastaría mencionar las profundas observaciones del tratadista alemán Otto Bachof, quien afirma 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

⁹⁷ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *El juez ante la norma constitucional*, cit., *supra*, nota 13, p. 68.

⁹⁸ Cfr. Karl Loewenstein, "La función política del Tribunal Supremo de los Estados Unidos", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, enero-febrero de 1964, pp. 5-39.

⁹⁹ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "Valor actual de principio de la división de poderes y su consagración en las Constituciones de 1857 y 1917", *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núms. 58-59, enero-agosto de 1967, p. 83-86.

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 —el judicial— que posea la serenidad y la técnica necesarias para vigilar su conformidad con la Constitución.¹⁰⁰

100. Una ojeada, así sea superficial, a las transformaciones ocurridas desde la primera posguerra, pero esencialmente en esta segunda que todavía no puede lograr una paz duradera, nos permite concluir que la concepción clásica de la tripartición de los órganos del poder con una tendencia hacia la supremacía del cuerpo legislativo, se ha alterado sustancialmente, y en todo caso partiendo del supuesto de que todavía constituye un principio esencial en los países occidentales —ya que los ordenamientos socialistas la rechazan categóricamente—;¹⁰¹ el departamento ejecutivo, cuya denominación ya resulta totalmente anacrónica, ha aumentado tremendamente sus facultades, aun en los sistemas calificados de parlamentarios,¹⁰² y el contrapeso de sus actividades, no sólo administrativas y de gobierno, sino crecientemente legislativas, tanto en forma directa —decretos-leyes— como indirectamente por conducto de las iniciativas que aprueba casi sin objeciones el órgano legislativo, descansa actualmente en los integrantes del departamento judicial.

101. Finalmente, el tercer argumento contrario a la declaración general posee una mayor fuerza aparente, tomando en consideración que la aplicación de una disposición legal puede producir una experiencia que puede resultar decisiva para su confrontación con las normas constitucionales, experiencia que en principio no se produce si las leyes ordinarias son declaradas inconstitucionales con efectos generales, con mayor razón cuando el control es de carácter preventivo, es decir respecto de los proyectos legislativos todavía no promulgados, pues entonces las disposiciones respectivas no pueden aplicarse al mundo cambiante de la realidad.

102. Pero este razonamiento pierde su fuerza si tomamos en consideración que no en todos los casos la impugnación de inconstitucionalidad se produce antes de que la ley pueda ser aplicada a los casos

¹⁰⁰ *Juez y Constitución*, cit., *supra* nota 80, pp. 41 y ss.

¹⁰¹ *Cfr.*, entre otros, Jaroslaw Radew, "Montesquieu und seine Lehre von der Teilung der Gewalten" (Montesquieu y su teoría de la división de los poderes), *Staat und Recht* (Estado y Derecho), Berlín, diciembre de 1959, pp. 156 y ss.

¹⁰² *Cfr.*, el interesante estudio de Paul Marie Gaudemct, *Le Pouvoir Exécutif dans les pays occidentaux*, París, 1966.

concretos, más bien sucede lo contrario, ya que si bien es verdad que existe esa posibilidad de combatir un ordenamiento antes de ser aplicado, lo cierto es que en la mayor parte de los casos la impugnación deriva de la aplicación de la disposición constitucional a una o a una serie de situaciones concretas, ya sea a través de un proceso judicial o bien en relación con actos y resoluciones administrativas.

103. Ya hemos señalado inclusive que en Italia, además de la acción directa, que cuantitativamente se presenta con menos frecuencia,¹⁰³ en la mayoría de los casos la cuestión de inconstitucionalidad surge en un proceso concreto en la forma prejudicial ya mencionada anteriormente, y la misma situación también existe, para citar otro ejemplo muy importante, en el sistema de impugnaciones ante el Tribunal Federal Constitucional de la República Federal de Alemania, que la doctrina califica como *konkrete Normenkontrolle*, es decir, control concreto de la constitucionalidad de las leyes,¹⁰⁴ y algo similar puede afirmarse en relación con la Corte Constitucional austriaca.¹⁰⁵

104. En el fondo de la objeción existe el temor de que los tribunales constitucionales, o en términos más amplios, los jueces encargados de conocer las cuestiones de constitucionalidad, pronuncien constantes declaraciones generales de inconstitucionalidad, afectando seriamente el funcionamiento del órgano parlamentario —o inclusive al Ejecutivo cuando legisla directa o indirectamente—, sin tomar en consideración las situaciones prácticas, constantemente variables y complejas.

105. Pero si examinamos el resultado de la actividad de los tribunales constitucionales, podemos llegar a una conclusión tranquilizadora, ya que todos ellos parten del principio fundamental de la interpretación constitucional, de que toda norma legislativa se presume constitucional y que se debe apreciar de tal manera que pueda armonizarse

¹⁰³ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Veinticinco años de la justicia constitucional*, cit. *supra*, nota 16, p. 72.

¹⁰⁴ Cfr. Hans Lechner, "Die Verfassungsgerichtsbarkeit" (Jurisdicción constitucional), en la obra *Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und der Praxis der Grundrechte* (Los derechos fundamentales. Manual de la teoría y la práctica de los derechos fundamentales), Berlín, 1959, tomo III, vol. II, pp. 660; Ernst Friesenhahn, "Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland" (La jurisdicción constitucional en la República Federal de Alemania), en la obra colectiva *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, cit., *supra*, nota 45, pp. 136-144.

¹⁰⁵ Cfr. Walter Frisch Philip, *La forma en que se plasmó la teoría pura del Derecho*, cit., *supra*, nota 12, pp. 132-143. Hans Kelsen, *Judicial Review of Legislation*, cit., *supra*, nota 15, pp. 191-195; Erwin Melichar, "Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Osterreich" (La jurisdicción constitucional en Austria), en el volumen *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart*, cit., *supra*, nota 45, pp. 458-460; Félix Ermacora, *Die Verfassungsgerichtshof* (La Corte Constitucional), Graz, Austria, pp. 214-263.

con la carta fundamental, y sólo en el supuesto de que no pueda lograrse esta concordancia, debe declararse inconstitucional.¹⁰⁶

106. Por otra parte, la jurisprudencia de los tribunales y jueces constitucionales más importantes, es decir la elaborada por la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, y los tribunales y cortes constitucionales de Italia, República Federal de Alemania y Austria, ha resultado de valor incalculable en cuanto ha establecido una serie de principios de gran utilidad para la integración de las normas constitucionales, las que por su excesiva generalidad y proyección axiológica no pueden captarse en su integridad por el legislador, sino que se requiere la interpretación técnica de los jueces especializados, como lo analizaremos en detalle más adelante, interpretación indispensable para lograr el desarrollo armónico de las propias disposiciones de la Constitución.¹⁰⁷

107. Una vez que consideramos disipados los temores sobre los efectos negativos de la declaración general de inconstitucionalidad, es preciso resaltar las ventajas de su establecimiento al lado de la desaplicación de las disposiciones legislativas, ya que ambos sistemas no son incompatibles, como se ha sostenido reiteradamente, e inclusive sin exageración puede afirmarse la necesidad de dicha declaración general en la época contemporánea, y al respecto examinaremos en vía de ejemplo dos razonamientos esenciales que apoyan nuestro punto de vista:

108. En primer término puede observarse que cuando se utiliza exclusivamente el principio de la desaplicación de la ley inconstitucional en los casos concretos y para las partes que intervinieron en los procesos en los cuales se pronunciaron las sentencias respectivas, se crea una situación de injusticia muy evidente, es decir, los destinatarios de las disposiciones inconstitucionales se dividen en dos sectores: por una parte los que tuvieron la oportunidad de contar con el asesoramiento de abogados que plantearon correctamente la cuestión de inconstitucionalidad, o tuvieron la suerte de que el juez de la causa, o en ciertos casos, el ministerio público, tuviera dudas sobre la constitucionalidad de la ley aplicable, y que por lo tanto, al ser protegidos por las sentencias respectivas, no están obligados a cumplir las disposiciones contrarias a la ley suprema; y por el contrario existe un segundo grupo formado por aquellos gobernados menos afortunados que los primeros, y que en muchos casos son los más numerosos, que por ignorancia, ca-

¹⁰⁶ Cfr. Segundo V. Linares Quintana, "La interpretación constitucional", *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 22 de octubre de 1960, pp. 1-5; *Id.* Buenos Aires, 1963, pp. 425 y ss:

¹⁰⁷ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *El juez ante la norma constitucional*, cit., *supra*, nota 13, pp. 67-74.

rencia de medios económicos, o por ambos, que generalmente van unidos, no cuentan con dicho asesoramiento y por lo tanto, al no impugnar las disposiciones inconstitucionales se encuentran en la obligación de cumplirlas, con todo lo cual se viola uno de los principios esenciales del sistema democrático de organización político-social, o sea, el de *la igualdad de los gobernados ante la ley*.¹⁰⁸

109. La violación de ese principio fundamental resulta todavía menos justificable en nuestra época, en la cual se pretende lograr, hasta donde ello resulte posible, la igualdad de los gobernados, al menos desde el punto de vista de las oportunidades,¹⁰⁹ que es uno de los aspectos esenciales del moderno Estado de derecho social, que en los países angloamericanos se califica como *Welfare State*,¹¹⁰ por lo que no puede admitirse que sólo un grupo de los destinatarios de las normas legislativas consideradas inconstitucionales estén exceptuados de su cumplimiento, en tanto que otro sector, generalmente el más numeroso y en situación de desventaja económica, cultural y política, tenga que obedecer las mismas normas.

110. Como si lo anterior no fuese bastante, además existen razones de carácter operativo que nos llevan a la conveniencia e inclusive a la necesidad de la declaración general de inconstitucionalidad, si tomamos en cuenta que el proceso moderno se caracteriza como un fenómeno social de masas,¹¹¹ lo que significa que los tribunales se encuentran sumamente recargados de asuntos judiciales, debido a la creciente complejidad de las relaciones jurídicas en el mundo contemporáneo, de manera que si utilizamos el sistema de impugnación de las leyes inconstitucionales por vía incidental y prejudicial, en juicios concretos, con mayor razón en los países iberoamericanos, en los cuales no existe la fuerza del precedente, o *stare decisis*, de los ordenamientos angloamericanos; el enorme retraso en resolver una por una las cuestiones de inconstitucionalidad produce la inoperancia del sistema, ya que los tribunales o Cortes Supremas, estas últimas abrumadas por sus labores

¹⁰⁸ Este principio fue consagrado expresamente en el artículo primero de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, según el cual: "Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en Derecho. Las distinciones sociales no pueden fundarse sino en la utilidad común".

¹⁰⁹ Cfr. R. H. Tawney, *La igualdad*, trad. de Francisco Giner de los Ríos, México, 1945, pp. 19-63.

¹¹⁰ Cfr., entre otros, Manuel García Pelayo, *El Estado social y sus implicaciones*, México, 1975, pp. 23-50.

¹¹¹ Cfr. Mauro Cappelletti, "El proceso como fenómeno social de masas", en el libro del mismo autor, *Proceso, ideología, sociedad*, trad. de Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Banzhaf, Buenos Aires, 1974, pp. 131-138.

casacionistas, tienen que postergar su función de control de la constitucionalidad.

111. Resultaría necesario, para evitar el rezago de las cuestiones constitucionales, utilizar el instrumento que opera en la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, cuya competencia es discrecional, a través del procedimiento del *certiorari*,¹¹² el cual ha transformado a dicho alto tribunal en una verdadera corte constitucional, al menos en forma predominante, según se ha visto; y además con todos los elementos que según hemos visto, de hecho transforman la desaplicación de la ley inconstitucional, en una declaración de efectos generales, pero esta situación está muy lejos de alcanzarse en Iberoamérica.

112. Precisamente por las dos razones anteriores, un sector de la doctrina mexicana ha propuesto que se abandone el sistema de la desaplicación para adoptar, así sea en forma paulatina, la declaración general, a pesar de la tradición y el prestigio de que goza la llamada "Fórmula Otero" a la cual hicimos referencia anteriormente, y la cual se ha considerado prácticamente como un dogma del juicio de amparo mexicano,¹¹³ y si bien todavía esta corriente es minoritaria, y está lejos de alcanzar aceptación en los medios políticos del país, está logrando un número creciente de adhesiones, que nos llevan al convencimiento de que logrará imponerse, no obstante los obstáculos que todavía se presentan.¹¹⁴

113. Por otra parte, entre los juristas iberoamericanos también existe una corriente importante, apoyada en la experiencia de los países que ya la han establecido y que pugna por la declaración general de inconstitucionalidad, apoyándose en razones similares a las expuestas anteriormente, lo que explica la conclusión 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, y en el

¹¹² Cfr. Revised Rules of Supreme Court. Considerations governing review of *certiorari*, Rules 19-31; Administrative Office of the United States Courts, *Glossary of Terms Used in the Federal Courts*, julio de 1977, p. 13; Herber A. Warren y Samuel L. Saady, "The Procedural Aspect of *Certiorari*", *Miami Law Quarterly*, abril de 1950, pp. 367-379.

¹¹³ Sobre el carácter reverencial de la llamada "fórmula Otero", cfr. Ignacio Burgoa, *El juicio de amparo*, cit., *supra*, nota 28, pp. 273-276.

¹¹⁴ Entre los tratadistas mexicanos que se han adherido o postulan la necesidad de la declaración general, pueden citarse, Héctor Fix-Zamudio, *La declaración general de inconstitucionalidad y el juicio de amparo*, cit., *supra*, nota 6, pp. 93-98; *Id.*, "Función del Poder Judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos"; José Guillermo Vallarta Plata, "El Poder Judicial y el sistema de la declaración de inconstitucionalidad en Latinoamérica", estos dos últimos trabajos publicados en el libro colectivo: *Función del Poder Judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos*, México, 1977, pp. 32-37; 57-48 y 176-184, respectivamente; Juventino V. Castro, *Hacia el amparo evolucionado*, 2a. ed., México, 1977, pp. 23-48.

cual, según lo propuesto en la ponencia general que sobre el tema "Función del Poder Judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos", presentó el que esto escribe,¹¹⁵ se recomendó lo siguiente:

114. "Quinta. 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".¹¹⁶

V. LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN IBEROAMÉRICA

115. Como un paso adelante en la evolución de la justicia constitucional en los países iberoamericanos, se advierte la posibilidad de injerar dentro del control jurisdiccional de la constitucionalidad de los actos de autoridad, a los tribunales o cortes constitucionales específicos, tomando como modelo el sistema austriaco, que ha tenido una importante repercusión en varios países europeos en esta segunda posguerra.

116. Debemos recordar que fue la Constitución española de 1931 la que por vez primera introdujo en el ámbito iberoamericano un organismo jurisdiccional específico denominado Tribunal de Garantías Constitucionales, y que como se ha mencionado en su oportunidad, estaba facultado para anular las disposiciones legales constitucionales, con efectos generales, cuando las mismas se hubiesen dictado con infracción del procedimiento legislativo (véase nota 26).

117. En cierta manera la institución española fue tomada como modelo por la Constitución cubana de 1940, ya mencionada anteriormente, en cuanto introdujo el llamado Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, que funcionaba como una sala especializada del tribunal supremo, formada por el presidente de dicho tribunal y cuando menos por quince magistrados (artículo 172).

118. También podemos recordar que las resoluciones dictadas por la citada sala constitucional del tribunal supremo cubano tenían carácter general, es decir, determinaban la derogación de las disposiciones impugnadas (ver nota 62).

119. La influencia de la Constitución española de 1931 se advierte de manera parcial en el establecimiento del sistema introducido por la

¹¹⁵ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Función del poder judicial...*, cit., nota anterior, pp. 57-58.

¹¹⁶ Ver el mencionado volumen *Función del poder judicial...*, cit., *supra*, nota 114, p. 202.

Constitución de Ecuador de 6 de mayo de 1945, restablecida por el gobierno militar en 1971, a través del llamado Tribunal de Garantías Constitucionales (artículos 159 y 160), que no obstante su nombre, sólo funciona como órgano jurisdiccional en el campo de la justicia administrativa, ya que en el terreno constitucional sólo puede ordenar la suspensión de una ley que estime inconstitucional, a petición de un juez o tribunal de última instancia, en la inteligencia de que el Congreso es el único facultado para decidir en definitiva sobre la referida inconstitucionalidad, según lo establecido por el artículo 165 constitucional como ya se ha expresado en este trabajo (ver nota 40).

120. Lo anterior nos permite comprobar el comienzo de la tendencia tanto doctrinal como legislativa, que cristaliza en los primeros intentos para establecer verdaderos tribunales constitucionales, algunos ya desaparecidos, ya sea por el advenimiento del franquismo en España o por la revolución de Fidel Castro en Cuba, que terminó por imponer el régimen socialista en la Constitución de febrero de 1976; y por lo que respecta a Ecuador, además de estar sometido a un régimen militar, de acuerdo con su tradición, es el único país que no consagra el control judicial de la constitucionalidad de las leyes, y sólo admite una función suspensiva del que se ha denominado Tribunal de Garantías Constitucionales, que en realidad sólo es un tribunal de justicia administrativa. Pero de cualquiera manera significan un intento que puede servir de precedente para el movimiento reciente que ha significado un ensayo más sólido, y esperamos que esta vez pueda imponerse definitivamente.

121. Dentro de esta tendencia más reciente, podemos señalar los intentos de los ordenamientos de Guatemala y de Chile para configurar verdaderos tribunales constitucionales, de los cuales subsiste sólo el primero, ya que el chileno fue suprimido por el golpe militar de septiembre de 1973.

122. En primer término la *Corte de Constitucionalidad* introducida por el artículo 262 de la Constitución de la República de Guatemala de 15 de septiembre de 1965, funciona al lado de los tribunales de amparo, los cuales conocen de la impugnación de las leyes inconstitucionales, con efectos para el caso concreto, de acuerdo con el modelo mexicano del amparo contra leyes, según se expresó con anterioridad (ver nota 31).

123. Este organismo de justicia constitucional está reglamentado por los artículos 105 a 111 de la Ley de Amparo, *Habeas Corpus* y de Constitucionalidad, de 20 de abril de 1966. La citada Corte de Constitucionalidad se integra con doce miembros, de los cuales cinco son el presidente y cuatro magistrados de la Corte Suprema de Justicia designados por la misma, y los restantes, por sorteo global que practica la

propia Corte entre los magistrados de las Cortes de Apelaciones y de lo Contencioso-Administrativo.

124. Están legitimados para interponer el llamado *recurso de constitucionalidad*:¹¹⁷ el Consejo de Estado; 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, y cualquiera persona o entidad afectada directamente, con el auxilio de diez abogados en ejercicio.

125. Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad pronunciada por la referida Corte especializada, asumen carácter general, es decir, se traducen en la pérdida de eficacia del ordenamiento combatido, una vez publicado el fallo correspondiente, en los términos de los artículos 265 de la referida carta fundamental y el 108 de la ley reglamentaria.¹¹⁸

126. Esta Corte de Constitucionalidad carece de antecedentes en el ordenamiento guatemalteco, y por otra parte, en la exposición de motivos del proyecto de carta fundamental no aparece la fuente que se tomó en consideración,¹¹⁹ aun cuando puede inferirse que se inspiró parcialmente en los tribunales constitucionales europeos, por lo que su funcionamiento ha sido difícil, ya que se le ha introducido de golpe en un sistema en el cual ha predominado la tradición americana y más concretamente mexicana, del amparo contra leyes; sin una evolución previa como la que se observa en los países que han consagrado con anterioridad la declaración general de inconstitucionalidad.

127. Si a todo lo anterior agregamos la complicada situación política que ha imperado en Guatemala desde antes de la promulgación de la actual carta constitucional de 1965, y que se ha acentuado en los últimos años, resulta comprensible que la Corte de Constitucionalidad, no obstante los buenos deseos de sus creadores, haya tenido un funcionamiento esporádico, y las resoluciones de inconstitucionalidad en cuanto al fondo de la controversia, hayan sido muy limitadas.¹²⁰

¹¹⁷ Cfr. Mario Aguirre Godoy, *Protección procesal de los derechos humanos*, cit., *supra*, nota 31, p. 21, autor certeramente estima que no obstante que la legislación califica a este procedimiento como un "recurso", en realidad se trata de un verdadero "proceso constitucional".

¹¹⁸ Los dos preceptos disponen, en su parte conducente: Cuando una sentencia declare la inconstitucionalidad total de una ley o una disposición gubernativa de carácter general, *ésta quedará sin vigor*; y si la inconstitucionalidad fuera parcial *quedará sin vigor en la parte declarada inconstitucional. En ambos casos dejarán de surtir efecto desde el día siguiente al de la publicación del fallo en el Diario Oficial...*

¹¹⁹ Cfr. Mario Aguirre Godoy, *Protección procesal de los derechos humanos*, cit., *supra*, nota 31, p. 21.

¹²⁰ Han sido muy escasos los procesos constitucionales de esta naturaleza, y hasta donde llega nuestro conocimiento, sólo uno de ellos fue declarado "con lugar", es decir

128. La implantación del *Tribunal Constitucional* en Chile tuvo una duración todavía más limitada, pues los arduos problemas políticos que sufrió el país en los años que antecedieron y posteriores a su creación, y la sublevación militar de 1973, que derrotó al presidente Salvador Allende, determinó la supresión de este organismo de justicia constitucional, que tuvo una vida efímera.

129. En la reforma constitucional de 21 de enero de 1970 se introdujo la figura del *Tribunal Constitucional* después de varios intentos previos,¹²¹ con atribuciones de control preventivo de la constitucionalidad de las leyes y de los decretos con fuerza de ley expedidos por el presidente de la República.

130. Según lo establecido en los artículos 78 a) y 78 b) de la carta constitucional chilena, introducidos por la mencionada reforma de 1970, así como por el estatuto jurídico sobre organización y funcionamiento del referido Tribunal Constitucional, expedido por el propio organismo el 16 de noviembre de 1971 —inició sus actividades el 10 de septiembre del mismo año—, éste se integraba por cinco magistrados, tres de ellos nombrados por el presidente de la República con aprobación del Senado y los otros dos designados por la Corte Suprema de Justicia entre sus miembros, todos ellos letrados, y uno de los nombrados por el presidente debería tener, además, el requisito de haber sido durante diez años titular de una cátedra universitaria de derecho constitucional o administrativo en alguna de las escuelas de derecho del país.

131. Entre las atribuciones esenciales de justicia constitucional se encontraban las de resolver las cuestiones constitucionales que se suscitaban durante la tramitación de los proyectos de ley y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso, a la solicitud del presidente de la República, de cualquiera de las Cámaras o de más de un tercio de sus miembros en ejercicio, siempre que la objeción se formulare antes de la promulgación de la ley; decidir las cuestiones que se susci-

fundado, con la consecuencia de anular los preceptos legales impugnados; *cfr.* dicha sentencia publicada íntegramente en el volumen intitulado *Septem, Partitarum, Recopilación*, editado por la Asociación de Estudiantes de Derecho de la Universidad Rafael Landívar de Guatemala, Guatemala, 1976, pp. 678-719, en la inteligencia de que ese fallo dictado por la Corte de Constitucionalidad el 8 de enero de 1971 se apoyó en la demanda interpuesta por el procurador general de la nación en su calidad de jefe del ministerio público, por disposición del presidente de la República tomada en Consejo de Ministros, solicitando la declaración de nulidad del decreto 1795 del Congreso de la República, expedido el 7 de diciembre de 1967, el cual fue vetado por el presidente de la República, pero superado el veto, se publicó el 17 de julio de 1970.

¹²¹ Sobre los intentos anteriores para introducir dicho Tribunal Constitucional, *cfr.* Alejandro Silva Bascuñán, "El Tribunal Constitucional", en el volumen colectivo *Reforma constitucional 1970*, Santiago, 1970, pp. 199-215.

taran sobre la constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley, cuando la cuestión le hubiese sido planteada por el presidente de la República en el supuesto de que la Contraloría lo hubiese rechazado por inconstitucional;¹²² también el Tribunal debía pronunciarse sobre los reclamos en caso de que el presidente de la República no promulgara una ley cuando debiera hacerlo, o bien promulgare un texto diverso del que constitucionalmente correspondiera, a petición de cualquiera de las Cámaras.

132. En virtud de los preceptos constitucionales mencionados y del Estatuto Jurídico sobre Procedimiento aplicable ante el Tribunal Constitucional, expedido por este último el 9 de diciembre de 1971, no podían promulgarse los proyectos de ley, o de decreto con fuerza de ley, declarados inconstitucionales por el citado Tribunal, y por el contrario cuando resolviera que un precepto legal era constitucional, la Corte Suprema no podía declararlo inaplicable por el mismo vicio que fue materia de la sentencia.¹²³

133. Como puede observarse de la breve descripción anterior, el intento chileno por establecer una jurisdicción constitucional específica fue demasiado tímido, en cuanto sólo comprendía el control preventivo de la constitucionalidad de los proyectos de ley o de decretos con fuerza de ley, pero dicho Tribunal carecía de las atribuciones, que consideramos más significativas, como son las que corresponden a la declaración de la inconstitucionalidad, también con efectos generales, de los ordenamientos legales debidamente promulgados y publicados, aplicables a las relaciones de la vida jurídica, ya que como lo expresamos en su oportunidad, resulta muy importante la experiencia para determinar la conformidad de las disposiciones legales con los preceptos y principios de la carta fundamental.

134. Consideramos más trascendente la experiencia colombiana, pues si bien todavía no ha culminado con la creación de una verdadera Corte o Tribunal Constitucional, sin embargo se ha encaminado hacia ese objetivo, y como la evolución ha sido paulatina y firme, es posible que pueda lograrse dicho propósito en un futuro más o menos próximo.

135. Ya hemos mencionado que Colombia ha sido con Venezuela uno de los países latinoamericanos que establecieron en la segunda mi-

¹²² Sobre las funciones de control constitucional de la Contraloría General de la República; *cfr.* el volumen que contiene el *Texto reunido de la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República*, Santiago, 1964; Jorge Mario Quinzio Figueroa, *Manual de derecho constitucional*, Santiago, 1969, pp. 477-481.

¹²³ *Cfr.* Alejandro Silva Bascuñán, *El Tribunal Constitucional*, cit., *supra*, nota 12, pp. 226-274.

tad del siglo anterior y primeros años del presente, la institución de la "acción popular de inconstitucionalidad", que implica la declaración general correspondiente (ver nota 44).

136. Pero el desarrollo de la justicia constitucional en Colombia no ha terminado con dicha institución, sino que ha avanzado paulatinamente, si se toma en cuenta el cuidadoso estudio del profesor Carlos Restrepo Piedrahita, en el cual se hace referencia a los intentos que se hicieron a partir de 1957 y 1959, y que se han reiterado en 1975 y posiblemente en 1978, para el establecimiento de una verdadera Corte Constitucional, diversa de la Corte Suprema de Justicia.¹²⁴

137. Merece destacarse el esfuerzo desarrollado por el mismo profesor Carlos Restrepo Piedrahita, en su calidad de senador, con la colaboración del profesor Darío Echandía y otros senadores para lograr el establecimiento de la Corte Constitucional, acogido en forma unánime en la primera legislatura (1966-1967),¹²⁵ pero ya en la segunda se modificó la iniciativa y se propuso, lo que finalmente se aceptó, el establecimiento de una Sala Constitucional, integrada por cinco magistrados en el seno de la Suprema Corte de Justicia, con atribuciones exclusivamente dictaminadoras, y cuyas opiniones deben ser aprobadas por la Corte en Pleno, integrada por los veinte magistrados de las salas de casación.¹²⁶

138. En virtud de lo dispuesto por la parte relativa del artículo 214 de la Constitución colombiana, en su texto reformado en 1968, y reglamentado, según se ha dicho, por el decreto número 432 de 1969, la Sala Constitucional de la Corte Suprema, está formada por cinco magistrados especializados en derecho público, y su función consiste en dictaminar las cuestiones de constitucionalidad que se planteen ante la misma Corte, particularmente de la objeción de los proyectos de ley por parte del gobierno, y de la acción popular de exequibilidad, otorgándose un plazo de treinta días a dicha Sala para formular la ponencia respectiva, la cual debe turnarse a la llamada Sala Plena de la Corte, para que decida definitivamente en sesenta días.¹²⁷

¹²⁴ Cfr. Carlos Restrepo Piedrahita, *Notas sobre la Corte Constitucional*, cit., *supra*, nota 46, pp. 19-20.

¹²⁵ La reforma constitucional, de acuerdo con el procedimiento establecido por el artículo 218 de la Constitución colombiana, debe ser aprobada por dos legislaturas ordinarias, en la segunda por mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara. Cfr. Javier Henao Huidrón, *Panorama del derecho constitucional colombiano*, cit., *supra*, nota 45, pp. 113 y ss.

¹²⁶ Cfr. Carlos Restrepo Piedrahita, *Notas sobre la Corte Constitucional*, cit., *supra*, nota 46, pp. 20-22; Luis F. Serrano A., *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.

¹²⁷ En los términos de la parte final del artículo 314 de la carta fundamental colom-

139. Es indudable, como lo señala un sector de los constitucionalistas colombianos, que el establecimiento de esta Sala especializada debe considerarse como un adelanto en el desarrollo de la justicia constitucional,¹²⁸ pero en estos momentos se plantea la disyuntiva de si es suficiente este avance, o es preciso dar el paso definitivo sobre la creación de la Corte Constiucional, independiente de la Corte Suprema, esta última funcionando exclusivamente como tribunal de casación.¹²⁹

140. Se pueden proporcionar varios argumentos en favor de la Corte Constitucional, como son los relativos al recargo de las labores de la Corte Suprema respecto a los recursos de casación que debe resolver; a la dispersión que significa que varios organismos resuelvan cuestiones de constitucionalidad de las disposiciones legales; la necesidad de una especialización en derecho público para la construcción de una verdadera jurisprudencia constitucional, etcétera,¹³⁰ pero tenemos la convicción de que la cuestión fundamental radica en la *naturaleza específica o genérica de la interpretación constitucional*.

141. Es decir, en nuestro concepto y sin olvidar otros razonamientos que pueden reforzar la conclusión a la que pretendemos llegar, el problema central que justifica, o por el contrario hace desaconsejable, la creación de una verdadera Corte Constitucional, se refiere al carácter que asume la interpretación de las disposiciones de la carta fundamental, ya que si dicha interpretación obedece a las mismas reglas que se utilizan para la comprensión de los preceptos legales ordinarios, no resulta indispensable la creación de una jurisdicción especializada, en virtud de que las cuestiones de constitucionalidad podrían resolverse por los jueces que conocen de otras materias, como ocurre actualmente en Colombia. En virtud de la reflexión anterior, creemos necesario examinar los aspectos relativos a la interpretación de las normas constitucionales.

VI. LOS PROBLEMAS DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

142. La interpretación constitucional ha sido objeto de preocupación

biana, cuando no se cumple con este plazo, se incurre en mala conducta, que será sancionada conforme a la ley.

¹²⁸ Cfr. Luis Carlos SÁCHICA, *Constitucionalismo colombiano*, cit., *supra*, nota 45, pp. 597-599.

¹²⁹ Cfr. Carlos Restrepo Piedrahita, *Notas sobre la Corte Constitucional*, cit., *supra*, nota 46, pp. 23-31.

¹³⁰ Cfr. *Ibid.*, pp. 20-22; Jaime Sanín Greiffenstein, *La defensa judicial de la Constitución*, cit., *supra*, nota 44, pp. 116-117.

por los juristas europeos,¹³¹ y más recientemente también en nuestros países,¹³² pudiendo señalarse como significativo que fuese uno de los temas objeto de discusión en el Primer Congreso Nacional de Derecho Constitucional, efectuado en la ciudad de Guadalajara, Jalisco, en el mes de noviembre de 1973.¹³³

143. Al respecto, la primera pregunta que podemos hacernos es la relativa a si las normas constitucionales se distinguen sustancialmente de las disposiciones secundarias, para requerir de una interpretación específica.

144. a) Desde un punto de vista *lógico-normativo*, el ilustre jurista vienés Hans Kelsen, recientemente desaparecido, estableció una diferencia 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 de ésta coronada por una norma hipotética fundamental que sirve de apoyo y fundamento de validez a todo el edificio.¹³⁴

145. b) En relación a su *fuerza*, otra de las características de las normas constitucionales radica en que, con excepción de las que forman parte del sistema calificado como "flexible",¹³⁵ y que está representado en la actualidad únicamente por los ordenamientos de Inglaterra, Israel y Nueva Zelanda; todas las demás son producto de un órgano especial que recibe el nombre de "poder constituyente",¹³⁶ organismo extraordinario de creación constitucional que puede concebirse como el poder político fundamental que en un momento dado representa los valores esenciales de una comunidad nacional y los crista-

¹³¹ A este respecto se puede mencionar que en el año de 1961 se efectuaron en la ciudad de Tréveris, de la República Federal de Alemania, unas jornadas internacionales sobre los métodos de interpretación constitucional. Cfr. Franco Pierandrei, "L'interpretazione delle norme costituzionali in Italia", en la obra del mismo autor *Scritti di diritto costituzionale*, vol. II, Torino, 1964, p. 646.

¹³² Cfr. Jorge Carpizo y Héctor Fix-Zamudio, "Algunas reflexiones sobre la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano", en el volumen colectivo: *La interpretación constitucional*, México, 1975, pp. 9-10.

¹³³ Los trabajos presentados en dicho Congreso fueron publicados en el volumen *La interpretación constitucional*, citado en la nota anterior.

¹³⁴ *Teoría general del Estado*, trad. de Luis Legaz Lacambra, México, 1951, pp. 304-305.

¹³⁵ Cfr. La clásica obra de James Bryce, *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, 2a. ed., Madrid, 1962.

¹³⁶ Cfr. Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, trad. de Francisco Ayala, México, 1952, p. 86; Carlos Sánchez Viamonte, *El poder constituyente*, Buenos Aires, 1957, pp. 563 y ss.

liza en un documento o conjunto de documentos, que en su aspecto externo configuran la ley fundamental o Constitución escrita.¹³⁷

146. Además del poder constituyente, se establece en la gran mayoría de las constituciones escritas, un procedimiento dificultado de reforma, 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, sistema que ha recibido el nombre de "constituyente permanente" o "poder reformador" de la Constitución".¹³⁸

147. c) Por lo que respecta a su *contenido*, las normas constitucionales consagran las "decisiones políticas fundamentales sobre modo y forma de la unidad política", según la famosa concepción de Carl Schmitt, que tanta fortuna ha tenido en Iberoamérica;¹³⁹ de manera que incorporan en sus preceptos los principios esenciales de la organización política, social y económica del Estado, así como los derechos fundamentales de los gobernados en su dimensión individual y social.

148. Es cierto que respecto del contenido de las normas institucionales, su diferencia no resulta sencilla respecto de las ordinarias, en la medida en que existen preceptos fundamentales que por su materia poco se distinguen de las secundarias u ordinarias, ya que se trata de disposiciones a las que se ha querido revestir formalmente de la dignidad de la supremacía constitucional. Sin embargo, la tendencia de todo documento constitucional consiste en consagrar los valores supremos de la comunidad política y de la organización de sus poderes supremos, caracterizándose por lo que el tratadista argentino Segundo V. Linares Quintana ha denominado "fundamentabilidad".¹⁴⁰

149. Es importante destacar que las disposiciones fundamentales se dividen por la doctrina contemporánea, especialmente por los tratadistas italianos, en *disposiciones de principio*, entre las cuales se encuentran las llamadas *normas programáticas*, y *disposiciones preceptivas*, estas últimas con mandatos dirigidos directamente a los órganos del poder.¹⁴¹ Si bien es verdad que se discute todavía si las primeras son

¹³⁷ 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*, trad. de Luis Tobío, 4a. ed., México, 1961 p. 289.

¹³⁸ Cfr. Fausto E. Rodríguez, "¿Qué es el poder reformador de la Constitución?", *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núm. 28, enero-abril de 1957, pp. 9-32.

¹³⁹ *Teoría de la Constitución*, cit., *supra*, nota 136, pp. 23 y ss.

¹⁴⁰ *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, Buenos Aires, 1956, tomo III, pp. 412 y ss.

¹⁴¹ Cfr, especialmente, Vezio Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milán, 1952, pp. 32 y ss.

verdaderas normas constitucionales de carácter inmediatamente obligatorio, o bien si se trata de simples principios que conforman un programa político para el porvenir. Lo cierto es que estas disposiciones de principio adquieren cada vez mayor importancia, pues inclusive las leyes supremas de los países socialistas que pretenden reflejar empíricamente la estructura socioeconómica de sus respectivas comunidades, consignan normas de carácter programático como puede observarse a primera vista.¹⁴²

150. Podemos llegar a la conclusión de que estos tres aspectos: estructura lógica, origen y contenido, determinan en su conjunto la supremacía de la Constitución, de modo que todas las disposiciones que integran el ordenamiento jurídico y todos los actos que regulan, deben conformarse a los postulados de la ley fundamental. En tal virtud, 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.

151. Una vez aclarado que las disposiciones constitucionales se distinguen desde varios puntos de vista de las normas ordinarias o secundarias, ahora debemos resolver la interrogante de si la conclusión anterior puede llevarnos al corolario de que los preceptos fundamentales requieren de técnicas peculiares de interpretación.

152. Según el pensamiento del distinguido constitucionalista italiano Franco Pierandrei, la interpretación de las normas constitucionales debe adecuarse a la naturaleza fundamental de los motivos políticos y de los principios esenciales que se encuentran en la base de estos preceptos.¹⁴³

153. Por su parte, el constitucionalista 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 las que se refieren a que, en dicha interpretación, debe prevalecer el contenido teleológico 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.¹⁴⁴

154. Esto nos indica que la interpretación de las disposiciones cons-

¹⁴² Héctor Fix-Zamudio, pp. 322-327.

¹⁴³ *Interpretazione delle norme costituzionali in Italia*, cit., *supra*, nota 131, pp. 654-655.

¹⁴⁴ *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, Buenos Aires, 1953, tomo II,

titucionales requiere por parte del intérprete y aplicador, una particular "sensibilidad",¹⁴⁵ 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.¹⁴⁶

155. Lo anterior nos lleva a considerar que la interpretación constitucional, si bien participa de los lineamientos generales de toda interpretación jurídica, 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, terminando con la ilusión de los publicistas románticos del siglo XIX, que pensaban que los textos constitucionales deberían ser comprensibles para todos los ciudadanos;¹⁴⁷ y podemos agregar 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.

VII. FUTURO DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN LOS ORDENAMIENTOS IBEROAMERICANOS

156. De acuerdo con lo expuesto con anterioridad, podemos llegar a la deducción de que, no obstante una serie de retrocesos y de oscurecimientos en la penosa marcha hacia la verdadera y eficaz jurisdicción constitucional en Iberoamérica, se observa una lenta evolución, primero hacia la declaración general de inconstitucionalidad atribuida a los tribunales supremos, la que va ganando terreno sobre la tradición americana de la desaplicación de las disposiciones legales inconstitucionales en cada caso concreto, y finalmente, ya se avizora la posibilidad, así sea limitada, de la creación de tribunales constitucionales en sentido estricto.

pp. 468 y ss. Véase también Enrique Romero, "La Corte Suprema y la interpretación constitucional", *La Ley*, Buenos Aires, 22 de junio de 1963, pp. 1-5.

¹⁴⁵ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "Algunos aspectos de la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano", en el volumen colectivo *Comunicaciones Mexicanas al VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado (Pescara, 1970)*, México, 1971, p. 276.

¹⁴⁶ Cfr. Franco Pierandrei, *Interpretazione delle norme costituzionali in Italia*, cit., *supra*, nota 131, p. 655.

¹⁴⁷ Cfr. Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, trad. de Alfredo Gallego Anabitaré, Barcelona, 1965, p. 277.

157. Estamos conscientes de que la justicia constitucional requiere una serie de condiciones que deben cumplirse en la organización política, social y económica de las comunidades iberoamericanas, sin las cuales, al menos en sus aspectos mínimos, no es posible, ya no digamos el control constitucional de los actos de autoridad, sino la eficacia de la jurisdicción ordinaria, ya que los regímenes militares y autoritarios, lo primero que hacen al tomar el poder, es mediatizar el régimen constitucional con las llamadas "Actas Institucionales, Revolucionarias, de Regeneración o Salvación Nacional", etcétera, para sustraer la resolución de numerosas controversias, especialmente las relacionadas con los derechos humanos y políticos de los gobernados en sus aspectos individuales y sociales, para conferirlos a los tribunales militares, cuya competencia queda desorbitada de manera evidente.¹⁴⁸

158. Sin embargo, tenemos confianza en que puedan vencerse las angustiosas circunstancias políticas y sociales actualmente existentes en numerosos países latinoamericanos, como se están superando en un periodo relativamente reducido, los regímenes autoritarios que por tanto tiempo sufrieron los pueblos de España y Portugal, que en la actualidad se encuentran en camino de la verdadera democracia, uno de cuyos elementos más preciosos es precisamente el funcionamiento de una justicia constitucional efectiva.¹⁴⁹ Con la mirada puesta en ese futuro que esperamos pueda ser relativamente próximo en los pueblos sometidos a la dictadura, y pensando también en el porvenir próximo de los países de Iberoamérica que todavía conservan regímenes democráticos —con la relatividad de este concepto tan vilipendiado, que debe considerarse un ideal en el cual sólo se pueden obtener aproximaciones— o están luchando por alcanzarlos; podemos destacar algunas consideraciones que no son simplemente especulativas, sino que se apoyan en la experiencia, muchas veces dolorosa, de la evolución político-constitucional de los ordenamientos de Iberoamérica.

159. En primer término, tenemos la pretensión de haber demostrado las ventajas de la declaración general de inconstitucionalidad sobre el predominio, todavía existente, de la desaplicación, en cada caso concreto y para las partes, de las disposiciones legales respectivas. Los argumentos que se han expuesto sobre una ficticia posibilidad de supre-

¹⁴⁸ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "La protección procesal de los derechos humanos en América Latina y las situaciones de emergencia", *El Foro*, México, abril-junio de 1973, pp. 39-42; Norberto Eduardo Spolansky y Jorge Reinaldo Vanossi, "Sanciones militares y garantías constitucionales", sobretiro de la *Revista Federación Argentina de Colegios de Abogados*, Buenos Aires, febrero de 1971.

¹⁴⁹ Mauro Cappelletti estima que: "la justicia constitucional es la vida, la realidad y el porvenir de las cartas constitucionales de nuestra época", *El control Judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, cit., *supra*, nota 8, pp. 74-75.

macía del organismo judicial respecto de los otros órganos del poder, particularmente en relación con el Legislativo, que refleja el temor respecto de un "gobierno de los jueces", o peor aún, de una dictadura judicial, se han demostrado infundados en los países que han establecido tal declaración, entre los cuales se encuentran varios latinoamericanos, pero que son todavía más evidentes en los ordenamientos en que se han establecido jurisdicciones constitucionales especializadas, como ocurre con varios ordenamientos europeos, según el modelo austriaco.

160. Por el contrario, tomando en cuenta la disminución constante de facultades de los órganos legislativos contemporáneos, inclusive en aquellos países considerados como tradicionalmente parlamentarios, el control judicial de la constitucionalidad de los actos de autoridad ha surgido en la actualidad como el contrapeso más eficaz de un Ejecutivo poderoso debido a los requerimientos de las dinámicas y a veces vertiginosas transformaciones sociales, las cuales sólo pueden ser satisfechas a través de una intervención creciente de la administración en las relaciones jurídicas, sociales, económicas, culturales y políticas de una sociedad en transformación,¹⁵⁰ y que se traduce también en las progresivas atribuciones legislativas, directas e indirectas de la administración, a través de facultades de emergencia, decretos-leyes, leyes cuadros, reglamentos, decretos generales, etcétera, atribuidas a un organismo ejecutivo cuya denominación ya resulta anacrónica en la actualidad.

161. Ya se ha expresado, y ahora reiteramos, que ese fenómeno prácticamente universal, del acrecentamiento de las facultades legislativas del organismo ejecutivo, inclusive en los países socialistas, en los cuales teóricamente existe un predominio absoluto del organismo parlamentario de acuerdo con los principios del gobierno de asamblea,¹⁵¹ se debe esencialmente al carácter cada vez más técnico de la legislación contemporánea, que sólo puede ser elaborada directamente o en forma indirecta por el organismo ejecutivo, que cuenta con los elementos técnicos para su preparación, por lo que a los cuerpos parlamentarios les toca la función de aprobar dicha legislación, en el mejor de los casos, y por ello es que únicamente los tribunales están dotados de la preparación suficiente para poder revisar esa legislación, por otra parte cada vez más abundante, y confrontarla con las normas y los principios de la Constitución.

162. Esta función equilibradora de la justicia constitucional frente a los poderes vigorosos e inevitables de una administración cada vez

¹⁵⁰ Cfr. Wolfgang Friedmann, *El derecho en una sociedad en transformación*, trad. de Florentino M. Torner, México, 1966, esp. pp. 54-64.

¹⁵¹ Cfr. Karl Loewenstein, "Constituciones y derecho constitucional en Oriente y Occidente", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, marzo-abril de 1969, pp. 34-48.

más poderosa,¹⁵² particularmente en lo que se refiere a su intervención en la elaboración directa o indirecta de las disposiciones legislativas, sólo puede ser eficaz a través de declaraciones de tipo general, que en forma breve y rápida determinen la conformidad de dicha legislación con los preceptos y principios constitucionales, con mayor razón cuando éstos son de carácter programático, ya que la seguridad jurídica y en particular el principio fundamental de la igualdad de los gobernados ante la ley, ya no permiten que se actúe por los tribunales en cada caso concreto, procedimiento por conducto del cual, como lo señalaba Tocqueville, la ley no se siente herida más que por casualidad y sólo poco a poco, y bajo los golpes repetidos de la jurisprudencia llega a sucumbir al fin.¹⁵³ Esto ni siquiera es cierto en el modelo estadounidense, pues ya hemos dicho que debido al principio del *stare decisis* y al prestigio moral de la Corte Suprema Federal, de hecho una sentencia como esta última tiene efectos generales y una repercusión política y social considerables, que se aparta mucho del papel callado y oscuro que el mismo Tocqueville consideraba como uno de los méritos del sistema de control judicial de los Estados Unidos, y que posiblemente lo fue en los comienzos del mismo.

163. Pero además de la declaración general de inconstitucionalidad que se está imponiendo paulatinamente, y que tiene que vencer todavía los arraigados conceptos de la desaplicación para cada caso concreto, como sucede en México con la llamada "Fórmula Otero", la que se ha convertido en un verdadero dogma, justificable históricamente, pero vacío de contenido en la actualidad;¹⁵⁴ el paso posterior que pueden dar los ordenamientos que ya han conquistado esa declaración general, es el establecimiento de una jurisdicción constitucional especializada, que debemos considerar como la verdadera culminación del desarrollo de la justicia constitucional en Iberoamérica.

164. Ya hemos señalado en el número anterior de este trabajo que el argumento esencial que apoya la necesidad de una verdadera jurisdicción especializada en nuestros países descansa en el carácter peculiar de la interpretación constitucional, que exige el establecimiento de tribunales y cortes constitucionales integrados por especialistas de derecho público, conocedores de los principios y de las técnicas de dicha interpretación constitucional, como una etapa inevitable en la evolu-

¹⁵² Sobre el crecimiento cada vez más patente de la administración moderna y la afectación de los derechos fundamentales de los administrados, *cfr.* Jesús González Pérez, *Administración pública y libertad*, México, 1971, pp. 21 y ss.

¹⁵³ *La Democracia en América*, cit., *supra*, nota 1, capítulo V, p. 94.

¹⁵⁴ *Cfr.*, los interesantes conceptos de Antonio Carrillo Florcs, *Reflexiones del sesquicentenario*, México, 1975, pp. 87-105.

ción actual, que ha desembocado en la creación de jueces especializados en numerosos sectores jurídicos, que se han ido desprendiendo de las jurisdicciones clásicas civil y penal, como ha ocurrido con los tribunales administrativos, del trabajo, familiares, agrarios, sociales, etcétera, creados precisamente por las exigencias ineludibles de los conocimientos especializados de sus integrantes.¹⁵⁵

165. En contra de la idea de que cualquier juez, y particularmente, todo magistrado integrante de las cortes o tribunales supremos, puede comprender y decidir sobre la conformidad de las leyes ordinarias con los preceptos y principios de la Constitución, con mayor razón si son de carácter programático, podemos señalar la significativa experiencia de Italia.

166. El artículo VII transitorio de la Constitución de la República Italiana, en vigor desde el primero de enero de 1948, estableció que en tanto no entrara en funciones la Corte Constitucional —lo que ocurrió hasta 1956— la decisión de las controversias relativas a la constitucionalidad de la ley deberían efectuarse de acuerdo con las normas preexistentes, es decir, según el sistema de desaplicación en cada caso concreto de las disposiciones legales que se estimaran inconstitucionales; durante el periodo que va de 1948 a 1956, los jueces italianos utilizaron el sistema americano, y a través de los medios de impugnación, correspondió la decisión final a la Corte de Casación, como órgano supremo de la jurisdicción ordinaria; y con posterioridad al inicio de las actividades de la Corte Constitucional, en virtud de la ausencia de un instrumento procesal específico para la tutela de los derechos fundamentales de los gobernados, consagrados constitucionalmente, la protección de tales derechos ha correspondido con diverso enfoque tanto a la citada Corte de Casación como a la Corte Constitucional, esta última, al resolver sobre la conformidad de las leyes ordinarias en relación con los preceptos de la Constitución de 1948 que consagran derechos de la persona humana.¹⁵⁶

167. La situación anterior produjo la consecuencia de que ambos tribunales se pronunciaran sobre problemas similares, relativos a las cuestiones de inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas, pero en ciertos casos con criterio diverso, lo que inclusive ha provocado ciertos razonamientos, tomando en cuenta que la Corte de Casación

¹⁵⁵ Sobre la necesidad de una mayor preparación especializada de los juzgadores, véase nuestra ponencia al Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil, efectuado en 1977, con el título "Preparación, selección y nombramiento de los jueces", volumen colectivo *Towards a Justice with a Human Face*, Antwerpen Deventer, Bélgica-Holanda, 1978, pp. 407-458.

¹⁵⁶ Cfr. Mauro Cappelletti, *La justicia constitucional en Italia*, cit., *supra*, nota 21, pp. 43-44.

está integrada por juristas formados para resolver cuestiones estrictas de legalidad, en tanto que los miembros de la Corte Constitucional son en su mayor parte especialistas de derecho público, por lo que el resultado ha sido que los primeros han desarrollado una orientación conservadora, en tanto que los segundos han demostrado mayor comprensión para los cambios introducidos por las disposiciones programáticas de la nueva Constitución.¹⁵⁷

168. También en esta dirección resulta útil comprobar que tanto en Italia como en la República Federal de Alemania los magistrados de las respectivas Cortes Constitucionales son nombrados en forma diversa que la que se corresponde a los restantes miembros de la Judicatura, si se toma en consideración que los quince jueces que integran la Corte Constitucional italiana son designados por terceras partes, por el presidente de la República, por el Parlamento en sesión conjunta y por las supremas magistraturas ordinarias y administrativas; debiendo recaer la elección, en los términos del artículo 135 constitucional, entre los magistrados, incluso los jubilados, de las jurisdicciones superiores ordinaria y administrativa; los profesores titulares de universidades en materias jurídicas, y los abogados con veinte años de ejercicio.¹⁵⁸ Por lo que respecta a los jueces del Tribunal Constitucional Federal alemán, éstos son designados por mitad por la Cámara Federal (*Bundestag*) y por el Consejo Federal (*Bundesrat*) en los términos del artículo 94 constitucional, y además según el artículo 31 de la ley reglamentaria, los aspirantes a este cargo deben poseer capacidad para ser jueces o haber obtenido, mediante las pruebas oficiales pertinentes, su aptitud para los cargos administrativos superiores, y además *distinguirse por sus especiales conocimientos en derecho público y tener experiencia en la vida pública*.¹⁵⁹

169. Tenemos la convicción que de todos los países iberoamericanos que hemos examinado son los ordenamientos de Colombia, España y Portugal, los que pueden dar este paso decisivo de la creación de tribunales constitucionales en un futuro más o menos próximo, especialmente el primero, por la situación en que actualmente se encuentra y que puede ser propicia para lograrlo de manera firme y permanente.

170. Ya hemos examinado anteriormente el ordenamiento colombiano, en el cual existe una tradición respecto de la declaración general

¹⁵⁷ Cfr. John Henry Merryman y Vicenzo Vigoriti, "When Courts Colide: Constitution and Cassation in Italy," *The American Journal of Comparative Law*, 1966-1967, pp. 665-686.

¹⁵⁸ Cfr. Aldo M. Sandulli, "L'indipendenza della Corte Costituzionale", *Rivista di Diritto Processuale*, Pádua, enero-marzo de 1966, pp. 37-51.

¹⁵⁹ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional*, cit., *supra*, nota 16, p. 80.

de inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas por la Corte Suprema y, además, a partir de 1968 se estableció una Sala Constitucional para dictaminar sobre las cuestiones de inconstitucionalidad tanto de los proyectos como de las leyes y decretos con fuerza de ley, tomando en cuenta que se han formulado iniciativas en el Congreso y existe una verdadera Corte Constitucional.

171. En esas condiciones resulta muy factible que pueda tener éxito el proyecto de reforma judicial que ha sido elaborado por la llamada "Comisión Echandía", y que al parecer será presentada por el gobierno a la consideración de la Asamblea Constitucional en el año de 1978, cuando deberá reunirse, según el proyecto que se discute en el Senado, que entre sus proposiciones más importantes se encuentra la de la creación de una Corte Constitucional, a la cual se le confiaría la guarda de la integridad de la Constitución, que actualmente se atribuye a la Corte Suprema en los términos del artículo 214 constitucional en vigor;¹⁶⁰ de lo cual se desprende que la propia Corte Suprema se transformará en Corte de Casación, que ha sido su actividad esencial, por otra parte de gran trascendencia; pero con cierto olvido, desde luego no intencionado, de la justicia constitucional, según lo ha señalado un sector de la doctrina colombiana.¹⁶¹

172. Un aspecto significativo del citado proyecto por lo que se refiere a los requisitos que deben cumplir los magistrados de la propuesta Corte Constitucional, consiste en que, además de los que actualmente se señalan para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia, se exige la calidad de *especialista en derecho constitucional*. Por otra parte, la competencia de la futura Corte Constitucional sería muy similar a la que corresponde actualmente a la Corte Suprema de Justicia en cuanto al control de la constitucionalidad de los proyectos y de las leyes, así como los decretos con fuerza de ley.¹⁶²

173. En cuanto a España, que habiendo salido muy recientemente del largo periodo de la dictadura franquista y que se encamina en forma paulatina hacia un régimen democrático, también podemos augurar la posibilidad de la introducción de un Tribunal o Corte Constitucional,

¹⁶⁰ Apartándose del sistema normal de revisión constitucional, el presidente de la República, Dr. Alfonso López Michelsen, ha propuesto el establecimiento de una Asamblea Constitucional que se ocupe en forma exclusiva de las reformas constitucionales sobre materia regional y municipal, y respecto de la organización judicial, comprendiendo esta última la posibilidad de la creación de la Corte Constitucional, *cfr.*, Jesús Pérez González Rubio, *¿Por qué la Asamblea Constitucional?*, Bogotá, 1977.

¹⁶¹ *Cfr.* Carlos Restrepo Piedrahita, *Notas sobre la Corte Constitucional*, cit., *supra*, nota 46, pp. 24-25.

¹⁶² Sobre la competencia de la futura Corte Constitucional puede consultarse el llamado proyecto "Echandía", edición mimeográfica, p. 3.

si tomamos en cuenta la experiencia, así fuera muy limitada debido a circunstancias políticas, del Tribunal de Garantías Constitucionales creado por la Constitución republicana de 1931, con la posibilidad actual de perfeccionar el sistema con los adelantos que significan la extraordinaria labor de las cortes constitucionales de Italia y de Austria y el Tribunal Federal Constitucional de la República Federal de Alemania.

174. En esta dirección, todavía durante el régimen franquista se efectuó una encuesta en los años 1970 y 1971 por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, entre distinguidos juristas españoles, y la mayoría estimó necesario restablecer una verdadera jurisdicción constitucional, cuando las circunstancias políticas lo admitieran, y creemos que estas condiciones ya se está configurando, de manera que consideramos factible la creación de ese Tribunal Constitucional, con independencia del nombre que se le otorgue; y al respecto debe estimarse muy certera la observación formulada con motivo de esa encuesta por el distinguido procesalista español Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, además, un profundo conocedor del anterior Tribunal de Garantías Constitucionales, sobre el cual elaboró un estudio que debe considerarse clásico,¹⁶³ en el sentido, que de restablecerse el llamado "recurso", en realidad proceso, de inconstitucionalidad, el mismo debería proceder:

contra leyes material o formalmente inconstitucionales y, en principio, al tenor del más lógico sistema austriaco, o de *anulación*, y no del norteamericano, o de *inaplicación*, aunque éste ofrezca la ventaja, mientras no se logre el clima adecuado para funcionar sin rozaduras, de evitar la tajante desautorización de un Parlamento celoso de sus prerrogativas por un Tribunal igualmente imbuido de las suyas.¹⁶⁴

175. En cuanto al ordenamiento portugués que examinamos también con anterioridad, y que se encuentra en una situación en cierto modo más ventajosa que el español, porque ya cuenta con una Constitución de carácter democrático, hemos señalado que dicha carta fundamental estableció un sistema de justicia constitucional un tanto peculiar, que posiblemente será transitorio, en cuanto que el llamado Consejo de la Revolución decide definitivamente sobre las cuestiones de inconstitucionalidad, con efectos generales; pero por su composición (*ver nota 72*), no lo estimamos adecuado para manejar los delicados

¹⁶³ Cfr. *Significado y funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales*, cit., *supra*, nota 26.

¹⁶⁴ "Encuesta sobre justicia constitucional", primero aparecido en el *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, Madrid, 1971, p. 172 y posteriormente, con el mismo título, en la obra del propio autor, *Estudios procesales*, Madrid, 1975, p. 579.

mecanismos de la interpretación constitucional, ya que la mayoría de sus integrantes deben ser miembros de las fuerzas armadas, y los militares, por muy bien intencionados y progresistas que se les considere, carecen de la preparación suficiente para manejar los delicados mecanismos de la interpretación constitucional.

176. En tal virtud, nos explicamos la existencia de un organismo político de esta naturaleza dotado de funciones de justicia constitucional en una época de transición de una dictadura tan prolongada como la salazarista, y la implantación de un régimen democrático que requiere de una enérgica vigilancia para su conservación; pero tenemos la convicción de que superadas las dificultades actuales, el lugar de este cuerpo será ocupado por el organismo consultivo denominado *Consejo Constitucional*, cuya integración podría perfeccionarse suprimiendo la ilusión de que "ciudadanos de reconocidos méritos" (*ver nota 73*), a no ser que éstos sean también juristas, puedan desarrollar funciones técnicas, y de tanta complejidad, como lo son las relativas a la justicia constitucional; reforzando su carácter técnico con un mayor número de especialistas de derecho público que lo capaciten para transformarse en una verdadera Corte Constitucional, pues seguramente ya en la actualidad las decisiones sobre la declaración de inconstitucionalidad tienen que apoyarse en los dictámenes y en las limitadas decisiones del propio Consejo. El paso adelante resultará relativamente sencillo.

177. Para finalizar este superficial estudio, debemos reiterar la observación de que un sistema de jurisdicción constitucional requiere de un buen número de especialistas en derecho público y en particular constitucional, los que no abundan en nuestros países,¹⁶⁵ pues si bien Iberoamérica cuenta con distinguidos profesores y tratadistas sobre este sector jurídico, es preciso incrementar el número de los jóvenes que cultiven estas disciplinas, ya que sería difícil integrar los órganos de justicia constitucional exclusivamente con profesores universitarios, aun cuando su concurso es inapreciable, como lo demuestran los tribunales constitucionales de Italia, Austria y la República Federal de Alemania, pero se requieren, además, magistrados y funcionarios públicos que aporten su experiencia a estas complejas funciones.

178. En tal virtud, nos atrevemos a recomendar que se refuerce la enseñanza del derecho constitucional en las escuelas y facultades de derecho de nuestros países, en los campos relativos a la teoría de la Constitución, dentro de la cual deberán estudiarse los instrumentos de inter-

¹⁶⁵ Sobre la necesidad de una enseñanza más profunda de los problemas constitucionales, *cfr.* Jorge Carpizo y Héctor Fix-Zamudio, *Algunas reflexiones sobre la interpretación constitucional*, cit., *supra*, nota 132, pp. 36-38.

pretación constitucional,¹⁶⁶ y también con un curso de derecho constitucional comparado, para otorgar a los alumnos una comprensión más amplia de los diversos regímenes constitucionales y la posibilidad de apreciar con mayor profundidad el propio, en particular en esta época de intensa compenetración de los diversos sistemas jurídicos;¹⁶⁷ también resulta indispensable estrechar los lazos de comunicación entre los constitucionalistas de Iberoamérica, para intercambiar conocimientos y experiencias, que serán invaluable para estar en posibilidad de colaborar en el desarrollo de la justicia constitucional de nuestros países, y para lo cual la labor del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional puede resultar sumamente útil.

VIII. CONCLUSIONES

179. De lo expuesto con tanta superficialidad en el cuerpo de este trabajo, podemos proponer las siguientes conclusiones:

180. *Primera.* En la actualidad predomina en los ordenamientos iberoamericanos el sistema "americano" de justicia constitucional, que se caracteriza por la desaplicación de las disposiciones legales consideradas inconstitucionales en un proceso concreto, aun cuando se observa la tendencia hacia la incorporación de algunos instrumentos del llamado sistema "austriaco", entre ellos la declaración general de inconstitucionalidad.

181. *Segunda.* Si bien el sistema de la desaplicación fue importante en un momento histórico de la evolución político-constitucional de nuestros países, debe implantarse, así sea paulatinamente, la declaración general de inconstitucionalidad que ya existe en algunos ordenamientos de Iberoamérica, señaladamente en Colombia y Venezuela, así como en Panamá, El Salvador, Costa Rica, Guatemala, algunas provincias argentinas, y en cierto modo, en Portugal, según su reciente Constitución de 1976.

182. *Tercera.* No obstante los argumentos que se han esgrimido en contra y que parecen convincentes, existen razonamientos más profundos que favorecen a la declaración general, tanto por razones prácticas, como son la necesidad de resolver en forma relativamente rápida las cuestiones de inconstitucionalidad, las que, con el sistema de des-

¹⁶⁶ Cfr. *Ibid.*, pp. 38-41.

¹⁶⁷ Cfr. Paolo Bascaretti di Ruffia, *Introducción al derecho constitucional comparado*, cit., *supra*, nota 142, pp. 13-19; Héctor Fix-Zamudio, "La importancia del derecho comparado en la enseñanza jurídica", ponencia general publicada en el volumen *Comunicaciones mexicanas al IX Congreso Internacional de Derecho Comparado (Teherán, 1974)*, México, 1977, pp. 171-174.

aplicación y tomando en cuenta la masificación del proceso moderno, su decisión resulta tan razagada que pierde toda su eficacia, y por otra parte, debe tomarse en cuenta el principio esencial de la igualdad de los gobernados ante la ley, que resulta notoriamente infringido cuando sólo aquellos que cuentan con medios económicos, técnicos y culturales suficientes, pueden obtener una sentencia que los proteja, en tanto que un sector, generalmente más amplio y menos favorecido, debe cumplir los mismos preceptos que han sido estimados contrarios a la ley suprema.

183. *Cuarta.* Además de la declaración general de inconstitucionalidad, el paso siguiente para lograr el desarrollo de la justicia constitucional en los países iberoamericanos radica en la creación de verdaderos tribunales constitucionales, que además de concentrar las cuestiones de constitucionalidad, puedan aplicar en forma adecuada los delicados y complejos instrumentos de interpretación constitucional, la cual, si bien participa de los elementos de toda interpretación jurídica, posee caracteres peculiares, derivados de los contenidos específicos de las disposiciones fundamentales, las cuales requieren para su comprensión de una particular sensibilidad sobre los valores supremos consagrados en la Constitución, con mayor razón cuando se incorporan en las llamadas normas programáticas.

184. *Quinta.* La introducción de una jurisdicción constitucional especializada requiere del cumplimiento previo de ciertas condiciones de carácter político, económico, social y cultural, que por su ausencia o limitación han determinado la supresión o bien la escasa eficacia práctica de los tribunales constitucionales establecidos en nuestros países, pero estimamos que esas condiciones se han cumplido, al menos en el mínimo necesario, en los ordenamientos de Colombia, España y Portugal, y es posible que también este paso pueda darse en otros ordenamientos en los que se practica efectivamente la declaración general como Venezuela y Costa Rica, y por ello resulta factible la introducción de organismos especializados de justicia constitucional en esos países, particularmente en el primero, en virtud de la evolución paulatina de sus instituciones de justicia constitucional, que van de la introducción y práctica de la declaración general de inconstitucionalidad desde fines del siglo pasado y la primera década del presente, hasta la creación de una Sala Constitucional en la Suprema Corte en las reformas constitucionales de 1968; y finalmente, la elaboración de un proyecto viable que será discutido próximamente en la Asamblea Constitucional, que posiblemente llevará a la culminación de este desarrollo, con la creación de una verdadera Corte Constitucional independiente de la Corte Suprema.

185. *Sexta*. Para el eficaz funcionamiento de los tribunales constitucionales se requiere que sean integrados en su mayor parte con especialistas en derecho público, debido a la necesidad de que puedan dominar las técnicas de interpretación de las disposiciones fundamentales y entre ellos deben incluirse profesores universitarios, como ha ocurrido con las cortes constitucionales de Italia y Austria, así como con el Tribunal Federal Constitucional de la República Federal de Alemania.

186. *Séptima*. La conclusión anterior nos conduce a la necesidad de preparar un mayor número de juristas iberoamericanos en el conocimiento profundo del derecho constitucional, para lo cual es necesario, además de los cursos normales de derecho constitucional positivo, implantar, donde no existan, cátedras de teoría de la Constitución y de derecho constitucional comparado, en las escuelas y facultades de derecho de Iberoamérica, y además incrementar el intercambio de las experiencias de los constitucionalistas de nuestros países, para lo cual puede resultar sumamente útil la labor que ha iniciado en este sentido el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

XI

JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y RÉGIMEN DEMOCRÁTICO
EN IBEROAMÉRICA

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Justicia y Constitución*. III. *Sectores de la justicia constitucional*. IV. *Diversos sistemas*. V. *Preeminencia del sistema americano*. VI. *Creciente influencia de los tribunales constitucionales*. VII. *El modelo socialista del régimen constitucional cubano*. VIII. *Las tendencias predominantes de la justicia constitucional en los ordenamientos latinoamericanos*. IX. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

1. A partir de que los griegos iniciaron su reflexión sobre los sistemas políticos, y particularmente de que Aristóteles intentó una caracterización del régimen democrático de su época,¹ el tema de la democracia ha sido inagotable y no podemos afirmar que se hubiese llegado a lograr una aproximación, más o menos precisa, sobre una idea tan cargada de emotividad.

2. Por otra parte, la democracia tiene muy diversos significados, pues como lo señala el clásico estudio de Carl J. Friedrich,² no sólo debe considerarse como forma política, es decir, como forma de Estado o gobierno, sino también como una forma de vida —aspecto que ha sido señalado en nuestro artículo tercero constitucional—;³ pero también puede estimarse como una aspiración, como un ideal señalado en las constituciones modernas a través de principios programáticos.⁴

3. Por eso resulta tan complicado intentar una definición, así sea muy aproximada, de sistema democrático y de los lineamientos constitucionales que puedan singularizarlo, tomando en cuenta, además,

¹ *La política*, trad. Julián Marías y María Araujo, Madrid, 1970, libro VI, capítulo I, pp. 168-202; *id.*, *La Constitución de Atenas*, trad. de Antonio Tovar, Madrid, 1970, pp. 40-219.

² *La democracia como forma política y como forma de vida*, trad. de Santiago Martínez Haba y G. Wasserzhier de Martínez, 2a. ed., Madrid, 1966, pp. 13-25.

³ En efecto, la fracción I, inciso a), de dicho precepto constitucional, al referirse a la orientación de la educación pública dispone que: "a) Será democrática, considerando a la democracia no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo...".

⁴ Entre otros, el clásico trabajo de Vezio Crizafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni de principio*, Milán, 1952, pp. 32 y ss.

como lo señala el propio Friedrich, que existen varias formas de democracia,⁵ y podríamos agregar que dentro de cada una de ellas, podemos describir matices y modalidades, que en ocasiones llegan a ser sutiles, pero no resulta nada sencillo determinar.

4. Por otra parte, no debemos olvidar que en nuestra época se han señalado al menos dos categorías de sistemas, considerados, con razón o sin ella, como democráticos, es decir, la que se ha calificado como *democracia occidental o burguesa*,⁶ y la que se conoce como *democracia popular o socialismo*,⁷ pues cada una de ellas reclama exclusividad y, a su lado, toda una gama de matices de ordenamientos constitucionales de países que están en vías de desarrollo, que pretenden aproximarse a esos dos modelos fundamentales.

5. Los países iberoamericanos no se han caracterizado por su cercanía a los paradigmas democráticos, debido a que han padecido, especialmente durante el siglo XIX, de una verdadera inflación constitucional,⁸ es decir, la expedición de numerosos textos fundamentales, la mayoría de ellos con declaraciones retóricas sobre aspiraciones democráticas, pero que no han tenido vigencia, salvo en algunos periodos más o menos prolongados, en algunos de nuestros países, debido a la inestabilidad política, las grandes diferencias sociales, los problemas económicos y los frecuentes golpes de Estado.⁹

6. Sin embargo, estamos convencidos de que si no hemos llegado a los modelos democráticos, no por ello podemos considerar que no se

⁵ *La democracia como forma política*, cit., *supra*, nota 2, pp. 40-53.

⁶ *Cfr.*, sobre las diferentes características entre las democracias de Occidente y las del mundo socialista, entre otros, el clásico estudio comparativo del ilustre jurista alemán Karl Loewenstein, "Constituciones y derecho constitucional en Oriente y Occidente". *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 164, marzo-abril de 1969, pp. 5-34; también puede consultarse el profundo estudio comparativo de los ordenamientos constitucionales occidentales de Paolo Biscaretti di Ruffia, "Las formas de gobierno en el Estado de democracia clásica", en su libro *Introducción al derecho constitucional comparado*, trad. de Héctor Fix-Zamudio, México, 1975, pp. 77-187. Se ha publicado recientemente una nueva edición italiana, la cuarta, de esta obra del distinguido tratadista italiano, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Milán, 1980, pp. 103-318.

⁷ Para examinar las características de las llamadas democracias socialistas, pueden utilizarse también las dos obras fundamentales señaladas en la nota anterior, Loewenstein, cit., pp. 34-52; y Biscaretti di Ruffia, cit., en la traducción castellana, pp. 188-260, y en la nueva edición italiana, pp. 320-463; ya que en esta última se examinan las más recientes constituciones socialistas.

⁸ Con esta expresión se ha querido indicar el número excesivo de textos constitucionales que se han expedido en los diversos países de América Latina, no sólo en el siglo anterior, sino inclusive en el presente, como lo indica el reciente panorama contenido en la obra colectiva *Evolución de la organización político-constitucional en América Latina (1950-1975)*, vol. I, *México y Centroamérica*; vol. II, *Sudamérica y España*; México, 1978 y 1979, respectivamente.

⁹ Esta misma impresión, así sea en un periodo limitado, se desprende de la lectura de la obra mencionada en la nota anterior.

han hecho esfuerzos, en ocasiones considerables, para lograrlo, ya que estamos convencidos de que existe, al menos entre un sector importante de nuestros intelectuales y especialmente entre los constitucionalistas, un vigoroso sentido democrático, por lo que parafraseando a los publicistas alemanes, se podría hablar de *demokratisches Gefühl*,¹⁰ y este sentimiento es el que tenemos que vigorizar en nuestros países, analizando las características constitucionales del sistema democrático, al que podríamos denominar, siguiendo una vez más al ilustre Loewenstein, de *democracia constitucional*.¹¹

7. Por ello consideramos de gran trascendencia la clasificación de las constituciones contemporáneas que ha propuesto el joven y brillante constitucionalista mexicano, profesor Jorge Carpizo, quien se apoya precisamente en la idea de democracia, y divide las cartas fundamentales en cuatro grandes categorías: *constituciones democráticas, cuasi-democráticas, de democracia popular y no democráticas*, tomando en cuenta algunas características predominantes, relativas a los derechos fundamentales de la persona humana; el mínimo económico de la mayoría de la población, y el pluralismo político, este último a través de las separaciones de las funciones y del sistema de los partidos políticos.¹²

8. Al lado de las anteriores podríamos señalar muchos otros lineamientos que nos permitirían indicar la presencia de un sistema constitucional democrático, pero como sería imposible, en los límites de una breve comunicación, ocuparnos, así sea sumariamente, de algunas de las más importantes, nos concentraremos en uno de los mecanismos que consideramos de mayor trascendencia para lograr la aplicación y desarrollo efectivos de los principios democráticos consagrados en la mayor parte de las cartas supremas de los países iberoamericanos, especialmente en estos momentos en que se han expedido nuevas leyes fundamentales de aquellos países que han retornado al régimen constitucional y que por ello aspiran a la democracia: nos referimos a las nuevas constituciones de Portugal, Ecuador, España y Perú, afiliadas al sistema democrático occidental; la reciente ley fundamental de Cuba, que sigue el modelo socialista, así como la transformación que observamos en Nicaragua, a través de una dolorosa evolución hacia un verdadero régimen constitucional.

¹⁰ Nos referimos a la frase utilizada por el gran constitucionalista alemán Karl Loewenstein, es decir, la de *Verfassungsgefühl*, que ha sido traducida al español como "sentimiento constitucional", *Teoría de la Constitución*, traducción de Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, 1965, pp. 199-205.

¹¹ *Ibid.*, pp. 89-145.

¹² "La clasificación de las constituciones. Una propuesta", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 38, mayo-agosto de 1980, pp. 375-380.

9. En tal virtud, haremos referencia a la *justicia constitucional*, como uno de los lineamientos esenciales (si bien de ninguna manera el único y menos de manera aislada), que pretende la realización de esa añeja pero constante aspiración de nuestros países hacia la implantación de un constitucionalismo democrático, que trascienda de las simples declaraciones formales, que hasta ahora han predominado en los ordenamientos iberoamericanos.

II. JUSTICIA Y CONSTITUCIÓN

10. Debemos seguir una vez más las penetrantes enseñanzas del connotado tratadista Karl Loewenstein, en cuanto afirmó que la finalidad esencial de la Constitución escrita es la de limitar la concentración del poder absoluto y distribuir las diferentes funciones estatales entre varios detentadores del poder,¹³ o sea que uno de los principios básicos —por no decir el fundamental— del régimen constitucional es el control del poder y, si por otra parte, como lo señaló otro ilustre autor, Hans Kelsen, la Constitución es la ley fundamental, es decir, la que sirve de fundamento a todo el ordenamiento, no resulta una simple coincidencia que el fundador de la escuela de Viena fuese el sistematizador de una nueva disciplina: el *derecho procesal constitucional*, y el inspirador de la *jurisdicción específica de carácter constitucional*.¹⁴

11. Estamos conscientes de que la justicia constitucional no constituye el único instrumento de control de los ordenamientos contemporáneos, ya que la defensa de la ley suprema se desarrolla a través de numerosos y cada vez más complejos sistemas de control, de carácter no sólo jurídico, sino también político, económico, social e inclusive cultural; pero debido a las crecientes funciones del Estado contemporáneo, ya sea como Estado social o como Estado socialista, los medios de control que hemos calificado como “protectores” (ya que tienden a lograr que los órganos del poder se mantengan dentro de los límites señalados por la Constitución), resultan en ocasiones insuficientes para impedir que los propios órganos del poder rebasen dichos límites, y por ello resulta necesario, y cada vez con mayor fuerza, el funcionamiento de los instrumentos de *garantía*, es decir, aquéllos a través de los cuales se pueden resolver los conflictos y reparar las violaciones que derivan de la aplicación de las normas de la carta fundamental, y

¹³ *Teoría de la Constitución*, cit., *supra*, nota 10, pp. 149-154.

¹⁴ El destacado procesalista español Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, considera acertadamente que el ilustre promotor de la Escuela de Viena es también el fundador de la nueva disciplina “derecho procesal constitucional”, *Proceso, autocomposición y auto-defensa*, 2a. ed., México, 1970, p. 215.

que son inevitables en regímenes cada vez más complicados y absorbentes.¹⁵

12. En la primera posguerra el conocido comparatista Boris Mirkine Guezevitch señaló con agudeza el surgimiento de nuevos instrumentos de control de los órganos del poder, que unidos a los que se habían venido estableciendo en los sistemas constitucionales clásicos, conformaban lo que calificó acertadamente como *racionalización* del poder.¹⁶

13. En esta segunda posguerra esa racionalización ya no es suficiente, debido a que las cartas que surgieron o se modificaron en los dolorosos y convulsionados años que siguieron a la terminación de la Segunda Guerra Mundial, introdujeron numerosos principios programáticos que requieren para su aplicación de una integración de los mismos por parte de los organismos legislativos y administrativos, pero especialmente por los tribunales, todo lo cual requiere de una sensibilidad jurídico-política que rebasa a toda racionalización, ya que está impregnada de una vigorosa dosis estimativa relacionada con el valor supremo de la justicia.

14. Por ello hemos considerado que, además de la *racionalización* del poder, que constituye un paso firme en el camino de su limitación, es necesario añadir en la actualidad un elemento más complejo, que es el relativo a *justificación*; en otras palabras, el ejercicio del poder, que en nuestra época es cada vez más poderoso, no sólo debe racionalizarse sino justificarse, o sea, someterse a los principios de la justicia.¹⁷

15. Lo anterior nos lleva al concepto que deriva de las transformaciones del Estado contemporáneo en un Estado de justicia, y que han sido analizadas con gran penetración por el distinguido constitucionalista español Manuel García Pelayo;¹⁸ lo que resulta sencillo precisar, ya que constituye la culminación del Estado moderno como Estado social, distribuidor, *manager*, de beneficencia, etcétera, es decir, una organización política extremadamente compleja y dinámica que inter-

¹⁵ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "Introducción al estudio de la defensa de la Constitución", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 1, enero-abril de 1968, pp. 93-118, *id.*, "Las garantías constitucionales en el derecho mexicano", *Anuario Jurídico III-IV*, 1976-1977, México, 1978, pp. 69-109.

¹⁶ *Las nuevas constituciones del mundo*, Madrid, 1931, pp. 56-57; *Les nouvelles tendances du droit constitutionnel*, París, 1931, pp. VII-VIII.

¹⁷ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "El juez ante la norma constitucional", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 57, pp. 67 y ss.; *id.*, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1965)*, México, 1968, pp. 11-12.

¹⁸ "El Estado social y sus implicaciones", en su libro *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, 1977, pp. 51-66.

viene de manera creciente en numerosos fenómenos económicos, sociales, políticos y culturales, y que, por lo mismo, requiere de muy fuertes contrapesos para evitar un desbordamiento que nos puede llevar insensiblemente al terrible autoritarismo que describió en forma tan dramática el novelista inglés George Orwell en su clásica obra intitulada *1984*, fecha por cierto muy próxima, pero que afortunadamente no parece tan cercana, al menos para algunos de nuestros países.

16. Consideramos que resulta muy significativa la definición elaborada por el tratadista italiano Giacomo Perticone, en cuanto afirmó que *Estado de justicia* es el Estado de derecho en el cual la mera legalidad puede ser sustituida o acompañada de consideraciones sobre el contenido, apoyadas, no en los valores del individuo aislado, sino en los de la persona asociada, los cuales pueden constituirse en un orden basado en la solidaridad.¹⁹

17. Claro que el Estado de justicia comprende muchos aspectos que no son estrictamente jurídicos, aun cuando se cristalizan en normas jurídicas; como son los relativos a lo que se ha llamado justicia social, justicia económica y justicia política; pero como todas ellas desembocan, según se ha dicho, en disposiciones normativas, se requiere también, aun cuando pudiera parecer pleonástico, de una *justicia judicial*, es decir, de los instrumentos por conducto de los cuales un órgano del Estado, de carácter imparcial (reciba o no la denominación formal de tribunal), pueda resolver los conflictos y violaciones derivados de la aplicación directa o a través de disposiciones legislativas y reglamentarias, de los principios programáticos y las disposiciones normativas de las cartas fundamentales.

18. Coincidimos nuevamente con Manuel García Pelayo en cuanto sostiene que el Estado de derecho incluye el control de la legalidad de los actos del Estado por los tribunales ordinarios y administrativos, que en algunos Estados —en número creciente— se ha añadido el de la constitucionalidad de los actos de autoridad, incluyendo el de las disposiciones legislativas, todo ello a través de los órganos judiciales.

19. Y agrega el destacado tratadista español que (y en esto, según nuestro punto de vista, si nos aproximamos al Estado de justicia): “el control no puede limitarse a la pura dimensión formal, sino que ha de incidir también en el examen de los valores materiales establecidos por la Constitución, sin necesidad de que éstos se expresen en el detalle de un precepto, sino que pueden ser determinados a través de una interpretación del sentido total de la Constitución”.²⁰

¹⁹ “Stato di Diritto e Stato di Giustizia”, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, Milán, enero-febrero de 1963, p. 129.

²⁰ *El Estado social y sus implicaciones*, cit., *supra*, nota 18, pp. 65-66.

20. El destacado tratadista italiano Mauro Cappelletti, uno de los juristas que ha profundizado con mayor agudeza en la difícil problemática de la justicia constitucional de nuestra época, ha señalado cómo los jueces que deben aplicar las normas constitucionales tienen un campo de interpretación muy amplio, ya que se encuentran sólo vinculados por los fines señalados en los principios programáticos de las constituciones contemporáneas, lo que convierte a dichos jueces en integradores del amplio campo cuyo contorno, a veces muy impreciso, es señalado por las normas de la ley suprema,²¹ y esto ha determinado también que la doctrina de nuestro tiempo señale la especificidad de la *interpretación constitucional*, que requiere de una gran sensibilidad, además de la serenidad y del equilibrio, de los jueces encargados de realizarla.²²

21. Por otra parte, es preciso destacar la idea que elaboraron los dos destacados juristas alemanes James y Roberto Goldschmidt, sobre la existencia de un *derecho justicial*, estimado como aquel que señale

21 "Il controllo di costituzionalità delle legge nel quadro delle funzione dello Stato", en la obra colectiva *Studi in onore di Guido Zanobini*, Milán, 1962, vol. III, pp. 112 y ss.

22 El tema de la interpretación constitucional ha despertado recientemente la preocupación de los juristas latinoamericanos, y entre los principales trabajos debemos señalar a los de los tratadistas Segundo V Linares Quintana, "La interpretación constitucional", *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 2 de febrero de 1960, pp. 1-15, y en su obra *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, 2a. ed., Buenos Aires, 1978, t. III, pp. 615-725; Juan Francisco Linares, "Control de constitucionalidad mediante interpretación", *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 18 de abril de 1961, pp. 1-3; César Enrique Romero, "La Corte Suprema y la interpretación constitucional", *La Ley*, Buenos Aires, 22 de junio de 1963, pp. 1-5; Enrique González Flores, "La interpretación de la Constitución", *Lecturas Jurídicas*, núm. 2, Chihuahua, julio-septiembre de 1962, pp. 35-42; Héctor Fix-Zamudio, "Algunos aspectos de la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano", en el volumen colectivo *Comunicaciones Mexicanas al VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado*, México, 1971, pp. 271-309, reproducido en *Comparative Judicial Review*, Coral Gables, Florida, vol. II, 1974, pp. 65-94, y traducido al inglés en la misma revista, con el título de "Some Aspects of Constitutional Interpretation in Mexico's Legal System", pp. 105-140; Jorge Carpizo, "La interpretación constitucional en México", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 12, septiembre-diciembre de 1971, pp. 381-402. Debido a la reciente preocupación de la doctrina mexicana sobre esta importante materia, se discutió este tema en el Primer Congreso Mexicano de Derecho Constitucional, efectuado en la ciudad de Guadalajara, en el mes de noviembre de 1973, publicándose los trabajos presentados en el volumen editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; en la inteligencia de que la ponencia general fue elaborada por Jorge Carpizo y Héctor Fix-Zamudio, con el título de "Algunas reflexiones sobre la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano", y aparece en la obra citada, *La interpretación constitucional*, México, 1975, pp. 9-58. En época reciente también puede consultarse el estudio del tratadista brasileño José Alfredo de Oliveira Baracho, "Hermenéutica constitucional", *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, Brasileña, enero-marzo de 1977, pp. 113-144, y reproducido en *Revista da Faculdade de Direito*, Belo Horizonte, Brasil, mayo de 1977, pp. 175-216.

a determinados órganos del Estado la conducta que deben seguir para imponer, si es preciso coactivamente, los mandamientos jurídicos, cuando los mismos no son observados voluntariamente por los destinatarios.²³

22. A este derecho justicial, referido a las disposiciones constitucionales, pretendemos referirnos cuando hablamos de justicia constitucional, ya que por conducto de esos preceptos se encomienda a determinados órganos del Estado la garantía de la aplicación de los principios y disposiciones de la carta fundamental, y que no sólo implica la imposición forzosa de los mismos, cuando no son acatados por los órganos del poder como destinatarios de los mismos, sino que comprenden también la delicada función de integrar el marco señalado por la ley suprema, a través de la interpretación de las normas fundamentales de manera dinámica, para adaptarlas paulatinamente a los cambios, cada vez más rápidos, que se observan en las sociedades contemporáneas.²⁴

23. En esta dirección, debemos hacer mención del análisis extremadamente agudo realizado por la doctrina alemana, y seguida por numerosos constitucionalistas contemporáneos,²⁵ sobre lo que han denominado *Verfassungskonforme Auslegung*, frase muy difícil de traducir con precisión, pero que de manera aproximada puede describirse como la interpretación de las normas de conformidad con los principios constitucionales, y que constituye la labor más significativa de los tribunales constitucionales europeos tales como las cortes constitucionales austriaca e italiana y el Tribunal Federal Constitucional alemán, pero que también puede extenderse al Tribunal Federal suizo,²⁶ ya que dichos tribunales han restringido las declaraciones de inconstitucionalidad a los casos de evidente contradicción de las disposiciones legislati-

²³ Los estudios de ambos tratadistas han sido reunidos en un volumen intitulado *Derecho justicial material y derecho justicial material civil*, el primero traducido por Catalina Crossmann, y el segundo redactado originalmente en castellano, Buenos Aires, 1959.

²⁴ Al respecto, pueden consultarse, entre otros, el reciente y muy documentado estudio de Mauro Cappelletti, "El formidable problema del control judicial y la contribución del análisis comparado", trad. de Faustino González, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, enero-febrero de 1980, núm. 13, pp. 61-103.

²⁵ La doctrina alemana es muy amplia en esta materia, por lo que nos limitaremos a citar algunos de los estudios más conocidos, como el libro de Volker Haak, *Normenkontrolle und verfassungskonforme Auslegung des Richters* (Control normativo e interpretación judicial de la conformidad constitucional), Bonn, 1963; Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (Elementos de derecho constitucional de la República Federal de Alemania), Heidelberg Karlsruhe, 1976, 9a. ed., pp. 31-34; y pueden consultarse también las agudas observaciones del tratadista español Eduardo García de Enterría, sobre este principio de la interpretación conforme a la Constitución, en su estudio "La Constitución como norma jurídica", *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 1979, pp. 327-333.

²⁶ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, México, 1980, pp. 71-73.

vas o de los actos de autoridad, con los principios y preceptos constitucionales; en todos los demás conflictos derivados de la aplicación de las normas fundamentales, que son muy numerosos, procuran dichos tribunales la armonización de las disposiciones y actos impugnados, con las propias normas constitucionales, a través de una labor muy delicada de equilibrio entre los órganos del poder, que implica el desarrollo paulatino de los valores constitucionales, para aplicarlos a las cambiantes y dinámicas condiciones sociales, e inclusive procurando canalizar esos cambios.²⁷

24. En estas breves pinceladas sobre la importancia de la justicia constitucional para lograr la actividad del Estado de justicia, y por lo tanto, del ideal del Estado democrático, consideramos conveniente reiterar las hermosas y al mismo tiempo penetrantes palabras del distinguido constitucionalista y procesalista Mauro Cappelletti, en cuanto señaló y precisamente en la Facultad de Derecho de esta Universidad Nacional Autónoma de México, en los cursos de verano de febrero de 1955, que:

El genio del hombre ha descubierto el instrumento más perfeccionado de esta "relativización", de esta "positivización" de lo absoluto, a través de la *justicia constitucional*; pero al fin, como instrumento humano, está sometido como todos los instrumentos creados por el hombre, a cambios, errores e imperfecciones. Por medio de esta Institución se *confía a jueces imparciales la humanización de lo absoluto y la concretización de los supremos valores*, que serían fría y estáticamente irrealizables, si se conservaran encerrados y cristalizados en las fórmulas normativas de la Constitución. *Por ello podemos concluir en el sentido de que la justicia constitucional es la vida, realidad y el porvenir de las cartas constitucionales de nuestra época.*²⁸

III. SECTORES DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

25. Hemos partido de la base de que la justicia constitucional está formada por un conjunto de instrumentos jurídicos a través de los cuales pueden resolverse los conflictos y repararse las violaciones de los principios y disposiciones fundamentales, instrumentos que pueden calificarse también como *garantías constitucionales*, y que están contenidas en lo que se ha calificado como *normas judiciales* de carácter constitucional, y todas las cuales conforman el contenido y materia de estudio

²⁷ Cfr. *Ibid.*, pp. 46-86.

²⁸ *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, trad. de Cipriano Gómez Lara y Héctor Fix-Zamudio, México, 1966, pp. 74-75. Una opinión contraria, si bien referida específicamente a la labor del Tribunal Federal Cons-

de una de las más jóvenes ramas del procesalismo científico, que recibe el nombre de *derecho procesal constitucional*.²⁹

26. Ahora bien, sólo para efectos de análisis, podemos dividir la justicia constitucional, y por tanto a las garantías y normas judiciales de carácter constitucional, en dos sectores fundamentales, que en la práctica son difícilmente separables:

27. A. En primer término, el estudio de los instrumentos, cada vez más numerosos, que se han establecido paulatinamente en los ordenamientos contemporáneos, para la tutela de los derechos fundamentales de la persona humana, en sus dos dimensiones inseparables, individual y social, consagradas por las mismas normas constitucionales; que se pueden agrupar dentro del sector que ha sido denominado con singular fortuna como *jurisdicción constitucional de la libertad*, por el citado tratadista italiano Mauro Cappelletti, y que ha cristalizado firmemente en las doctrinas constitucional y procesal contemporáneas.³⁰

28. Debemos hacer la aclaración de que este importantísimo sector del derecho procesal constitucional se ocupa del estudio no sólo de los instrumentos estrictamente procesales orientados a la tutela específica de los derechos fundamentales, tales como el *habeas corpus* angloamericano; el recurso constitucional de los ordenamientos federal alemán, austriaco y suizo; el derecho de amparo latinoamericano (y ahora iberoamericano), en el cual comprendemos el *mandado de segurança* brasileño, etcétera, sino también a otros medios que si bien no son procesales en sentido riguroso, están dirigidos a lograr dicha tutela

titucional alemán, es la de Heleno Saña, "El Tribunal Constitucional alemán (¿Modelo para España?)", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 38, mayo-agosto de 1980, pp. 471-493, quien concluye en el sentido de que la corriente que postula actualmente la jurisdiccionalidad constitucional debe definirse como un neoliberalismo de tipo paternalista que intenta frenar la espontaneidad de las instituciones democráticas a través de la acción normativa de una élite profesional (p. 493). Este criterio de Saña nos recuerda la vieja tesis de Carl Schmitt sobre la "politización de la justicia", en su obra clásica *La defensa de la Constitución*, trad. de Manuel Sánchez Sarto, Barcelona, 1931, p. 33, y que repitieron algunos tratadistas en esta segunda posguerra. Por una parte, las observaciones de sociología política expresadas por el mismo Saña para llegar a esta conclusión, con respecto a la actuación del citado Tribunal Constitucional Federal alemán, contrastan con las contenidas en el documentado estudio del profesor Donald P. Kommers, *Judicial Politics in West Germany. A Study of the Federal Constitutional Court*, Beverly-Hills-Londres, 1976, esp. conclusiones, pp. 299-303. Véase también el estudio de Otto Bachof, "El juez constitucional entre derecho y política", trad. de León Cortiñas Peláez, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, 1967, pp. 245-262.

²⁹ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "El pensamiento de Eduardo J. Couture y el derecho constitucional procesal", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 30, septiembre-diciembre de 1977, pp. 320-322.

³⁰ *La jurisdicción constitucional de la libertad*, trad. de Héctor Fix-Zamudio, México, 1961, pp. 1-28; José Luis Cascajo Castro, "La jurisdicción constitucional de la libertad", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, 1975, núm. 169, pp. 149-198.

de los derechos humanos, tales como la *Proccuratura* de los países socialistas, y el *Ombudsman* de origen escandinavo, pero que tiende a transformarse en una institución prácticamente universal.³¹

29. B. El segundo aspecto del derecho procesal constitucional es el que podemos denominar de alguna manera como *jurisdicción constitucional orgánica*, ya que está dirigida a la protección directa de las disposiciones y principios constitucionales que señalan las atribuciones de los diversos órganos del poder, y en este sector podemos señalar el control judicial de la constitucionalidad de las leyes, especialmente al llamado control abstracto (*abstrakte normenkontrolle*) de las propias normas constitucionales, y que pretende resolver las controversias entre los diversos órganos del poder sobre el alcance de sus atribuciones, en particular, cuando cristalizan a través de disposiciones legislativas.³²

30. Sin embargo, la división puramente conceptual que hemos intentado no puede aplicarse estrictamente en el desarrollo de la *praxis* de los citados instrumentos, ya que podemos observar claramente, para citar un ejemplo evidente, cómo un instrumento establecido directamente para el examen de la constitucionalidad de las leyes, de manera preventiva, y dirigido a la protección de las normas constitucionales que fijan las atribuciones de los órganos del poder, como lo es el *Consejo Constitucional* francés, se ha transformado, en ausencia de otros instrumentos específicos, en un órgano de justicia constitucional de la libertad.³³

31. Es ocioso insistir en que también en este segundo aspecto de la jurisdicción constitucional orgánica, forman parte de su estudio también aquellos instrumentos que sin tener un carácter estrictamente procesal realizan una función similar, como ocurre precisamente con el Consejo Constitucional francés mencionado anteriormente, así como con el derecho socialista, que encomienda a los organismos legislativos el control de la constitucionalidad de los actos de autoridad incluyendo los propios (ver *infra* párrafo 43).

³¹ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "Introducción al estudio procesal comparativo de la protección interna de los derechos humanos", en el volumen colectivo *Veinte años de evolución de los derechos humanos*, México, 1974, pp. 169-273; José Luis Cascajo Castro, "El problema de la protección de los derechos humanos", en la obra colectiva *Los derechos humanos. Significación, estatuto jurídico y sistema*, Sevilla, 1979, pp. 261-299.

³² Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "El pensamiento de Eduardo J. Couture", cit. *supra*, nota 29, p. 322.

³³ La bibliografía sobre esta institución francesa es muy abundante, por lo que remitimos a los trabajos señalados en nuestro estudio sobre *Los tribunales constitucionales*, cit., *supra*, nota 26, pp. 36-42. También puede consultarse la reciente monografía de los profesores Louis Favoreu y Loïc Philip, *Le Conseil Constitutionnel*, París, 1978.

IV. DIVERSOS SISTEMAS

32. También sólo desde el punto de vista doctrinal y para tener una base que podamos utilizar para el análisis posterior de la justicia constitucional en los ordenamientos de Iberoamérica, es preciso intentar una diferenciación, difícil también en la práctica, de los sistemas esenciales que se han establecido paulatinamente en algunos sistemas constitucionales, los que han servido de modelo para nuestros países.

35. También en esta materia son especiales los conceptos elaborados por el profesor Mauro Cappelletti, quien ha logrado delimitar los modelos más importantes de la justicia constitucional dentro del campo de la democracia occidental, los que ha dividido en *americano* y *austriaco*, separación que ha sido adoptada por un sector muy importante de la doctrina.³⁴

36. Son bien conocidos los puntos de vista del destacado tratadista italiano, por lo que los recordaremos de manera muy sucinta:

37. A. El *sistema americano*, denominando así no sólo por haber surgido en los Estados Unidos, tanto en la práctica del derecho colonial como consagrado en el texto de la carta federal de 1787, y especialmente desarrollado por la jurisprudencia de la Suprema Corte Federal, sino también por ser el predominante, según señalaremos posteriormente (ver *infra* párrafos 44-48), en el continente americano, desde Canadá hasta Argentina.³⁵

38. Este sistema americano se caracteriza, esencialmente, por otorgar a los jueces ordinarios la facultad de resolver sobre la contradicción de los actos de autoridad, en especial de las disposiciones legislativas, con la Constitución federal, y por ello se ha estimado que el órgano de control es de *carácter difuso*;³⁶ en segundo término, el planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad se realiza por las partes o de oficio por el juez, como una cuestión prejudicial o incidental dentro del proceso ordinario, y por ello la *vía* se ha calificado como *prejudicial o incidental*,³⁷ si bien algunos autores la han denominado *vía de excepción*, a nuestro modo de ver de manera impropia.³⁸

³⁴ *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes*, cit., *supra*, nota 28, pp. 5-17; *id.*, *Judicial Review in the Contemporary World*, Indianapolis-Kansas City, Nueva York, pp. 1-24.

³⁵ Cfr. Phanor J. Eder, "Judicial Review in Latin America", *Ohio State Law Journal*, otoño de 1960, pp. 570-615.

³⁶ Cfr. J. A. C. Grant, *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes*, México, 1963, pp. 29-47.

³⁷ Cfr. Mauro Cappelletti, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milán, 1957, pp. 50-59.

³⁸ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "La justicia constitucional en Iberoamérica y la declara-

39. Finalmente, cuando se trata de disposiciones generales, la sentencia que declara su inconstitucionalidad sólo posee efectos particulares, es decir, se traduce en la *desaplicación* de los preceptos que se estiman contrarios a la ley fundamental.³⁹

40. B. El llamado *modelo austriaco* se caracteriza idealmente por los elementos contrarios a los que se han señalado anteriormente, y como es de sobra conocido, recibe este nombre por haberse introducido, por inspiración del notable jurista vienés Hans Kelsen, en la carta federal austriaca promulgada el primero de octubre de 1920.⁴⁰

41. De manera muy breve podemos señalar que el órgano del control es *concentrado*, en cuanto el mismo corresponde de manera exclusiva a una jurisdicción específica, encomendada a una Corte o a un Tribunal Constitucional, que decide con exclusión de los jueces ordinarios sobre las cuestiones de contradicción entre la carta fundamental y los actos de autoridad, incluyendo, por supuesto, a las disposiciones legislativas; en segundo lugar, la vía para plantear las cuestiones constitucionales se califica como *principal o directa*, ya que dichas cuestiones constituyen la materia exclusiva de la controversia sometida a la Corte o Tribunal Constitucional, si bien en algunos supuestos los tribunales ordinarios pueden elevar los problemas de constitucionalidad a dicho organismo, y finalmente, cuando se trata de la impugnación de disposiciones generales, los efectos de la declaración de inconstitucionalidad *son generales*, es decir, *erga omnes*.⁴¹

42. Estamos conscientes, como lo han señalado los tratadistas que se han ocupado de la justicia constitucional comparada, y por supuesto

ción general de inconstitucionalidad", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, septiembre-diciembre de 1979, núm. 111, pp. 643-644.

³⁹ Cfr. Mauro Cappelletti, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes*, cit., *supra*, nota 28, pp. 67-72; J. A. C. Grant, "The Legal Effect of a Ruling that a Statute is Unconstitutional", *Detroit College of Law Review*, verano de 1978, pp. 203-207.

⁴⁰ Cfr. entre otros, Walter Frisch Philipp, "La forma en que se plasmó la 'Teoría pura del Derecho' de Hans Kelsen en la jurisdicción constitucional austriaca, creada por él", *Jurídica*, Anuario de la Escuela (ahora Departamento) de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, julio de 1970, pp. 125-151.

⁴¹ El ilustre jurista italiano Piero Calamandrei afirmó con gran agudeza que los lineamientos del binomio americano-austriaco aparecen agrupados según cierta necesidad lógica, de modo que el primer tipo de control, es decir, el americano, se configura necesariamente como *difuso, incidental, especial y declarativo*, en tanto que el segundo, que califica como autónomo, o sea el austriaco, es *concentrado, principal, general y constitutivo*, "La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil", en la obra del mismo autor, *Estudios sobre el proceso civil*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1967, p. 33. Sobre este contraste véase también el estudio del propio Hans Kelsen, "A Comparative Study of the Austrian and the American Constitutions", *The Journal of Politics*, 1942, pp. 183-200.

entre ellos el mismo Mauro Cappelletti,⁴² de que la división anterior entre estos dos grandes paradigmas no se presenta en la práctica con tanta nitidez, sino que por el contrario se han aproximado e influenciado recíprocamente; pero subsisten en sus aspectos fundamentales los lineamientos que hemos señalado.

43. C. Además de las dos categorías anteriores, resulta conveniente señalar una tercera, que corresponde a los *régimenes socialistas*, los cuales son refractarios al establecimiento de un sistema de justicia constitucional encomendada al organismo judicial, ya sea el ordinario o de carácter específico,⁴³ y de acuerdo con la doctrina constitucional de la supremacía del cuerpo legislativo, según los principios del llamado "gobierno de asamblea",⁴⁴ confieren al propio organismo legislativo, es decir el Soviet o la Asamblea Popular, la función de decidir sobre la constitucionalidad de los actos de autoridad, inclusive los suyos propios,⁴⁵ sistema de justicia constitucional que por otra parte no constituye una innovación de la Constitución soviética, si se toma en cuenta que ya se había establecido en la carta española de 1812, conocida como Constitución de Cádiz.⁴⁶

V. PREEMINENCIA DEL SISTEMA AMERICANO

44. Ya habíamos señalado que la denominación de sistema o modelo americano deriva no sólo de su origen sino de su trascendencia en un sector mayoritario y casi absoluto de los ordenamientos de nuestro continente, desde Canadá hasta los países del Cono Sur (ver *supra* párrafo 37).

45. En efecto, y en especial en Latinoamérica, la Constitución de los Estados Unidos de 1787 ejerció una especie de fascinación para los

⁴² Entre otros trabajos del destacado comparatista, podemos citar su reciente estudio intitulado "Appunti per una fenomenologia della giustizia nel XX secolo", en la obra colectiva *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, Milán, 1979, vol. I, pp. 156-178.

⁴³ Cfr. Henry Roussillon, "Le problème du contrôle de la constitutionnalité de lois dans les pays socialistes", *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, París, enero-febrero de 1977, pp. 55-127.

⁴⁴ Cfr. Karl Loewenstein, *Constituciones y derecho constitucional en Oriente y Occidente*, cit., *supra*, nota 6, sobre la aplicación de los principios del llamado "gobierno de asamblea" a los ordenamientos constitucionales socialistas, pp. 35-51.

⁴⁵ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional*, cit., *supra*, nota 17, pp. 100-148.

⁴⁶ En efecto, los artículos 372 y 373 de la mencionada Constitución gaditana disponían: "Las Cortes en sus primeras sesiones tomarán en consideración las infracciones de la Constitución que se les hubieren hecho presentes, para poner el conveniente remedio y hacer efectiva la responsabilidad de los que hubieren contravenido a ella" y "Todo español tiene derecho de representar a las Cortes o al Rey para reclamar la observancia de la Constitución".

constituyentes de los países recién independizados, los que trataron de adoptar varias de sus instituciones políticas tales como el régimen presidencialista, y en varios de nuestros países, la estructura federal, pero también y de manera paulatina el modelo de justicia constitucional, a través de la visión que del mismo divulgó el libro clásico de Alexis de Tocqueville, *La democracia en América*, cuya versión española de Sánchez de Bustamante circuló extensamente en nuestra región a partir del año de 1836.⁴⁷

46. Los estudios comparativos que se han hecho sobre la revisión judicial de la constitucionalidad de los actos de autoridad en Latinoamérica, entre los cuales podemos mencionar los trabajos de los tratadistas estadounidenses Phanor J. Eder⁴⁸ y Keith S. Rosenn,⁴⁹ así como algunos del que esto escribe,⁵⁰ han destacado este predominio constitucional, si bien con modalidades importantes, que resultaría difícil destacar en esta oportunidad, aun cuando podemos mencionar que los países que siguen más de cerca, pero también con matices propios, el modelo de los Estados Unidos, son los ordenamientos de Argentina y Brasil —los cuales poseen también una estructura federal— a través del *recurso extraordinario de constitucionalidad*.⁵¹

47. Por otra parte es posible destacar que el primer ordenamiento que estableció la revisión judicial de la constitucionalidad de los actos de autoridad, inspirado en el sistema estadounidense, lo fue la Constitución yucateca de 16 de mayo de 1841, debido a las ideas del ilustre jurista y político Manuel Crescencio Rejón —quien citó expresamente como su fuente principal de inspiración el mencionado libro

⁴⁷ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "Breve introducción al juicio de amparo mexicano", *Memoria de El Colegio Nacional*, 1976, México, 1977, pp. 144-145.

⁴⁸ "Judicial Review in Latin America, cit., *supra*, nota 35.

⁴⁹ "Judicial Review in Latin America", *Ohio State Law Journal*, 1974, pp. 785-819. También puede consultarse el estudio comparativo de David S. Clark, "Judicial Protection of the Constitution in Latin America", *Hastings Constitutional Law Quarterly*, 1975, pp. 405-442.

⁵⁰ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, entre otros trabajos, "La protección procesal de las garantías individuales en América Latina", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Madrid, 1967, pp. 9-85; reproducido en *Boletín del Colegio de Abogados de Guatemala*, enero-abril, mayo-agosto de 1967, pp. 2-18; 2-22, respectivamente y actualizado en *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Ginebra, Suiza, diciembre de 1968, pp. 69-111; "El juicio de amparo en Latinoamérica", *Memoria de El Colegio Nacional*, 1977, México, 1978, pp. 101-138.

⁵¹ Por lo que se refiere al derecho argentino, puede consultarse entre otras, la obra de Esteban Imaz y Ricardo E. Rey, *El recurso extraordinario*, Buenos Aires, 1962, 2a. ed. actualizada por Ricardo E. Rey y Enrique Lino Palacio, pp. 13 y ss; y por lo que respecta al sistema brasileño, también entre otros, Luiz Pinto Ferreira, *Curso di diritto costituzionale*, 3a. ed., São Paulo, t. II, pp. 378-379; 383-385.

clásico de Tocqueville—,⁵² pues además de introducir, como es bien sabido, el juicio de amparo como instrumento específico de tutela de los derechos fundamentales,⁵³ adoptó también el sistema de control difuso de la constitucionalidad de las leyes, en el artículo 75 de dicha carta fundamental, de acuerdo con el cual: "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."⁵⁴

48. Paulatinamente, los restantes ordenamientos latinoamericanos fueron regulando el control judicial de la constitucionalidad de los actos de autoridad,⁵⁵ y sólo los ordenamientos constitucionales de Ecuador y Perú, conservaron por mayor tiempo el sistema derivado de la Constitución española de Cádiz, de reservar al órgano legislativo la decisión final sobre el control de la constitucionalidad de los actos de autoridad y de sus propias leyes.⁵⁶

49. En la actualidad, inclusive en esos dos países, se ha introducido expresamente la revisión judicial en forma limitada en la carta vigente de Ecuador de 15 de enero de 1978, ya que sólo la Suprema Corte puede desaplicar, en los casos particulares de su conocimiento, los preceptos contrarios a la ley suprema (segundo párrafo del artículo 138),⁵⁷ pero la carta peruana que entró en vigor plenamente en el mes de julio de 1980 reconoce inclusive la declaración general de inconstitucionalidad por un tribunal específico, que examinaremos con posterioridad (ver *infra* párrafos 70-74) (artículos 298 a 305).

50. En tal virtud, puede afirmarse que, al menos en teoría, la totalidad de los países latinoamericanos consagran el control judicial de

⁵² Cfr. el volumen publicado por la Suprema Corte de Justicia, *Homenaje a don Manuel Crescencio Rejón*, México, 1960, pp. 63-66.

⁵³ Cfr. Ignacio Burgoa, *El juicio de amparo*, 11a. ed., México, 1977, pp. 115-118.

⁵⁴ Cfr. *Homenaje a don Manuel Crescencio Rejón*, cit., *supra*, nota 52, p. 114.

⁵⁵ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *La justicia constitucional en Iberoamérica y la declaración general de inconstitucionalidad*, cit., *supra*, nota 38, pp. 648-660.

⁵⁶ Cfr. *Ibid.*, pp. 652-653.

⁵⁷ En efecto, dicho precepto dispone: "Artículo 138. Corresponde a la Corte Suprema de Justicia suspender —total o parcialmente, en cualquier tiempo, de oficio o a petición de parte— los efectos de leyes, ordenanzas o decretos que fueren inconstitucionales, por la forma o por el fondo. La Corte someterá su decisión a resolución de la Cámara Nacional de Representantes o, en receso de ésta, al plenario de las Comisiones Legislativas. Ni la resolución de la Corte Suprema, ni la de la Cámara Nacional de Representantes, ni la del plenario de las Comisiones Legislativas, tendrán efecto retroactivo. Sin perjuicio de esta facultad, la Corte Suprema —en los casos particulares en los que avocare conocimiento— declarará *inaplicable* cualquier precepto legal contrario a la Constitución. Esta declaración no tendrá fuerza obligatoria, sino en las causas materia de su pronunciamiento. La sala informará el pleno del Tribunal para los efectos determinados en el inciso anterior".

los actos de autoridad, inspirado esencialmente en el sistema que hemos calificado como americano, pero en el cual se advierten tendencias hacia una posición intermedia entre ese modelo y el austriaco, y más recientemente, inclusive se advierte la trascendencia de este último en varios ordenamientos de Iberoamérica.

51. La tendencia hacia la aproximación al sistema austriaco se observa en los ordenamientos de varios países latinoamericanos, claro que no de manera consciente, que han establecido *la declaración general de inconstitucionalidad*; pero en forma paralela al sistema clásico americano, pues con excepción del caso de las últimas reformas a la Constitución colombiana, a las cuales nos referimos más adelante (ver *infra* párrafos 74-79), no implican el establecimiento de una jurisdicción específica, sino que dicha declaración la atribuyen a la Suprema Corte de Justicia, como órgano supremo del Poder Judicial ordinario, con lo cual se configura un sistema intermedio entre el americano y el austriaco.⁵⁸

52. Podemos señalar brevemente que dicha declaración general se ha introducido paulatinamente en varios países latinoamericanos, que podemos dividir en dos sectores:

53. a) En primer término, la institución más importante es la llamada *acción popular de inconstitucionalidad*, según la cual cualquier persona (inclusive en algunos supuestos, los extranjeros residentes) puede acudir ante la Corte Suprema de Justicia para demandar la inconstitucionalidad de disposiciones legislativas que considere contrarias a la carta fundamental, en la inteligencia de que dicha declaración tiene *efectos generales*.

54. Dicha acción popular se introdujo primeramente en los ordenamientos constitucionales de Colombia y Venezuela, desde fines del siglo pasado y principios del presente, y se fue perfeccionando paulatinamente, por lo que en la actualidad está consagrada en los artículos 214 y 215, respectivamente, de las cartas fundamentales de estos dos países.⁵⁹

55. Con posterioridad, esta institución se consagró en las cartas constitucionales de El Salvador de 1950, y actualmente en el artículo 96 de la de 1962, y de Panamá de 1941, y ahora en el artículo 188 de la vi-

⁵⁸ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *La justicia constitucional en Iberoamérica*, cit., *supra*, nota 38, pp. 663-673.

⁵⁹ Sobre el alcance de la acción popular de inconstitucionalidad en Colombia, cfr. Alvaro Copete Lizarralde, *Lecciones de derecho constitucional*, 3a. ed., Bogotá, 1960, pp. 228-229; Francisco de Paula Pérez, *Derecho constitucional colombiano*, 5a. ed., Bogotá, 1962, pp. 449 y ss.; J. A. C. Grant, "Estudio comparativo de los sistemas de control de la constitucionalidad de las leyes", *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, octubre-diciembre de 1946, núm. 32, pp. 75 y ss.; Leopoldo Uprimy, "Verfas-

gente de 1972,⁶⁰ y también podemos mencionar a los artículos 90. y 170, fracción I, de la Constitución de la provincia argentina del Chaco.⁶¹

56. b) Un segundo grupo de ordenamientos constitucionales latino-americanos 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, se requiere la existencia de un grupo de reclamantes o asesores, y en este sector podemos incluir al llamado recurso de inconstitucionalidad regulado por los artículos

sungsgerichtsbarkeit in Kolumbien" (La justicia constitucional en Colombia), en el volumen colectivo *Verfassungsgerichtbarkeit in der Gegenwart* (La jurisdicción constitucional en la actualidad), Colonia-Berlín, 1962, pp. 372-374; Jaime Sanín Greiffenstein, *La defensa judicial de la Constitución*, Bogotá, 1971, pp. 129-204; Luis Carlos Sáchica, *Constitucionalismo colombiano*, 3a. ed., Bogotá, 1976, pp. 108-110. Por lo que respecta a esta institución en el ordenamiento constitucional venezolano, la bibliografía, también es amplia, y podemos citar al respecto, Ernesto Wolf, *Tratado de derecho constitucional venezolano*, 2a. ed., Caracas, 1974, pp. 45-54, y José Guillermo Andueza, *La jurisdicción constitucional en el derecho venezolano*, 2a. ed., Caracas, 1974, pp. 45-54. Al respecto debe tomarse en cuenta la exigencia reciente de la afectación de intereses legítimos para interponer la acción popular, de acuerdo con el artículo 112 de la nueva Ley Orgánica de la Suprema Corte de Justicia de 30 de julio de 1976; y con posterioridad a esta modificación del sistema, pueden consultarse los libros de David Morales Bello, *Acción democrática y la Ley Orgánica de la Suprema Corte de Justicia*, Caracas, 1976, pp. 77-78; Allan R. Brewer Carías, *El control de la constitucionalidad de los actos estatales*, pp. 33-206; Humberto J. La Roche, *Instituciones constitucionales del Estado venezolano*, 7a. ed., Maracaibo, 1980, pp. 144-147.

⁶⁰ Por lo que respecta a Panamá, ambos preceptos, 167 de la carta de 1946 y 188 de la vigente de 1972, son similares, y en la parte conducente de la fracción I del último de los preceptos mencionados se dispone: "La Corte Suprema de Justicia tendrá, además de sus atribuciones constitucionales y legales, las siguientes: I. La guarda de la integridad de la Constitución, para lo cual la Corte en pleno conocerá y decidirá, con audiencia del procurador general de la Nación o del procurador de la Administración sobre la inconstitucionalidad de las leyes, decretos, acuerdos, resoluciones y demás actos que por razones de fondo o de forma impugna ante ella cualquier persona... Las decisiones de la Corte en ejercicio de las atribuciones señaladas en este artículo son finales, definitivas, obligatorias y deben publicarse en la *Gaceta Oficial*". Respecto de la Constitución de 1946, la doctrina es abundante en esta materia, por lo que podemos citar al respecto de los trabajos de Víctor M. Goytia, *Las constituciones de Panamá*, Madrid, 1954, pp. 762-763; Carlos Bolívar Pedreschi, *El pensamiento constitucional del doctor Moscote*, Panamá, 1959, pp. 161-162; *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. 10 y ss. En cuanto a El Salvador, el artículo 96 constitucional establece: "La Corte Suprema de Justicia 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". Dicho precepto está reglamentado por los artículos 60. a 11 de la Ley de Procedimientos Constitucionales de 14 de enero de 1960, y la doctrina es escasa, por lo que nos limitamos a mencionar el estudio de Carlos Bove Ticas, *El recurso de inconstitucionalidad*, San Salvador, agosto de 1967 (tesis doctoral mimeografiada).

⁶¹ El referido artículo 90. constitucional dispone: "Toda ley, decreto, ordenanza o disposición contraria a la Ley Suprema de la Nación o a esta Constitución son de ningún valor y los jueces deberán declararlos inconstitucionales a requerimiento de las partes. La

962 a 969 del Código de Procedimientos Civiles de Costa Rica, de 25 de enero de 1933, reformado el 23 de diciembre de 1937;⁶² los artículos 30 y 126, fracción I, inciso (c) de las constituciones de las provincias argentinas de Neuquén y Santiago del Estero, promulgadas, respectivamente, el 28 de noviembre y 2 de junio de 1939 —la segunda reformada el 7 de agosto de 1960.⁶³

57. Un sistema intermedio se consigna 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 tanto, la citada disposición ya no puede aplicarse en cuanto es publicado el fallo respectivo.⁶⁴

58. También es posible incorporar en este sector el sistema de justicia constitucional establecido en los ordenamientos constitucionales de Cuba, anteriores a la carta socialista vigente de 1976, que introdu-

inconstitucionalidad declarada por el Supremo Tribunal de Justicia produce la caducidad de la ley, decreto, ordenanza o disposición en la parte afectada por aquella declaración". Y por su parte, el mencionado artículo 170, fracción I, establece: "El Superior Tribunal de Justicia, tiene en lo judicial, las siguientes atribuciones, con arreglo a las normas legales respectivas: I. Ejercer jurisdicción originaria y exclusiva en los siguientes casos: a) en la demanda de inconstitucionalidad de leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos o resolución que se promuevan directamente en vías de acción . . .". *Cfr.* Segundo V. Linares Quintana, *Derecho constitucional de las nuevas provincias*, Buenos Aires, 1962, pp. 96 y 120; Armando O. Silva, *Acción de inconstitucionalidad*, Resistencia, Chaco, Argentina, 1962, pp. 66-87.

⁶² Aun cuando en sentido estricto no se establece una acción popular, ya que la denuncia de inconstitucional sólo puede surgir en un proceso concreto, en forma similar al sistema italiano. *Cfr.* Roberto Alfaro Valverde, *Recurso de amparo*, San José, 1959, p. 39 (tesis mimeografiada).

⁶³ El artículo 30 mencionado en primer término dispone: "Toda ley, ordenanza, decreto u orden contrarios a esta Constitución, no tienen ningún valor y los jueces deben declararlos inconstitucionales. La inconstitucionalidad declarada por el Tribunal Superior de Justicia, en ejercicio de su jurisdicción originaria, produce la caducidad de la ley, ordenanza, decreto y orden en la parte afectada por aquella declaración". A su vez, el artículo 126, fracción I, inciso a), de la carta de Santiago del Estero establece: "En materia judicial, el Tribunal Superior de Justicia tiene las siguientes atribuciones, de conformidad con las que establezcan las normas de la materia: I. Ejercerá jurisdicción originaria y exclusiva en los siguientes casos: . . . c) en las gestiones cerca de la constitucionalidad de las leyes, decretos, ordenanzas, resoluciones y reglamentos que estatuyen en materia regida por esta Constitución y que se promuevan directamente ante el mismo 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 . . .".

⁶⁴ De acuerdo con el artículo mencionado: "Cuando el Tribunal Superior declare por *tercera vez* la inconstitucionalidad de una norma materia de litigio, contenida en una ley, decreto, resolución, ordenanza o reglamento, originado en cualquier jurisdicción, el mismo Tribunal Superior, en resolución expresa dictada por separado, podrá declarar suspendida la vigencia de la norma inconstitucional, que dejará de ser obligatoria a partir de la publicación de dicha resolución."

ieron paulatinamente la declaración general, consagrada definitivamente en los artículos 172 a 194 de la Constitución de 26 de julio de 1940, que se reprodujeron, pero sólo de manera formal, en los artículos 160 a 173 de la ley fundamental de 1959, promulgada por el gobierno encabezado por el comandante Fidel Castro.⁶⁵

VI. CRECIENTE INFLUENCIA DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

59. Al lado del sistema americano de justicia constitucional que como hemos reiterado prevalece, así sea formalmente, en prácticamente la totalidad de los ordenamientos latinoamericanos, se advierte la propensión creciente para introducir el sistema austriaco, incluyendo el establecimiento de una jurisdicción constitucional especializada, pero en los últimos tiempos, de manera consciente y deliberada; movimiento que se advierte con mayor claridad en los ordenamientos constitucionales recientes de Portugal y de España, que hace poco tiempo superaron prolongadas dictaduras autoritarias, las que no toleraron ningún sistema efectivo de justicia constitucional.

60. Por lo que se refiere concretamente a América Latina, la introducción de tribunales constitucionales es bastante nueva y sin abandonar el modelo americano, el cual no ha sido suprimido sino que coexiste con la jurisdicción especializada, y en este sentido podemos mencionar a los ordenamientos de Guatemala, Chile, Ecuador, Colombia y Perú.⁶⁶

61. a) *En la carta constitucional de Guatemala*, de 15 de septiembre de 1965, al lado del sistema americano proveniente de constituciones anteriores, se introdujo en los artículos 262 a 265 (reglamentados por los artículos 105 a 111 de la Ley de Amparo, *Habeas Corpus* y de Constitucionalidad, de 3 de mayo de 1966) un tribunal especializado para cuestiones constitucionales calificado como *Corte de Constitucionalidad*.

62. Dicha Corte no tiene carácter permanente sino que se integra cada vez que se plantea una reclamación denominada recurso de inconstitucionalidad, y se integra con varios magistrados de la Suprema Corte de Justicia, y el resto por sorteo entre los miembros de la Corte de

⁶⁵ Cfr. Eloy G. Merino Brito, *El recurso de inconstitucionalidad y su jurisprudencia*, La Habana, 1938, pp. 18 y ss.; Juan Clemente Zamora, "La defensa de la Constitución en la legislación cubana", *Revista Mexicana de Derecho Público*, México, octubre-diciembre de 1946, pp. 123 y ss.; Emilio Menéndez, "El poder judicial y la Constitución", *Comparative Juridical Review*, Coral Gables, Florida, 1962, pp. 77 y ss.

⁶⁶ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, cit., *supra*, nota 26, pp. 135-156.

Apelaciones y del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. La instancia puede presentarse por el Consejo de Estado, 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 cualquier persona o entidad a quien afecte directamente la inconstitucionalidad de la ley o disposición gubernativa impugnada, con el auxilio de diez abogados en ejercicio.⁶⁷

63. Cuando dicha Corte de Constitucionalidad declara la inconstitucionalidad de una ley o disposición gubernativa con efectos generales, dicha decisión asume *efectos generales*, ya que los artículos 265 constitucional y 108 de la ley reglamentaria, disponen que los preceptos respectivos dejarán de surtir efecto desde el día siguiente de la publicación del fallo en el *Diario Oficial*.

64 b) *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, y funcionó activamente durante tres años, ya que cesó en sus actividades con motivo del golpe militar de 11 de septiembre de 1973, que terminó con el orden constitucional y fue disuelto formalmente por decreto-ley del propio gobierno militar, de 10 de noviembre siguiente.⁶⁸

65. 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 afectarían a una persona para ser designado ministro de Estado, permanecer en dicho cargo o desempeñar simultáneamente dichas funciones; sobre las reclamaciones que se plantearan en caso de que el presidente de la República no promulgara una ley

⁶⁷ Cfr. Mario Aguirre Godoy, "Protección procesal de los derechos humanos", *Septem-Partitarum*, Guatemala, 1976, pp. 938-993.

⁶⁸ Sobre los antecedentes de este tribunal, cfr. Alejandro Silva Bascuñán, "El Tribunal Constitucional", en el libro colectivo *Reforma constitucional de 1970*, Santiago, 1970, pp. 207-219; Eduardo Frei, "La reforma constitucional en su 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, 1977, pp. 63-206.

cuando debía hacerlo, o promulgara un texto diverso del que constitucionalmente correspondiese y, finalmente, podía decidir las contiendas de competencia que determinarían las leyes.⁶⁹

66. c) *La Constitución ecuatoriana* aprobada en referéndum de 15 de enero de 1978 restableció el organismo denominado *Tribunal de Garantías Constitucionales*, que de acuerdo con las cartas anteriores funcionaba esencialmente como tribunal de lo contencioso-administrativo.

67. Dicho organismo, no obstante su nombre, no constituye un verdadero tribunal, ya que sus facultades se reducen a velar por la ejecución de la carta fundamental, para lo cual puede exhortar a las autoridades y demás funcionarios de la administración pública, y además puede formular observaciones acerca de decretos, acuerdos, reglamentos o resoluciones dictados con violación de la Constitución o las leyes, después de oír a la autoridad y organismo que las hubiere pronunciado, y si estas observaciones no fueren acatadas, dicho 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 aquéllas, a fin de que resuelvan lo pertinente.

68. Se trata, en realidad, de un instrumento auxiliar del órgano legislativo en su función de control constitucional, ya que corresponde a la Corte Suprema de Justicia, en los términos del artículo 138 de la mencionada Constitución, suspender, total o parcialmente, de oficio o a petición de parte, los efectos de las leyes, ordenanzas o decretos que considere inconstitucionales, los que somete para que decida en definitiva a la citada Cámara Nacional de Representantes; en la inteligencia de que, como lo sostuvimos anteriormente (ver *supra* párrafo 49), la propia Corte sólo puede desaplicar con efectos particulares las disposiciones legislativas que considere contrarias a la carta fundamental, en los asuntos ordinarios de su competencia.⁷⁰

69. De cualquier manera, aun con las atribuciones muy restringidas que se contienen en el citado organismo, debe considerarse como un paso hacia el establecimiento de una jurisdicción especializada, tomando en consideración que en la tradición del derecho constitucional ecuatoriano ha prevalecido el sistema originado en la Constitución española de Cádiz (ver *supra* párrafo 48), de otorgar al órgano legislativo la decisión final de las cuestiones de inconstitucionalidad, y que la carta de 1978 ha atemperado con las citadas facultades de desaplica-

⁶⁹ Cfr. Alejandro Silva Bascañán, *Ibid.*, pp. 249-257; Enrique Silva Mimma, *Ibid.*, pp. 37-43.

⁷⁰ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, cit., *supra*, nota 26, pp. 153-156.

ción de la Corte Suprema y las de vigilancia del llamado Tribunal de Garantías Constitucionales.

70. d) En la *Constitución peruana* sancionada y promulgada por la Asamblea Constituyente el 12 de julio de 1979, y con pleno vigor en el mes de julio de 1980, en cuanto tome posesión el gobierno civil que debe sustituir a las fuerzas armadas todavía en el poder, se descubre una mayor aproximación con el modelo austriaco, ya que estableció una jurisdicción específica que atribuye al que también denomina *Tribunal de Garantías Constitucionales*, el cual puede decidir, con efectos generales, sobre la inconstitucionalidad de los ordenamientos legislativos, y además resolver en última instancia sobre las acciones de *habeas corpus* y de amparo, y por este motivo es calificado por el artículo 296 de la propia carta fundamental, como el "órgano de control de la Constitución".

71. De acuerdo con el artículo 298 de la citada carta suprema, dicho tribunal está facultado para declarar, a petición de parte, la inconstitucionalidad parcial o total de las leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales, que contravengan la Constitución por la forma o por el fondo, y también decidir en casación sobre las resoluciones denegatorias de *habeas corpus* o de amparo, una vez agotada la vía judicial.

72. La referida acción de inconstitucionalidad puede ser interpuesta ante el citado Tribunal de Garantías Constitucionales, por el presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia, el fiscal de la nación, sesenta diputados, veinte senadores, así como cincuenta mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones (artículo 299 de la citada Constitución).

73. Según el artículo 301 de la citada Constitución peruana, el Tribunal debe comunicar al presidente del Congreso la sentencia de inconstitucionalidad de normas emanadas del Poder Legislativo, y el propio Congreso debe aprobar una ley que derogue la norma constitucional, pero si transcurren cuarenta y cinco días naturales sin que se haya publicado la derogatoria, se entiende derogada la norma constitucional, y en ese supuesto el Tribunal debe ordenar la publicación de la sentencia respectiva en el *Diario Oficial*; pero cuando la declaración de inconstitucionalidad se refiera a disposiciones generales que no provengan del órgano legislativo, debe ordenar la publicación de la sentencia en el propio *Diario Oficial*, y adquiere valor general desde el día siguiente de dicha publicación (artículo 302 constitucional).⁷¹

74. e) *En cuanto al ordenamiento colombiano*, de acuerdo con las

⁷¹ Cfr. *Ibid.*, pp. 155-156.

reformas promulgadas el 4 de diciembre de 1979, debe estimarse como el resultado de una lenta pero firme evolución hacia una jurisdicción constitucional especializada, que todavía no puede considerarse terminada.

75. En efecto, ya habíamos mencionado que Colombia estableció desde fines del siglo anterior, y consolidó en la reforma constitucional de 1910,⁷² la *acción popular de inconstitucionalidad*, que implica la declaración con efectos generales (ver *supra* párrafos 53-55).

76. Una etapa importante de dicha evolución la podemos situar en las reformas constitucionales de 1968, de acuerdo con las cuales se creó una *Sala Constitucional* dentro de la Corte Suprema de Justicia, con la función de formular dictámenes sobre las cuestiones de constitucionalidad planteadas ante la propia Corte, y esos dictámenes se sometían al Tribunal en Pleno, para que dictara la resolución correspondiente. Estas facultades de la Sala Constitucional fueron reglamentadas por el decreto número 432 de 1969.⁷³

77. Sin embargo, con posterioridad a esta reforma se presentó un movimiento muy vigoroso para introducir un verdadero Tribunal Constitucional diverso de la Corte Suprema, la cual quedaría como tribunal de casación, y esta proposición que se discutió ampliamente en el Segundo Coloquio Iberoamericano de Derecho Constitucional efectuado en la ciudad de Sochagota, Colombia, durante los días 7 al 11 de noviembre de 1977, sobre el tema de la jurisdicción constitucional en Iberoamérica,⁷⁴ también fue objeto de un proyecto de reformas constitucionales, sometido a un procedimiento especial, este último declarado inconstitucional en el año de 1978 por una sentencia muy controvertida de la propia Corte Suprema.⁷⁵

78. En virtud de lo anterior, se inició un nuevo procedimiento de reformas que culminó con el citado acto legislativo de 4 de diciembre de 1979, en el cual se adoptó un criterio intermedio, que significa un movimiento adelante hacia el establecimiento de la jurisdicción especializada de carácter constitucional, ya que se modificó el artículo 214 de la Constitución, para dividir la competencia de las cuestiones de

⁷² Ver autores y obras citados en la nota 59 de este trabajo.

⁷³ Cfr. Carlos Restrepo Piedrahita, "Notas sobre la Corte Constitucional", separata de la *Revista de la Cámara de Comercio de Bogotá*, s. f., pp. 19-31; Luis F. Ferrano A., *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.

⁷⁴ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, cit., *supra*, nota 26, pp. 152-153.

⁷⁵ Fallo comentado ampliamente por el destacado procesalista colombiano, Hernando Devis Echandía, en su estudio "Proceso y jurisdicción constitucional en Colombia", en su libro *Estudios de derecho procesal*, Bogotá, 1979, t. I, pp. 109-161.

constitucionalidad, de tal manera que alguna de las más importantes corresponden de manera autónoma a la citada Sala Constitucional, la cual sólo funciona como dictaminadora del Tribunal en Pleno, cuando se trata de demandas de inconstitucionalidad contra actos legislativos por vicios de forma; o cuando se trate del examen de los decretos legislativos del gobierno, expedidos con apoyo en los artículos 121 y 122 de la carta fundamental, y que deben remitirse a la Corte Suprema el día siguiente de su expedición, a fin de que ésta declare si se ha cumplido con las formalidades exigidas por dichas normas constitucionales para los estados de sitio o de emergencia.⁷⁶

79. Lo anterior significa que a partir de la vigencia de estas reformas en diciembre de 1979, la Sala Constitucional de la Corte Suprema, al decidir de manera autónoma sobre la mayor parte de las cuestiones de constitucionalidad de los actos de autoridad, incluyendo las disposiciones legislativas que se encomiendan a la Suprema Corte de Justicia, funciona en realidad como un Tribunal Constitucional, aun cuando no reciba este nombre de manera expresa, y por ello sólo falta un paso para otorgarle plena independencia respecto de la propia Corte.⁷⁷

80. En Portugal y en España se advierte una mayor aproximación al sistema austriaco de justicia constitucional, lo que se explica por la cercanía, no sólo geográfica, sino inclusive cultural y jurídica, con el derecho constitucional continental europeo.

81. a) *La Constitución portuguesa* que entró en vigor el 2 de abril de 1976, después de una prolongada y rígida dictadura que fue derrocada por el movimiento militar de 25 de abril de 1974, configura un sistema de justicia constitucional de carácter intermedio o mixto, ya que también adopta parcialmente el modelo americano en el artículo 207 de dicha ley fundamental, que confiere a los tribunales ordinarios la facultad de resolver sobre las cuestiones de inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas, con efectos particulares para el caso concreto en el cual se hubiese planteado la cuestión, que en ciertos supuestos culmina con un recurso ante el órgano denominado *Comisión Constitucional*, y por otra parte establece, además, un sistema de declaración general con matices peculiares.⁷⁸

⁷⁶ Cfr. Luis Carlos SÁCHICA, *Constitucionalismo colombiano*, cit., *supra*, nota 59, pp. 146-147; 284-291.

⁷⁷ Cfr. Héctor FÍX-ZAMUDIO, *La justicia constitucional en Iberoamérica y la declaración general de inconstitucionalidad*, cit., *supra*, nota 38, pp. 678-692, sobre los argumentos en favor de un tribunal constitucional especializado en Colombia.

⁷⁸ Cfr. Faustino GUTIÉRREZ ALVÍZ y ARMARIO, "La justicia según la Constitución portuguesa de 2 de abril de 1976", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, Madrid, 1976, pp. 575-581.

82. El sistema de justicia constitucional portugués es muy complejo ya que no regula en forma directa un Tribunal Constitucional en sentido estricto, aun cuando la citada Comisión Constitucional se le aproxima mucho, y ello se debe probablemente al papel esencial de las fuerzas armadas en el derrocamiento de la dictadura anterior y en el periodo de transición hacia el régimen democrático.⁷⁹

83. En el citado ordenamiento constitucional se introdujo un organismo de control denominado *Consejo de la Revolución*, que se integra mayoritariamente con representantes de las fuerzas armadas, y que tiene la facultad de pronunciarse, preventivamente, sobre los proyectos de ley de la Asamblea de la República, a petición del presidente de la República o de oficio, y en el supuesto de que el citado Consejo los considere contrarios a la ley suprema, el mismo presidente debe ejercer el veto suspensivo, con objeto de que la Asamblea mencionada considere nuevamente el proyecto, con voto calificado de dos tercios de los diputados presentes (artículos 273 y 274 de la Constitución).

84. También corresponde al Consejo de la Revolución formular recomendaciones a la Asamblea de la República, cuando en su concepto incurra en *omisión* de medidas legislativas necesarias para desarrollar y ejecutar las normas constitucionales, así como decidir obligatoriamente sobre la constitucionalidad de las normas legislativas ya en vigor, cuando hubiese sido requerido para ello por el presidente de la República, por el presidente de la Asamblea, por el primer ministro, por el llamado promotor de la justicia (este último similar al defensor del pueblo español y, a su vez, vinculado con el *ombudsman* de origen escandinavo),⁸⁰ por el procurador general de la República o por la Asamblea de las Regiones Autónomas (artículo 281, fracción 2).

85. La función que se encomienda a la referida Comisión Constitucional tiene cierta similitud con la Sala Constitucional de la Suprema Corte de Colombia (ver *supra* párrafo 79), ya que por una parte, actúa como órgano dictaminador del aludido Consejo de la Revolución, en virtud de que este último puede declarar con fuerza obligatoria general la inconstitucionalidad de una norma legislativa, cuando el primero la hubiese considerado inconstitucional en tres casos concretos, o en uno solo si se trata de inconstitucionalidad orgánica o formal (artículo 281, fracción 2).

86. Pero la propia Comisión Constitucional, integrada en su mayor parte por jueces y juristas, conjuntamente con algunos ciudadanos, to-

⁷⁹ Cfr. Giuseppe de Vergottini, *Le origini della Seconda Repubblica Portoghese* (1974-1976), Milán, 1977, pp. 23-202.

⁸⁰ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "Reflexiones comparativas sobre el *ombudsman*", *Memoria de El Colegio Nacional*, 1979, México, 1980, pp. 139-140.

dos ellos designados por cuatro años con garantía de imparcialidad e inamovilidad,⁸¹ posee, además, la facultad de decidir de manera autónoma, así sea con efectos particulares, respecto del recurso de última instancia que pueden interponer los afectados y obligatoriamente el ministerio público, cuando los tribunales dejen de aplicar disposiciones contenidas en leyes, decretos-leyes, reglamentos, decretos regionales o disposiciones similares, apoyándose en su inconstitucionalidad; en la inteligencia de que dichas decisiones sólo adquieren efectos generales, cuando así lo decida el Consejo de la Revolución, en los términos señalados en el párrafo anterior (artículos 282 y 284 de la Constitución).⁸²

87. b) Por lo que se refiere a la *justicia constitucional española* también observamos una evolución paulatina hacia el establecimiento de un Tribunal Constitucional de acuerdo con el modelo austriaco.⁸³

88. En la Constitución republicana de 9 de diciembre de 1931 ya se observa una influencia muy marcada de las ideas de Hans Kelsen sobre la justicia constitucional, ya que los artículos 105, 121-124 de dicha carta fundamental establecieron el llamado *Tribunal de Garantías Constitucionales* —cuya denominación influyó en los del mismo nombre establecidos en los ordenamientos de Ecuador y Perú, descritos anteriormente (ver *supra* párrafos 66 a 73)—, preceptos reglamentados por la Ley del Tribunal de Garantías Constitucionales, expedida por las Cortes Constituyentes el 30 de junio de 1933, con reformas de 10 de julio de 9 de septiembre del mismo año.⁸⁴

⁸¹ Cfr. entre otros, José Durao Barroso, "O recurso para a Comissão Constitucional. Conceito e estrutura", en el libro colectivo *Estudos sobre a Constituição*, Lisboa, 1979, vol. 30, pp. 707-722.

⁸² La bibliografía sobre la justicia constitucional actual es abundante, por lo que citamos algunos trabajos importantes, en especial manuales y tratados de derecho constitucional: Fernando Amancio Ferreira, "Controlo da Constitucionalidade", *Fronteira*, abril de 1978, pp. 67-94; Jorge Miranda, *Direito constitucional comparado*, Lisboa, 1977-1978, pp. 537-629; *id.*, *Constituição, estrutura, princípios fundamentais*, pp. 128-154; Marcelo Rebelo de Sousa, *Direito Constitucional. I. Introdução a Teoria da Constituição*, Braga, 1979, pp. 382-387; José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, 2a. ed., Coimbra 1980, pp. 459-461; *id.* y Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa anotada*, Coimbra, 1980, pp. 476-508.

⁸³ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, cit., *supra*, nota 26, pp. 87-110.

⁸⁴ Cfr. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, "Significado y funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales", en el volumen *Ensayos de derecho procesal civil, penal y constitucional*, Buenos Aires, 1944; pp. 503-505; Nicolás Pérez Serrano, *La Constitución española (9 de diciembre de 1931): Antecedentes, texto, comentarios*, Madrid, 1932, pp. 324 y ss.; véase también la cuidadosa reseña elaborada por el joven tratadista español José Luis Cascajo Castro, sobre el coloquio organizado por el Instituto Español de Estudios Jurídicos en la ciudad de Roma el 30 de marzo de 1977, precisamente sobre el tema "Kelsen y la Constitución española de 1931", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, enero-febrero de 1978, pp. 243-255.

89. En forma muy sintética podemos destacar que el citado Tribunal de Garantías Constitucionales conocía en última instancia de los llamados *recursos de amparo de las garantías constitucionales*, por violación de los derechos individuales establecidos en la Constitución y que se enumeraban específicamente; así como de *inconstitucionalidad*, contra las disposiciones legislativas contrarias a la carta fundamental; pero en este último supuesto se adoptó un sistema intermedio, ya que las sentencias del citado Tribunal tenían *efectos generales* en las hipótesis de la inconstitucionalidad formal de los preceptos impugnados, y sólo *efectos particulares* en el caso concreto, tratándose de inconstitucionalidad material.⁸⁵

90. Varios años después de la implantación de la dictadura franquista se hizo un intento demasiado primitivo de implantar un sistema de justicia constitucional, que como es fácil de comprender, careció de eficacia práctica, y regulado por el título X de la Ley Orgánica del Estado promulgada el 10 de enero de 1967 (artículos 59 a 66, reglamentados por la Ley número 8 de 5 de abril de 1968).

91. De acuerdo con estos preceptos, se estableció el denominado anacrónicamente como *recurso de contrafuero* contra disposiciones legislativas, y que en última instancia era resuelto por el mismo jefe del Estado, después de un alambicado procedimiento que disfrazaba la inutilidad de este instrumento, que sólo puede considerarse como curioso.⁸⁶

92. Por el contrario, la Constitución aprobada por las Cortes el 26 de octubre y ratificada por referéndum el 6 de diciembre de 1978, sigue muy de cerca al sistema austriaco, al establecer un Tribunal Constitucional con atribuciones similares a las cortes o tribunales constitucionales de Austria, Italia y la República Federal de Alemania.⁸⁷

⁸⁵ Cfr. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Ibid.*, pp. 512-526; Rodolfo Reyes, *La defensa constitucional*, Madrid, 1934, pp. 156-315; José Luis García Ruiz, *El recurso de amparo en el derecho español*, Madrid, 1980, pp. 25-272; Rosa María Ruiz Lapeña, "El recurso de amparo durante la segunda República española", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, enero-febrero de 1979, núm. 7, pp. 291-298; Tomás Joaquín Villarroya, "El recurso de inconstitucionalidad en el derecho español (1931-1936)", separata de la *Revista del Instituto de Ciencias Sociales*, Barcelona, 1968, pp. 11-54.

⁸⁶ Cfr. Luis Sánchez Agesta, "El recurso de contrafuero y la protección del orden constitucional", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, enero-marzo de 1972, pp. 5 y ss.; Diego Sevilla Andrés, "La defensa de la Constitución en la Ley Orgánica española", en la misma *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, enero-marzo de 1967, pp. 204-302; José Barragán Barragán, *El juicio de amparo mexicano y el recurso de contrafuero*, Valencia, España, pp. 95-103.

⁸⁷ Cfr. Jesús González Pérez, *Derecho procesal constitucional*, Madrid, 1980, pp. 87-96; José Almagro Mosete, *Justicia constitucional (Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)*, Madrid, 1980, pp. 3-99; Nicolás González-Delcito Domingo, *Tribunales Constitucionales. Organización y funcionamiento*, Madrid, 1980, pp. 28-37.

93. Los artículos 159 y 165 de la nueva ley fundamental regulan la organización, competencia y funcionamiento del Tribunal Constitucional, los cuales fueron reglamentados por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional promulgada el 3 de octubre de 1979, y que entre otras, confiere al citado tribunal dos atribuciones esenciales, la de conocer y decidir en última instancia del *recurso de amparo*, que se restableció según el precedente de la carta republicana de 1931 (ver *supra* párrafo 88), y que a su vez se inspira en la institución mexicana del mismo nombre,⁸⁸ así como del recurso de *inconstitucionalidad* contra las leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley, y en este segundo supuesto se abandona toda vinculación con el sistema americano, ya que de acuerdo con el nuevo sistema, las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de dichas disposiciones legales *tienen plenos efectos frente a todos*, es decir, *erga omnes*.⁸⁹

VII. EL MODELO SOCIALISTA DEL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL CUBANO

94. Mencionamos anteriormente que en el régimen constitucional cubano anterior a la revolución encabezada por el comandante Fidel Castro, imperaba el sistema americano de justicia constitucional, dentro del cual se había implantado la declaración con efectos generales, que se mantuvo de manera puramente formal en la carta de 1959 aprobada por el gobierno revolucionario del mismo Fidel Castro, debido a la transformación paulatina de dicho régimen en un gobierno socialista (ver *supra* párrafo 58).

95. La reforma constitucional a la citada carta de 1959, según decreto de 12 de junio de 1973, suprimió el sistema de garantía judicial de la constitucionalidad de los actos de autoridad e introdujo el régimen de tribunales populares inspirados en la organización judicial de los ordenamientos socialistas, reglamentados por la Ley de Organización del Sistema Judicial de 23 de junio del propio año de 1973.⁹⁰

⁸⁸ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "El derecho de amparo en México y en España. Su influencia recíproca", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, enero-febrero de 1979, núm. 7, pp. 227-267, traducido parcialmente al italiano por Paolo Saitta, con el título: "Il diritto d'Amparo in Messico e in Spagna. Influenze reciproche", *Diritto e società*, Padua, 1979, pp. 233-262; Jesús González Pérez, *Ibid.*, pp. 277-286; José Almagro Nosete, *Ibid.*, pp. 189-272; Nicolás González-Deleito Domingo, *Ibid.*, pp. 45-51.

⁸⁹ Cfr. Jesús González Pérez, *Ibid.*, pp. 249-267; José Almagro Nosete, *Ibid.*, pp. 331-408; Nicolás González-Deleito Domingo, *Ibid.*, pp. 38-42; Scerio Galeotti y Bruno Rossi, "El Tribunal Constitucional en la nueva Constitución española: medios de impugnación y legitimados para actuar", trad. de Faustino González, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, enero-febrero de 1979, núm. 7, pp. 130-135.

⁹⁰ Cfr. Reinaldo Chalbaud Zerpa, "El Poder Judicial en Cuba", *Anuario, de la*

96. La evolución anterior culminó con la Constitución aprobada por referéndum popular el 24 de febrero de 1976, que implantó en forma abierta un sistema constitucional de carácter socialista, inspirado claramente en la carta federal soviética de 1936 y en algunos otros ordenamientos de países socialistas europeos.⁹¹

97. En efecto, el control de la constitucionalidad de las disposiciones legislativas y aquéllas otras de carácter general, se atribuye en definitiva al órgano legislativo denominado *Asamblea Nacional del Poder Popular*, ya que el artículo 73, inciso c), de dicha carta fundamental, confiere a dicha asamblea la facultad de *decidir acerca de la constitucionalidad de las leyes, decretos-leyes, decretos y demás disposiciones generales*; facultad que comparte, como en el sistema soviético, con el órgano denominado *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, incisos ñ) y o), de la misma carta suprema, suspender 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 las disposiciones legislativas.⁹²

98. 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 en la carta fundamental, aun cuando, como el encomendado al llamado fiscal general, de acuerdo con el modelo de la *procuratura* soviética, no pueda considerarse como de carácter procesal en sentido estricto.⁹³

99. 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 94), al configurarse a la *pro-*

Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, núm. 5, Mérida, Venezuela, 1974, pp. 138 y ss.

⁹¹ Reinaldo Chalbaud Zerpa, *El nuevo sistema constitucional socialista cubano*, Mérida, Venezuela, 1976, pp. 33-75.

⁹² *Cfr. Ibid.*, pp. 59-65.

⁹³ *Cfr.* Harold J. Berman y Van R. Whiting Jr., "Impressions of Cuban Law", *The American Journal of Comparative Law*, verano de 1980, pp. 480-481; Max Azicri, "Change and Institutionalization in the Revolutionary Process: The Cuban Legal System in the 1970's", *Review of Socialist Law*, Alphen aan den Rijn, Holanda, junio de 1980, pp. 171-177.

curatura 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.

100. En cuanto a la citada *procuratura*, los artículos 130 constitucional y 106 de la Ley Orgánica, atribuyen al fiscal general de la República, como objetivo primordial, el control de la legalidad socialista sobre la base de la vigilancia del estricto cumplimiento de la ley y demás disposiciones legales por los organismos del Estado, entidades económicas y sociales, y por los ciudadanos, y por tanto, dicho fiscal posee atribuciones y facultades similares a las de su arquetipo soviético, entre ellas las del ministerio público, pero esencialmente las de 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 gobiernos por la infracción de sus derechos fundamentales.⁹⁴

101. 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 popular 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, en los que establecen como uno de los principales objetivos de la actividad de los tribunales populares, el 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*".

102. 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,⁹⁵ en el ordenamiento cu-

⁹⁴ Para una comparación entre la fiscalía cubana y la *procuratura* soviética, pueden consultarse, entre otros, los estudios clásicos del profesor Glenn G. Morgan, "La fiscalización general, función de la procuración soviética", *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Ginebra, invierno de 1959 y primavera-verano de 1960, pp. 132-148; "The 'protest' of Soviet Procuracy", *The American Journal of Comparative Law*, verano de 1960, pp. 499-507; "The 'proposal' of the soviet procurator. A means of rectifying administrative illegalities", *The International and Comparative Law Quarterly*, Londres, abril de 1960, pp. 191-207; "The protest and representation lodged by the Soviet Procuracy against the legality enactments, 1937-1964", en la obra colectiva *Legal controls in the Soviet Union*, Leyden, 1966, pp. 106-286; *Soviet Administrative Legality, The role of Attorney General's Office*, Stanford, California, 1962, pp. 134-251.

⁹⁵ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Introducción al estudio procesal comparativo*, cit., *supra*, nota 31, pp. 260-261.

bano ha prevalecido la tradición hispánica, tomando en cuenta que después de su 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.

103. 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 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.⁹⁶

VIII. LAS TENDENCIAS PREDOMINANTES DE LA JUSTICIA EN LOS ORDENAMIENTOS LATINOAMERICANOS

104. De acuerdo con la superficial descripción que hemos hecho en los incisos anteriores de este trabajo, podemos considerar que en los ordenamientos constitucionales iberoamericanos existen dos grandes corrientes sobre la justicia constitucional, que tienden a aproximarse paulatinamente para perfeccionar los sistemas de control de la constitucionalidad de los actos de autoridad, y que hemos caracterizado como los modelos americano y austriaco, con sus matices intermedios de la declaración general de inconstitucionalidad por los tribunales supre-

⁹⁶ Los citados preceptos establecen: "Artículo 655. Se entenderá por Administración a los efectos de esta ley: 1) Los organismos de la Administración Central del Estado, así como sus delegaciones territoriales; 2) Los Comités Ejecutivos de los órganos provinciales y municipales del Poder Popular." "Artículo 656. La jurisdicción en materia administrativa conocerá de: 1) todas las pretensiones que se deduzcan contra las disposiciones de carácter general y resoluciones que emanen de la Administración y que, en uno u otro caso, vulneren derechos legalmente establecidos a favor del reclamante, salvo lo dispuesto en los artículos 657 (casos excluidos de la jurisdicción administrativa: defensa nacional, seguridad del Estado, orden público y medidas en circunstancias excepcionales; transacciones 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) y 673 (no pueden impugnarse resoluciones que sean reproducción de otras anteriores definitivas y firmes, ni las confirmatorias de acuerdos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma; 2) las cuestiones relacionadas con la aplicación de la legislación de la Reforma Urbana; 3) las demás cuestiones que la Ley le atribuya especialmente."

mos de algunos de nuestros países, y con la tendencia reciente hacia el establecimiento de tribunales constitucionales especializados.

105. Sólo en Cuba, a través de su Constitución socialista de febrero de 1976, se ha introducido el régimen de control de la constitucionalidad de las disposiciones legislativas, encomendado al órgano legislativo, de acuerdo con el modelo soviético y de otros países socialistas europeos, aun cuando al injertarse en una tradición hispánica, en la cual ha prevalecido la corriente de someter a los órganos judiciales el examen de la constitucionalidad y la legalidad de los actos y resoluciones, al menos de las autoridades administrativas, se han mantenido, al lado del paradigma soviético, algunos aspectos del sistema de lo contencioso-administrativo español.

106. Ahora bien, estamos conscientes de que estos lineamientos de los sistemas de justicia constitucional iberoamericanos han funcionado de manera desigual, y con grandes tropiezos en algunos casos, como instrumentos para desarrollar los principios democráticos consagrados en la mayoría, por no decir en la totalidad de los textos constitucionales de Iberoamérica.

107. En nuestro concepto esta situación se debe a que los instrumentos de justicia constitucional, aun cuando se elaboren con un criterio técnico muy avanzado, no pueden por sí solos contribuir al desarrollo de los principios democráticos de carácter constitucional, sino que a través de una influencia recíproca, dependen de la realidad social, económica, política y cultural de los países en los cuales pretendan aplicarse.

108. Se han estudiado algunos de los obstáculos con los cuales tropiezan nuestros países para el desarrollo de los medios de control de la constitucionalidad de los actos de autoridad, por lo que nos limitaremos a recordarlos en esta oportunidad.

109. El primer impedimento de la justicia constitucional en varios de nuestros países es tan ostensible que no necesitamos destacarlo, ya que radica en los constantes golpes de Estado, en especial los de carácter militar, que establecen gobiernos *de facto*, los que, por supuesto, suspenden inmediatamente o suprimen de plano los instrumentos de control, especialmente los relativos a los derechos humanos, y además consagran estos principios autoritarios en las llamadas *Actas institucionales*, que se sobreponen a los textos constitucionales para modificarlos, especialmente en esta materia, sustrayendo del conocimiento de los tribunales el examen de la legalidad y constitucionalidad de los actos de autoridad.⁹⁷

⁹⁷ Estas actas o actos institucionales se han expedido por la mayor parte de los gobiernos militares que han asumido el poder en varios países de Latinoamérica, pero

110. Claro que al establecerse un gobierno *de facto*, y con mayor razón cuando lo encabezan las fuerzas armadas, resultan inútiles las reflexiones sobre la justicia constitucional, ya que prácticamente desaparece; pero en algunos casos, los tribunales se han atrevido a desafiar así sea esporádicamente, a los regímenes autoritarios, pronunciando resoluciones sobre la constitucionalidad de los actos de autoridad tomados con motivo de los frecuentes estados de sitio o de emergencia, que en ocasiones llegan a ser permanentes, y un ejemplo significativo es la doctrina de la *razonabilidad* elaborada por la Corte Suprema argentina, que en ocasiones ha aplicado de manera valiente;⁹⁸ pero ésta no es de ninguna manera la situación general, ya que no debemos suponer que los jueces sean héroes, sino hombres sometidos a todas las presiones sociales y políticas y con mayor razón en Latinoamérica, por la ausencia de una tradición de independencia de los organismos judiciales en especial frente al Ejecutivo.⁹⁹

111. Otro obstáculo que se ha destacado, es la interpretación tan extensa que se ha otorgado a las llamadas *cuestiones políticas* que escapan al examen del organismo judicial,¹⁰⁰ pues a través de este concepto, elaborado primeramente por la jurisdicción de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos,¹⁰¹ pero que se ha transformado radicalmente en los últimos años en la propia jurisprudencia,¹⁰² se excluyen de la

puede afirmarse que las de mayor importancia, por su afectación a las instituciones de la justicia constitucional, lo han sido las de Argentina, Brasil y Uruguay, si bien en el segundo de estos países se han derogado algunas de las más restrictivas en las reformas constitucionales más recientes. Como la bibliografía es amplia en esta materia, nos limitaremos a señalar el balance que sobre este fenómeno se hizo en algunos de los trabajos presentados en el Coloquio de Oaxtepec, de abril de 1976; José Alfonso da Silva, "Evolução político-constitucional do Brasil no terceiro quartel do século XX"; Mario Justo López, "Argentina. La 'Revolución Libertadora' (1955-1958)", y Humberto Quiroga Lavié, "La revolución argentina (1966-1973)"; los tres en la obra *Evolución de la organización político-constitucional en América Latina*, cit., *supra*, nota 8, vol. II, pp. 35-39; 337-350 y 395-421, respectivamente.

⁹⁸ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "La protección procesal de los derechos humanos en América Latina y las situaciones de emergencia", *El Foro*, México, abril-junio de 1973, pp. 42-45; *id.*, "Función del poder judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos", en el volumen del mismo nombre, México, 1977, pp. 39-43. Puede consultarse también la clásica obra de Juan Francisco Linares, *Razonabilidad de las leyes. El "debido proceso" como garantía innominada en la Constitución argentina*, 2a. ed., Buenos Aires, 1970, esp. pp. 107-156.

⁹⁹ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Ibid.*, pp. 15-21.

¹⁰⁰ Cfr. Segundo V. Linares Quintana, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, cit., *supra*, nota 22, t. III, pp. 433-521.

¹⁰¹ Cfr. entre otros, Bernard Schwartz, *Los poderes del gobierno. Comentarios sobre la Constitución de los Estados Unidos*, trad. de José Juan Olloqui Labastida, México, 1966, t. 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, 1971, pp. 56-58.

¹⁰² Especialmente con posterioridad al famoso asunto *Baker versus Carr*, resuelto en 1962. Al respecto puede consultarse el profundo comentario del ilustre constituciona-

apreciación judicial numerosos actos de autoridad calificados como discrecionales, pero que en la realidad, se transforman en arbitrarios, por la ausencia de todo tipo de control, tomando en cuenta el extraordinario predominio del sistema presidencial latinoamericano¹⁰³ y la debilidad de los organismos legislativos, cuando no son suspendidos por los gobiernos *de facto*.¹⁰⁴

112. En el Primer Congreso Latinoamericano de Derecho Constitucional, que se efectuó en esta ciudad de México durante los días 25 a 30 de agosto de 1935, se aprobó una recomendación en este sentido, de acuerdo con la cual:

La función jurisdiccional de los tribunales latinoamericanos, especialmente las Cortes Supremas y el ejercicio de la función de justicia constitucional, sólo podrán 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 podrían utilizarse los instrumentos de "razonabilidad" que ha sostenido valientemente 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.¹⁰⁵

113. Otro obstáculo menos notorio, pero no por ello menos importante, es de carácter cultural, en virtud de la preparación tradicional de los jueces y abogados, particularmente en Latinoamérica, ya que en la mayor parte de nuestros países es suficiente la licenciatura para el ejercicio de cualquier profesión jurídica, inclusive la muy delicada de la Judicatura, ya que salvo excepciones muy particularizadas,¹⁰⁶ no se

lista alemán Karl Loewenstein, "La función política del Tribunal Supremo de los Estados Unidos", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, enero-febrero de 1964, núm 133, pp. 5-39.

¹⁰³ Cfr., entre otros, Salvador Valencia Carmona, *El Poder Ejecutivo latinoamericano*, México, 1979, pp. 69-142.

¹⁰⁴ El tema del predominio del organismo ejecutivo en América Latina, la debilidad de los órganos legislativos y la frecuencia de los gobiernos *de facto* y de las juntas militares, fue debatido ampliamente en el Primer Congreso Latinoamericano de Derecho Constitucional efectuado en la ciudad de México, los días 25 al 30 de agosto de 1975, y los trabajos respectivos fueron publicados en el volumen intitulado *El predominio del Poder Ejecutivo en Latinoamérica*, México, 1977.

¹⁰⁵ En el volumen *Función del Poder Judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos*, cit., *supra*, nota 98.

¹⁰⁶ En nuestro país se ha iniciado todavía tímidamente una tendencia hacia la preparación específica de los aspirantes a la judicatura, al menos en materia federal, y por ello se ha creado a través del artículo 97 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la

han establecido escuelas judiciales para familiarizar a los aspirantes a la profesión judicial, de los elementos modernos que requiere el ejercicio de una actividad cada vez más compleja y tan alejada de la idea de juez pasivo y expectador del liberalismo clásico representado por las ideas del barón de Montesquieu.¹⁰⁷

114. Por otra parte, la justicia constitucional moderna ha adquirido matices insospechados en relación con la revisión judicial de origen angloamericano (que inclusive en los países en que ha servido de modelo, ha sufrido transformaciones esenciales);¹⁰⁸ pero esta evolución del control de la constitucionalidad no ha sido analizada de manera suficiente en la doctrina iberoamericana, debido a un conjunto de factores que resultaría complicado analizar en esta oportunidad,¹⁰⁹ si se toma en cuenta que dichos estudios son muy recientes y no siempre adoptan el método comparativo, indispensable no sólo para conocer los avances de los ordenamientos de otros países, sino también para comprender con mayor profundidad el sistema jurídico nacional.¹¹⁰

115. La simple enumeración de los anteriores impedimentos nos puede llevar al desaliento en cuanto a la modernización de los instrumentos de control de la constitucionalidad consagrados actualmente en la mayoría de las constituciones de Latinoamérica (habida cuenta que las leyes fundamentales de España y Portugal son muy recientes y han establecido medios de control bastante avanzados), y todavía más

Federación, adicionada en diciembre de 1977, un *Instituto de Capacitación Judicial*, que depende de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y que inició sus actividades en el mes de agosto de 1978.

¹⁰⁷ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "Selección y nombramiento de jueces. Selection and Appointment of Judges", en el volumen *Towards a Justice with a human face. The first international Congress on the Law of civil procedure (Ghent, 1977)*, Antwerpen-Deventer, 1978, pp. 431-436.

¹⁰⁸ Estas transformaciones han sido analizadas con gran penetración en el estudio todavía inédito del destacado comparatista italiano Mauro Cappelletti, "The Judge: Interpreter or Law-Maker?", ponencia general presentada en la Segunda Conferencia Internacional de los Jueces de Apelación, que se efectuó en Sydney y Cambera, Australia, en mayo de 1980.

¹⁰⁹ En tanto que abundan los estudios monográficos sobre los diversos instrumentos de control constitucional en Latinoamérica, son escasos los estudios comparativos, y por ello nos limitamos a citar el estudio del autor Héctor Fix-Zamudio, "Verfassungskontrolle in Lateinamerika" (El control constitucional en Latinoamérica), trad. al alemán de Hans-Dieter Nahme y Hans-Rudolf Horn, en el *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* (Anuario de derecho público actual), Tubinga, 1976, tomo 25, pp. 650-693 y la bibliografía allí citada.

¹¹⁰ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "Setenta y cinco años de evolución del derecho comparado en la ciencia jurídica mexicana", en el volumen colectivo *LXXV años de evolución jurídica en el mundo*, vol. II, *Historia del derecho y derecho comparado*, México, 1978, pp. 179-189.

respecto de su eficacia,¹¹¹ puesto que compartimos nuestra opinión con el penetrante pensamiento del destacado constitucionalista español Pedro de Vega, en cuanto afirma que:

Sólo tiene sentido hablar de justicia constitucional en aquellos países y aquellas situaciones donde la Constitución, aparte de ser un texto escrito, es ante todo una vivencia colectiva, donde las contradicciones e incoherencia de la Constitución formal tienen una vía de solución por la existencia de una Constitución material . . .¹¹²

116. Es cierto que en una gran parte de los países latinoamericanos y hasta muy recientemente también en España y Portugal, el camino de la democracia, entendida como una vivencia colectiva, según la afortunada frase del profesor De Vega, ha tenido un desarrollo muy precario, frecuentemente interrumpido y afectado por constantes retrocesos; pero esto no debe llevarnos a abandonar el análisis cada vez más profundo de los instrumentos contemporáneos de control constitucional, ya que si bien la justicia constitucional, como lo sostiene el mismo jurista español, no crea la democracia, debe estimarse como: "una instancia, acaso definitiva, en las posibilidades de profundizar y hacer más reales la democracia y la libertad".¹¹³

117. En estos días la situación política y constitucional en Iberoamérica es más estimulante que la que prevalecía en 1975 o inclusive en 1976, cuando los constitucionalistas iberoamericanos nos reunimos en el Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional y en el Coloquio de Oaxtepec.¹¹⁴ En estos pocos años han ocurrido cambios

¹¹¹ Desafortunadamente no contamos con estudios de sociología política de conjunto elaborados por juristas latinoamericanos, que permitan una evaluación de los instrumentos de justicia constitucional en Latinoamérica, si bien algunos estudiosos estadounidenses han iniciado este examen, y entre ellos podemos situar en primer término, por su carácter genérico, al excelente trabajo del profesor David S. Clark, *Judicial protection on the Constitution in Latin America*, cit., *supra*, nota 49, pp. 405-442; y limitado a la situación comparativa de los tribunales federales en México y los Estados Unidos, el excelente estudio del profesor Carl E. Schwartz, "Jueces en la penumbra: la independencia judicial en los Estados Unidos y en México", trad. de Fausto E. Rodríguez, *Anuario Jurídico*, 2-1975, México, 1977, pp. 143-219.

¹¹² "Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, enero-febrero de 1979, núm. 7, pp. 117-118.

¹¹³ *Ibid.*, p. 117.

¹¹⁴ Tómese en consideración que recientemente dos países latinoamericanos han retornado a la normalidad constitucional, al entregar las fuerzas armadas el poder a los gobiernos civiles electos popularmente y dictarse nuevas constituciones democráticas, como es el caso de Ecuador, con su nueva carta aprobada en enero de 1978, y Perú, cuya nueva ley suprema entró en vigor en julio de 1980, al iniciarse el nuevo gobierno constitucional. Por el contrario, el breve período de gobierno civil transitorio en Bolivia, que debía transmitir el poder al nuevo gobierno electo popularmente, fue destituido por un nuevo golpe militar, de los innumerables que ha sufrido ese desafortunado país.

en beneficio del constitucionalismo democrático, aun cuando sean incipientes en algunos casos, y que nos permiten modificar el pesimismo que imperaba no hace mucho tiempo, cuando todavía subsistían las dictaduras autoritarias y prolongadas de España y Portugal, y parecía que la marea de los gobiernos militares amenazaba invadir la mayor parte de nuestra región.

118. Si pensamos en estos avances, en ocasiones limitados, pero de cualquier forma alentadores, debemos reforzar nuestros estudios y nuestros esfuerzos para entender e implantar estos nuevos instrumentos, pues si bien la justicia constitucional no puede suplir los restantes elementos necesarios en todo régimen democrático, sí contribuye de manera importante para desarrollarlos, como la experiencia de algunos ordenamientos lo ha demostrado,¹¹⁵ y no debemos esperar hasta que nuestras incipientes democracias evolucionen plenamente, para iniciar un camino que debemos emprender de inmediato.

119. Es preciso destacar, en este sentido, que los temas de estudio en el campo del derecho público de nuestra época no constituyen una simple coincidencia ni tampoco el resultado de una moda caprichosa, al concentrarse, a través de una bibliografía que a veces llega a ser abrumadora, en la justicia constitucional, el *Ombudsman*, y el acceso a la justicia, y dentro de esta última materia, la defensa de los derechos o intereses difusos.¹¹⁶

¹¹⁵ Un breve pero muy profundo análisis de las relaciones recíprocas entre el constitucionalismo democrático y la justicia constitucional, está contenido en el magnífico estudio del profesor español, Pedro de Vega, *Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución*, cit., *supra*, nota 112, pp. 93-118.

¹¹⁶ Resultaría prácticamente imposible señalar todas las obras significativas en estos temas que son los que han atraído la atención mayoritaria de los tratadistas contemporáneos del derecho público, por lo que nos limitaremos a indicar algunos trabajos y remitirnos a la bibliografía citada en ellos; sobre la justicia constitucional, nuestro trabajo, que no es reciente, pero contiene una visión de conjunto, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional*, cit., *supra*, nota 17; por lo que respecta al *Ombudsman*, la bibliografía es impresionante, y la importancia creciente del tema ha merecido la creación de un instituto internacional, el *International Ombudsman Institute*, que funciona muy eficazmente en la Universidad de Alberta, en Edmonton, Alberta, Canadá; podemos citar en español los siguientes trabajos: Donald C. Rowat (editor), *El Ombudsman*, trad. de Eduardo L. Suárez, México, 1973; Miguel M. Padilla, *La institución del Comisionado Parlamentario (el Ombudsman)*, Buenos Aires, 1972; Álvaro Gil Robles y Gil Delgado, *El control parlamentario de la administración (el Ombudsman)*, Madrid, 1977; Héctor Fix-Zamudio, "Reflexiones comparativas sobre el *Ombudsman*", *Memoria de El Colegio Nacional*, 1979, México, 1980, pp. 99-149. En relación con la tutela procesal de los intereses difusos, nos limitamos a señalar dos trabajos comparativos del profesor Mauro Cappelletti, "La protección de intereses colectivos y de grupo en el proceso civil", trad. de Luis Dorantes Tamayo, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núms. 105-106, enero-junio de 1977, pp. 73-102; "Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil", trad. de Raúl Brañes, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, enero-agosto de 1978, núms. 31-32, pp. 41-68.

120. Respecto a la modernización de los instrumentos de justicia constitucional, es preciso insistir en dos aspectos esenciales, que inician su evolución en los ordenamientos iberoamericanos, pero ya implican una cierta práctica en algunos de ellos, que es posible aprovechar para los restantes, claro que de acuerdo con las modalidades que exija la situación político-constitucional de cada uno de nuestros países. Nos referimos a la implantación contemporánea o sucesiva, de la *declaración general de inconstitucionalidad* y de una *jurisdicción especializada*.

121. Existe una fuerte corriente entre los constitucionalistas iberoamericanos para introducir la citada declaración general de inconstitucionalidad, en aquellos de nuestros países en los cuales ha prevalecido —como es el caso de México— la concepción primitiva del sistema americano, de la declaración de inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas, exclusivamente con efectos particulares,¹¹⁷ y que se traduce en la simple desaplicación de los preceptos impugnados, en los casos concretos en los cuales se plantea la cuestión y sólo para las partes que han intervenido en la controversia respectiva.¹¹⁸

122. Este principio de la desaplicación de las disposiciones generales, además de no ser tan rígido en los ordenamientos angloamericanos en los cuales surgió, debido a los lineamientos del *stare decisis*, o sea, la autoridad del precedente, y el prestigio moral de las decisiones judiciales,¹¹⁹ ya no puede sostenerse en la actualidad como el único criterio —aun cuando puede conservarse como complementario— para resolver las controversias sobre la constitucionalidad de las disposiciones legislativas, ya que en nuestra sociedad contemporánea, en la cual se presentan numerosos conflictos de intereses colectivos —y por ello se ha calificado al proceso moderno como fenómeno de masas—,¹²⁰ se requiere de soluciones cada vez más amplias y rápidas, que han determinado la implantación paulatina de la declaración general de inconstitucionalidad.

¹¹⁷ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "La declaración general de inconstitucionalidad y el juicio de amparo", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núms. 10-11, enero-agosto de 1971, pp. 74-76.

¹¹⁸ Este principio de la desaplicación de la ley impugnada en cada caso concreto, es calificada por el profesor J. A. C. Grant, como "una contribución de las Américas a la ciencia política", en su libro, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes*, cit., *supra*, nota 36, cuyo subtítulo lleva precisamente la denominación de "Una contribución de las Américas a la ciencia política."

¹¹⁹ Cfr. sobre el principio del *stare decisis* en el derecho angloamericano, el estudio de Julio Cueto Rúa, *El "common law". Su estructura. Su enseñanza*, Buenos Aires, 1957, pp. 121-143.

¹²⁰ Esta calificación se debe al destacado procesalista y comparatista italiano Mauro Cappelletti, en su estudio "El proceso como fenómeno social de masa", en su libro *Proceso, ideologías, sociedad*, trad. de Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Bانشaf, Buenos Aires, 1974, pp. 131-138.

lidad, ya que el sistema tradicional adolece de dos defectos esenciales: por una parte implica la desigualdad de los gobernados ante la ley, ya que una disposición inconstitucional sólo se desaplica en beneficio de aquellas personas (generalmente de recursos económicos suficientes para contar con asesoría jurídica conveniente), que han combatido dicha disposición ante los órganos judiciales competentes, y en cambio debe ser obedecida en ocasiones por un sector mayoritario, que no tuvo oportunidad de hacer valer los instrumentos adecuados de control.¹²¹

123. Además de lo anterior, se ha puesto de relieve que el sistema de simple desaplicación de los preceptos legales declarados contrarios a las normas constitucionales por decisión judicial, resulta muy lento y complicado para las exigencias modernas de la seguridad jurídica, pues implica, como lo sostuvo Tocqueville en su clásico libro, que a través de dichos efectos particulares el fallo "... sólo tiene por objeto lesionar un interés individual, pero la ley no se siente herida más que por casualidad. Por otra parte, la ley así censurada está destruida: su fuerza moral ha disminuido, pero su efecto material no se suspende. Sólo poco a poco, y bajo los golpes repetidos de la jurisprudencia, llega a sucumbir".¹²²

124. De acuerdo con un sistema de democracia constitucional contemporáneo no es posible que una ley inconstitucional, cuya declaración judicial sólo se realiza en casos de evidente contradicción con el texto y el espíritu de la carta fundamental, se mantenga en vigor durante mucho tiempo, en tanto que muy paulatinamente pierda su eficacia a través de esos golpes, débiles y lentos, de la jurisprudencia. Por el contrario, es preciso que se decida con rapidez sobre su constitucionalidad para que los gobernados puedan gozar de una verdadera garantía de seguridad jurídica

125. Por otra parte, es necesario tomar en consideración que la experiencia de los tribunales constitucionales más importantes y que han realizado una labor notable para el desarrollo de los valores programáticos de las constituciones respectivas, como las de la República Federal de Alemania, Italia y Austria, sólo han dictado resoluciones de inconstitucionalidad en casos de clara y notoria oposición entre la ley impugnada y la carta suprema, por lo que su labor esencial ha

¹²¹ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *La declaración general de inconstitucionalidad*, cit., *supra*, nota 117, pp. 60-61. Comparten este punto de vista, entre otros, el tratadista estadounidense William Cecil Headrick, "El control judicial de las leyes", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 6, abril-junio de 1966, pp. 463-467, y el mexicano, Juventino V. Castro, *Hacia el amparo evolucionado*, 2a. ed., México, 1977, pp. 23-48.

¹²² *La democracia en América*, trad. de Luis R. Cuéllar, México, 1957, p. 94.

sido la de interpretar el texto legislativo de conformidad con la propia Constitución (ver *supra* párrafo 23). Y esta labor de interpretación armónica, que se traduce en la integración del orden jurídico, de acuerdo con los principios programáticos o normas genéricas de la ley fundamental, no puede realizarse si sólo se cuenta con los instrumentos tradicionales.

126. Se podrá objetar que esta labor constructiva de los valores constitucionales se ha realizado de manera notable por la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, que en principio no pronuncia declaraciones generales (aun cuando de hecho tienen esa fuerza), precisamente por los principios de *stare decisis* y autoridad moral de la propia Corte;¹²³ pero debe tomarse en cuenta que a través del procedimiento del *certiorari*, dicha Corte Federal ha podido elegir para su decisión sólo los casos más importantes desde el punto de vista constitucional y, por ello, se ha transformado, también de hecho, en un verdadero Tribunal Constitucional.¹²⁴

127. En cuanto al establecimiento de la jurisdicción constitucional especializada, resulta todavía más difícil de acuerdo con la tradición del sistema americano que ha predominado en nuestros ordenamientos, pero puede introducirse de manera muy paulatina, como lo ha demostrado el caso de Colombia (ver *supra* párrafos 77-79), y tomando en consideración que existe un fuerte movimiento en ese sentido como lo demuestran los tribunales constitucionales establecidos en Guatemala, Chile, Ecuador y Perú, Portugal y España, algunos de ellos con práctica favorable (ver *supra* párrafos 59-92).

128. Las razones esenciales que apoyan el establecimiento de esta jurisdicción especializada —que no se oponen a la conservación del control difuso por los tribunales ordinarios—, no sólo radican en la concentración de la función en un solo organismo para lograr un criterio interpretativo, sino en el carácter específico de la interpretación constitucional, la cual requiere, como reiteradamente se ha puesto de relieve (y la actividad de los tribunales constitucionales más eficaces lo ha demostrado), de una peculiar sensibilidad para captar los valores supremos y los principios programáticos de las constituciones, las cuales, sólo por el carácter dinámico de esa interpretación, pueden superar el peli-

¹²³ Cfr. Mauro Cappelletti, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes*, cit., *supra*, nota 28, pp. 67-68.

¹²⁴ Cfr. Héctor Fix Zamudio, *La justicia constitucional en Iberoamérica*, cit. *supra*, nota 38, pp. 672-673.

gro de que sus textos sean superados por la siempre cambiante realidad social.¹²⁵

129. Finalmente, debemos destacar que la modernización equilibrada y serena de los lineamientos de justicia constitucional en Iberoamérica, tomando en cuenta que la misma se ha transformado en un conjunto de instrumentos extremadamente complejos y delicados, sólo puede lograrse con el estudio profundo de sus diversas modalidades, y para ello consideramos conveniente recomendar que se introduzca en los estudios de posgrado en nuestras facultades de derecho, un *curso sobre derecho procesal constitucional comparado*, aun cuando tenga carácter optativo, en el cual pueda analizarse la norma bibliográfica existente sobre la materia; la experiencia de otros ordenamientos, así como las relaciones de instrumentos de control constitucional con la realidad político-constitucional de nuestros respectivos ordenamientos.

130. En el citado curso, además del ejemplo de la justicia constitucional de los países de gran desarrollo jurídico-político, debe estudiarse con cuidado la experiencia de los ordenamientos iberoamericanos, tomando en cuenta muy particularmente el desarrollo que lograrán en estos años los tribunales constitucionales más recientes, como los que se encuentran en formación en España y Perú, y la labor de los que han funcionado con éxito o siguen en actividad, como el desaparecido de Chile y la actividad que lleva varios años, de la Comisión Constitucional portuguesa.

131. A este respecto y en vía de ejemplo, podemos señalar la importante función de equilibrio constitucional que logró el Tribunal Constitucional chileno en los agitados años de su funcionamiento,¹²⁶ si se toma en cuenta que, inclusive el proyecto de Constitución autoritaria elaborada en 1978 por una comisión designada por el gobierno militar que continúa en el poder de ese país, pretende restablecer el referido Tribunal Constitucional (artículos 93 a 96 del citado proyecto), lo que implica un reconocimiento de su naturaleza legitimadora del régimen constitucional, aun cuando el mismo no tenga un carácter verdaderamente democrático.¹²⁷

¹²⁵ Cfr. Mauro Cappelleti, "La actividad y los poderes del juez constitucional en relación con su fin genérico", en su libro *Proceso, ideologías, sociedad*, cit., *supra*, nota 120, pp. 365-452.

¹²⁶ Cfr. Enrique Silva Cimma, *El Tribunal Constitucional de Chile*, cit., *supra*, nota 68, pp. 63-206.

¹²⁷ Para el análisis de este proyecto, cfr. el estudio de Jorge Tapia Valdés, *Constitución y doctrina de la seguridad nacional. El proyecto de Pinochet*, Rotterdam, Holanda (edición mimeografiada). En el texto de la Constitución aprobada por el plebiscito de 11 de septiembre de 1980, y que tiene su fuente en el citado proyecto, con independencia de que la disposición decimoctava transitoria aplaza la aplicación de las disposiciones básicas de la propia ley fundamental hasta el término del plazo de ocho años de la

132. Por otra parte, los seis nutridos volúmenes que contienen los dictámenes de la Comisión Constitucional portuguesa, entre 1976 y 1978, y publicados en los años de 1977 a 1979, nos indican los numerosos problemas que derivan de la aplicación de las disposiciones constitucionales, en especial cuando establecen nuevos valores fundamentales con los cuales se sustituye un ordenamiento autoritario anterior.¹²⁸

133. La labor de la doctrina es esencial en el desarrollo de la justicia constitucional contemporánea, y lo demuestra la circunstancia, entre otras, de que son y han sido numerosos los profesores universitarios, especialmente de derecho público, que han formado parte o actúan como magistrados de los tribunales constitucionales europeos,¹²⁹ y esto resulta evidente también con los magistrados designados para formar parte del recién creado Tribunal Constitucional español, que inició sus funciones precisamente en el mes de julio de 1980.¹³⁰

IX. CONCLUSIONES

134. Las reflexiones anteriores nos llevan a las siguientes conclusiones, que expondremos muy brevemente.

135. *Primera.* Son complejas y numerosas las características constitucionales que permiten la determinación de un régimen democrático en los ordenamientos iberoamericanos, pero estimamos que uno de ellos, que de ninguna manera puede aislarse de los demás, es el relativo a los instrumentos de justicia constitucional.

136. *Segunda.* En esta posguerra ya no resulta suficiente el criterio expresado por Mirkin-Guetzévitch, en la primera, sobre la *racionaliza-*

presidencia del propio general Pinochet, el capítulo VII, artículos 81 a 83, regula al propio Tribunal Constitucional. Por otra parte, el carácter legitimador que se atribuye a los tribunales constitucionales específicos, se advierte también en otro proyecto de bases para una nueva Constitución, elaborado por el régimen militar autoritario de Uruguay, y publicado en mayo de 1980, ya que el mismo prevé el establecimiento de un órgano de control político, que recibe también el nombre de Tribunal Constitucional, pero al que en realidad se le confieren facultades propias de un Senado conservador, según el modelo clásico del abate Sieyès, consagrado en la Constitución francesa del año VIII (1799). Por lo que respecta a dicho tribunal uruguayo, pueden consultarse los breves comentarios, especialmente el del distinguido constitucionalista, profesor Anibal Luis Barbagelata, publicados en el periódico *El Día*, de Montevideo, 21 de junio de 1980, p. 10.

¹²⁸ *Pareceres da Comissáo Constitucional*, Lisboa, 6 volúmenes, 1977-1979.

¹²⁹ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional*, cit., *supra* nota 17, pp. 73 y 79.

¹³⁰ La constitución solemne de dicho tribunal español se efectuó el 12 de julio de 1980 y el inicio de sus actividades el 15 siguiente. El propio tribunal está presidido por el destacado constitucionalista profesor Manuel García Pelayo, y la mayor parte de sus integrantes son profesores de derecho, como puede observarse de los diversos decretos de nombramiento que aparecen en el folleto, *El Tribunal Constitucional*, Madrid, 1980, pp. 71-76, y que contiene además la crónica de la ceremonia solemne de constitución.

ción del poder, puesto que las cartas fundamentales expedidas en los últimos años contienen un conjunto de principios programáticos y de nuevos valores, que requieren de una verdadera *justificación del poder*, es decir, de su interpretación dinámica de acuerdo con los principios supremos de la justicia, lo que sólo puede ser realizado de manera eficaz por la *justicia constitucional*, que comprende el conjunto de instrumentos (que también pueden calificarse de garantías o de normas judiciales), a través de los cuales se pueden resolver los conflictos y restituir las violaciones, derivadas de la aplicación de las disposiciones de la carta fundamental.

137. *Tercera*. La justicia constitucional por sí sola no puede crear la democracia, pues únicamente puede aplicarse en un régimen constitucional que implique, como lo ha afirmado certeramente un distinguido jurista español, una *vivencia colectiva*; sin embargo, esta institución configura la característica que permite desarrollar efectivamente los valores supremos de carácter democrático contenidos en la Constitución, de ahí la importancia de su estudio, que debe efectuarse de acuerdo con el método comparativo que es el único que permite no sólo conocer los avances de otros ordenamientos, sino tener una mejor comprensión del sistema jurídico nacional.

138. *Cuarta*. En la situación particular de los ordenamientos iberoamericanos, en los cuales se inicia una nueva etapa representada por el retorno a la democracia constitucional, así sea incipiente en algunos casos, de varios de nuestros países que han superado o están por hacerlo, prolongadas dictaduras o gobiernos militares, y tomando en cuenta, además, las tendencias que se observan en el campo de la justicia constitucional, consideramos que debe insistirse en el examen de los *efectos generales de las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de una ley* (sin suprimir el control incidental o prejudicial, que de acuerdo con el sistema clásico americano ha predominado en nuestros países, el cual puede subsistir como complementario), cuya implantación se propuso como recomendación en el Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional efectuado en esta ciudad de México, durante los días 25 a 30 de agosto de 1975.

139. *Quinta*. También consideramos conveniente el análisis de la posibilidad de introducir, de manera paulatina y de acuerdo con las condiciones político-sociales de cada ordenamiento iberoamericano, una *jurisdicción constitucional especializada*, que ya se ha iniciado en varias leyes fundamentales recientes como las de Guatemala, Chile, Portugal, España, Ecuador, Perú, y en las reformas a la carta fundamental colombiana promulgadas en diciembre de 1979, y cuya experiencia tanto pasada como futura será inapreciable para elaborar las modificaciones

a los instrumentos de justicia constitucional de nuestros países que requirieren de modernización.

140. *Sexta.* En virtud de que uno de los obstáculos que se advierte en la realidad político-constitucional de varios de los ordenamientos iberoamericanos, consiste en la insuficiente formación de los juristas y, particularmente, de los jueces, ya que salvo excepciones no existen escuelas judiciales; debe recomendarse el establecimiento, en las facultades de derecho de Iberoamérica, de un *curso de posgrado*, así sea de carácter optativo, sobre *derecho procesal constitucional comparado*, ya que sólo el estudio penetrante de los insospechados matices que está adquiriendo la justicia constitucional de nuestra época (la que por otra parte constituye uno de los temas de estudio más importantes de los últimos años, como lo demuestra una creciente y abrumadora bibliografía), nos permitirá el conocimiento de los instrumentos modernos de control constitucional y su paulatina introducción, con las modalidades que requiere la realidad político-social de nuestros países.

XII

POSIBILIDAD DEL *OMBUDSMAN*
EN EL DERECHO LATINOAMERICANO

Trabajo presentado en su versión original en la Mesa Redonda organizada por la Defensoría de los Derechos Universitarios y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y que se efectuó el 18 de febrero de 1986 en el auditorio del mismo Instituto con motivo de la visita a la UNAM del presidente del *Ombudsman* de Suecia, doctor Per Erik Nilsson.

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, y después constitucionalizado en el artículo 24 de la carta democrática de 25 de abril de 1976, y regulado sin cambios en el artículo 23 de la misma Constitución reformada el 24 de septiembre de 1982;³ y en la Constitución

¹ "Une institution universelle: l'Ombudsman", *Revue Internationale de Droit Comparé*, París, 1973, pp. 581-856.

² Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, UNAM-Civitas, Madrid, 1982, pp. 343-344.

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

española que entró en vigor en diciembre de 1978, cuyo artículo 54 creó 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 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 incre-

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 Gil Robles y Álvaro 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 o en los países iberoamericanos", y "El defensor del pueblo en la Constitución española, relacionado con otros *Ombudsmannen*. Estudio preliminar", ambos en su libro *Temas del ordenamiento procesal*, tomo III, Tecnos, Madrid, 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, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982, 519 pp. Para una biografía más amplia, puede consultarse la nota 790, pp. 329-330 de la obra de Héctor Fix-Zamudio, *La protección procesal...*, cit., *supra*, nota 2.

mentará 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 editado por el tratadista canadiense profesor Donald C. Rowat, en el cual se contienen estudios de expertos de diversos países sobre la institución, así como los textos de varios ordenamientos legales 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

⁵ "Una forma política de control constitucional. El comisionado parlamentario de Escandinavia", *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núm. 42, septiembre-diciembre de 1961, pp. 573-580.

⁶ *El Ombudsman, defensor del ciudadano*, trad. de Eduardo L. Suárez, FCE, México, 1973, 462. También deben mencionarse los estudios de Juventino V. Castro, "El *Ombudsman* escandinavo y el sistema constitucional mexicano", en su libro *Ensayos constitucionales*, Textos Universitarios, México, 1977, pp. 112-117; y Magdalena Aguilar Cuevas *El defensor del ciudadano*, Congreso del Estado, Tuxtla Gutiérrez, Chiapas, 1984.

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 se han presentado algunas tesis de licenciatura 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 al *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 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 costa-

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", en el volumen colectivo *Veinte años de evolución de los derechos humanos*, UNAM, México, 1974, pp. 263-273; y en el libro *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 del Ombudsman y un proyecto para introducirlo en México*, 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 del Zulia*, número 19, Maracaibo, 1967, pp. 9-60.

¹¹ "La idea del *Ombudsman* en Colombia", en el volumen colectivo editado por Manuel Ramírez, *El control parlamentario del gobierno en las democracias pluralistas*, Labor, Barcelona, especialmente pp. 442-454.

¹² "El *Ombudsman*-nórdico-sajón: un control de confianza", en *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración, 1970-1971*, Caracas, 1972, vol. II, pp. 355-375.

rricenses 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 y además ha organizado una reunión latinoamericana sobre el *Ombudsman* (ver *infra* párrafo 15).

12. Los conocidos tratadistas guatemaltecos Jorge Mario García La Guardia y Edmundo 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 del *defensor del ciudadano*, de acuerdo con la concepción clásica del *Ombudsman*, es decir como delegado autónomo del Congreso, en 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

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 Alberto Luyero, 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", en la revista *Discrepancias*, Buenos Aires, enero de 1983, pp. 25-26.

¹⁷ *Constitución y orden democrático*, Universidad de San Carlos, Guatemala, 1984, pp. 191-196.

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 del 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 la cual, dentro de otras manifestaciones, destaca la relativa a: "Contribuir con nuestros recursos intelectuales, profesionales o políticos a la difusión, discusión y eventual *implantación de instituciones como la del Ombudsman, de 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 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 dere-

¹⁸ Elaborado por los profesores Carlos Guerón, Freddy Muñoz, Cecilia Sosa, Raúl Arrieta, María Elena Fernández V. y Marison García, Caracas, 1983, 79 pp. (mimeografiado).

¹⁹ "El *Ombudsman*. Su interés e importancia en la actual situación política y jurídica de América Latina", Caracas, 1983, 14 pp. (mimeografiado).

chos 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*, presentados a los organismos legislativos de Argentina y de Costa Rica y también podemos señalar el introducido en el 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

²⁰ Cfr. Jorge García Laguardia y Edmundo Vázquez Martínez, *Constitución y orden democrático*, cit., *supra* nota 17, pp. 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", *Diario de la República*, Lima, 10 de abril de 1984, p. 11.

varios años, ni siquiera llegó a dictaminarse, pero fue reelaborada nuevamente en 1983 y presentada 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 trasgresiones a las leyes; equivocadas interpretaciones de las mismas, dolo y abuso del derecho; y en general, actos u omisiones que se 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 como improvisada ni nueva, pues por el contrario, viene precedida 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 Corte Suprema de Justicia y tendrá las mismas inmunidades y prerrogativa 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. En la misma República de Costa Rica, el anterior presidente de la República, Luis Alberto Monge, presentó a la Asamblea Legislativa en el mes de abril de 1986 un proyecto de ley para crear el defensor de los habitantes de la República como órgano autónomo adscrito al Poder Legislativo, ya que sería designado por la propia Asamblea Legislativa.

23. 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

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*, San José, Costa Rica, noviembre de 1979, pp. 21-28 (mimeografiado).

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 MINISTERIO PÚBLICO

24. 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

25. 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 partir del 5 de febrero de 1976, que creó la institución denominada Procuraduría Federal del Consumidor.

26. Hacemos hincapié en la legislación mexicana debido a que la citada Procuraduría ha tenido una evolución muy importante en nues-

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 del mayor interés público".

²⁵ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *La protección procesal*, cit., *supra*, nota 8, pp. 288, 291 y 292

tro 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 y a su frente, según los artículos 60 y 61 del citado ordenamiento, se encuentra el funcionario denominado procurador 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

27. 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 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, el 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 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

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, UNAM, México, 1979, pp. 37-54, reproducido posteriormente en su libro *Estudios de derecho procesal*, México, UNAM, 1981, pp. 253-270. También puede consultarse el volumen editado por la Academia de Derechos Humanos y el Instituto Nacional del Consumidor, *El consumidor y los derechos humanos*, México, 1985.

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

28. 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*.

29. 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 respeto de las garantías sociales.

30. Con motivo de estas modificaciones se elaboró un anteproyecto para reglamentar la estructura, atribuciones y organización de la Procuraduría 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; y al respecto, la citada Procuraduría podía hacer sugerencias y exigir las medidas que debían tomarse dentro de un plazo razonable, etcétera.

31. 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 Corte Suprema de Justicia de Colombia con fecha 3 de noviembre de 1981, por la cual declaró inexe-

quibles (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 (votos de **disidencia** o particulares), lo que nos indica el carácter controvertido de dicha resolución.²⁸

32. 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 confirieron 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 III de su reglamento interno.

33. 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 direc-

ley, podrá emplear los siguientes medios de apremio: I. Multa hasta del 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 mandato 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."

²⁸ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *La protección procesal*, cit., *supra*, nota 8, pp. 364-365.

²⁹ *El Ombudsman escandinavo y el sistema constitucional mexicano*, cit., *supra*, nota 6, pp. 112-127.

ta del presidente de la República, quien designa y remueve libremente a su titular, es decir, al procurador general de la República.³⁰

34. 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

35. 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, que ya se había intentado en 1971 en la Procuraduría de Justicia del Distrito Federal, cuando era titular de esta 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 que las 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 la Procuraduría toma la facultad para atender 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

36. En otros ordenamientos se han establecido organismos locales de

³⁰ Cfr. entre otros, Juventino V. Castro, *El ministerio público en México. Funciones y disfunciones*, 6a. ed., Porrúa, México, 1985; y Héctor Fix-Zamudio, "La función constitucional del ministerio público", *Anuario Jurídico V*, 1978, UNAM, México, 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", los tres en el volumen colectivo publicado por 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*, Miguel Ángel Porrúa, México, 1984, tomo I, pp. 382-383.

³² Cfr. Sergio García Ramírez, *Ibid.*, p. 481.

fiscalización administrativa con las funciones propias del *Ombudsman*, y para no citar sino algunos ejemplos, podemos mencionar los creados en las ciudades de Zurich 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 En este sentido podemos mencionar el *defensor del pueblo* establecido por el artículo 151, fracción 21, de la Constitución de la provincia argentina de San Juan, promulgada el 23 de abril de 1986, dentro del ámbito de la Cámara de Diputados local.³⁵ Ya habíamos señalado en un estudio anterior que en ocasiones es más sencillo introducir la institución tutelar a nivel local, que con dimensiones nacionales.³⁶

37. Esta situación se ha presentado en algunos de nuestros países, entre ellos México, puesto que con independencia del defensor de los 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

³³ Cfr. Jacques Vontobel, *L'Ombudsman de la Ville de Zurich: 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 Ombudsman. A review of the first five years*, Justice, Londres, 1980.

³⁴ Cfr. Franco Pizzeti, "L'Ombudsman nelle Regione e negli altri enti territoriale", en la obra colectiva editada por Constantino Mortati, *L'Ombudsman (il difensore civico)*, Utet, Torino, 1974, pp. 209-225; Giuseppe Vergottini, "L'Ombudsman, esperienza e prospettive", *Diritto e società*, Milán, 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 Andaluz*, publicada en el boletín oficial de 9 de diciembre siguiente; la ley de 20 de marzo de 1984 del Parlamento de Cataluña publicada 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 El citado precepto dispone: "Corresponde a la Cámara de Diputados: ... 21). Crear la institución del *Defensor del Pueblo*, el que será designado para la defensa de los derechos comprendidos en la sección primera de esta Constitución y aquellos cuyo ejercicio, por tratarse de intereses difusos o derechos colectivos, no pueda ser promovido por personal o grupo de personas en forma individual. En el ejercicio de la acción de amparo por violación de tales derechos o intereses, tiene participación necesaria y la representación conjunta con los interesados; ..."

³⁶ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "Posibilidades de innovación institucional en las entidades federativas", en el volumen colectivo editado por José Francisco Ruiz Massieu y Diego Valadés, *Nuevo derecho constitucional mexicano*, Porrúa, México, 1983, pp. 300-307.

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 Estado del mismo nombre, el 21 de noviembre de 1983.

38. En las consideraciones de dicho acuerdo municipal se hace referencia expresa del *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 deberán 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 la actividad 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.

39. 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 publicada 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.

40. Con estas mismas características hemos tenidos 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 *Contraloría General Comunal*.³⁷

³⁷ Cfr. Elvira María Attoresi, "Creación de la Contraloría General Comunal de la ciudad de Buenos Aires (Notas características de la Ordenanza núm. 40,831)", *Revista de Derecho Constitucional y Político*, Montevideo, diciembre de 1985, marzo de 1986, pp. 279-281.

VI. LAS PROCURADURÍAS DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA LEGISLACIÓN DE COSTA RICA Y EN LA CONSTITUCIÓN DE GUATEMALA DE 1985

41. 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 a 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).

42. 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 necesarios para el adecuado cumplimiento de sus actividades de control (artículo 4o., inciso k).

43. 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.

44. 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 Congre-

so 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.³⁸

45. 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.

46. 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

47. De las breves reflexiones que hemos realizado anteriormente podemos llegar a las siguientes conclusiones:

48. *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 de su consagración en las cartas fundamentales de Portugal y de España, que están próximas por

³⁸ 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."

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.

49. *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.

50. *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*.

51. *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 *Ombudsman*) en los ordenamientos de Venezuela (1974), Costa Rica (1975-1982) 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.

52. *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 Contraloría General Comunal.

53. *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 muy 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.

XIII

EJERCICIO DE LAS GARANTIAS CONSTITUCIONALES
SOBRE LA EFICACIA DEL PROCESO

Este trabajo fue presentado como ponencia en las IX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, efectuadas en Madrid, España, los días 17 a 21 de junio de 1985.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El derecho constitucional procesal*. III. *El acceso a la justicia*. IV. *La acción procesal como derecho fundamental a la justicia*. V. *El debido proceso legal*. VI. *El plazo razonable y el reza- go*. VII. *El costo del proceso*. VIII. *La ejecución del fallo*. IX. *La responsabilidad del Estado por la defec- tuosa prestación de la función jurisdiccional*. X. *Los equivalentes jurisdiccionales: el arbitraje y la conciliación*. XI. *El Ombudsman*. XII. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

1. El tema que nos ha tocado desarrollar en estas importantes Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal es de difícil encuadramiento, por lo que sólo intentaremos señalar algunos aspectos esenciales contenidos en los ordenamientos constitucionales de Iberoamérica en relación con la eficacia del proceso, partiendo de la base de que forzosamente debemos excluir numerosas cuestiones también importantes por razones de tiempo y de espacio, las dos limitantes de los estudios académicos.

2. Una segunda aclaración se refiere a los dos aspectos que otorgan carácter específico a la materia de este sencillo trabajo, es decir, por una parte la referencia al ejercicio de las garantías o instituciones de carácter constitucional y por la otra la mención a la eficacia del proceso. Si quisiéramos abordar con plenitud estos dos extremos, sería preciso un trabajo interdisciplinario con la participación de otros científicos sociales, a través del examen sociológico, el enfoque de ciencia política y además, la aportación de las disciplinas económicas, para poder comprobar la práctica y los resultados de los lineamientos trazados por nuestras cartas fundamentales, por lo que, al tratarse de un estudio jurídico, la visión que pretendemos trazar será necesaria y predominantemente normativa, con referencias a los resultados de la experiencia, por carecer de la información adecuada sobre la realidad jurídica.¹

¹ Cfr. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, "Causas y efectos del derecho procesal (civil y penal)", *Estudios sociológicos (Sociología del Derecho)*, México, UNAM, 1957, pp. 174-180, incorporado posteriormente en su obra *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, UNAM, México, 1974, tomo II, pp. 139-161; Héctor Fix-Zamudio, "La administración de justicia", en el volumen colectivo editado por José Ovalle Favela,

3. Por último, tampoco abordamos los aspectos relativos a las llamadas "garantías judiciales", es decir, las instituciones fundamentales que regulan la organización y funcionamiento de los tribunales, en virtud de que son examinadas con profundidad por el destacado procesalista español José Almagro Nosete en su ponencia general presentada a este evento, tema sobre el cual el ponente ha realizado aportaciones fundamentales.²

4. Debido a lo anterior, el análisis se centrará en las disposiciones y principios de los ordenamientos iberoamericanos sobre los otros dos aspectos esenciales de la ciencia del derecho procesal diversas de la jurisdicción, es decir, la acción y el proceso,³ que sólo pueden separarse para efectos de estudio, pero que se encuentran estrechamente vinculados.

Por otra parte, aun cuando coincidimos con las reflexiones de otro destacado procesalista español, Juan Montero Aroca, sobre el predominio actual de la propia jurisdicción sobre los otros dos sectores, no consideramos necesario sustituir la denominación tradicional por la del derecho jurisdiccional, como una disciplina que comprende los tres aspectos.⁴

5. Tenemos el convencimiento de que nos encontramos en los comienzos de una nueva etapa en los estudios científicos de derecho procesal, la que se apoya sobre las construcciones admirables de los grandes procesalistas de la segunda mitad del siglo XIX y la primera del presente y que concluye, en nuestra opinión personal, con el reciente fallecimiento del ilustre Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, quienes sistematizaron las categorías procesales a través de una teoría general del proceso o del derecho procesal, como disciplina predominantemente normativa.⁵

Temas y problemas de la administración de justicia en México, 2a. ed., UNAM, Miguel Ángel Porrúa, México, 1985, pp. 145-147.

² Reunidos en su libro, *Constitución y proceso*, Barcelona, Bosch, 1984.

³ Sobre estas categorías básicas, *cfr.* Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Proceso, auto-composición y autodefensa*, 2a. ed., UNAM, México, 1970, pp. 102-104; Ramiro J. Podetti, *Teoría y técnica del proceso civil*, Buenos Aires, Editorial Ideas, 1942, pp. 62-66; *id.*, "Trilogía estructural de la ciencia del proceso civil", *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 1944, t. I, pp. 113-170.

⁴ *Introducción al derecho procesal (jurisdicción, acción y proceso)*, Madrid, Tecnos, 1976, pp. 15-20, y en sus estudios "En torno al concepto y contenido del derecho jurisdiccional", en su libro *Estudios de derecho procesal*, Barcelona, Bosch, 1981, pp. 15-47; y "Del derecho procesal al derecho jurisdiccional", *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, Montevideo, 1984, núm. 1, pp. 19-47.

⁵ *Cfr.* Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, "Trayectoria y contenido de una teoría general del proceso", y "La teoría general del proceso y la enseñanza del derecho procesal", ambos en su obra *Estudios de teoría general e historia del proceso*, *cit.*, *supra*, nota 1, tomo I, pp. 506-523 y 525-615; Víctor Fairén Guillén, "Ideas sobre una teoría general del

6. En esta segunda posguerra de grandes cambios sociales, políticos, económicos y culturales que se reflejan en sustanciales transformaciones jurídicas,⁶ los procesalistas nos hemos percatado de que estamos obligados a contribuir a esas modificaciones si no queremos quedarnos rezagados, y por ello debemos vincularnos de manera creciente con los estudiosos del derecho constitucional de nuestra época, en virtud de que las instituciones procesales se incorporan cada vez con mayor extensión en los textos de las cartas fundamentales y en los documentos de carácter internacional, en virtud de que el proceso no es un simple procedimiento regulado por códigos y leyes ordinarias, sino el instrumento para realizar uno de los derechos esenciales de la persona humana, que no se concreta a un simple acceso a la prestación jurisdiccional, sino que se traduce en el derecho fundamental a la justicia.

7. En este sentido consideramos que esta nueva etapa del procesalismo contemporáneo, que adquiere cada vez más fuerza, se traduce en la tendencia que uno de los representantes más prominentes de las nuevas tendencias, el notable procesalista y comparatista Mauro Cappelletti, califica como la nueva responsabilidad de la doctrina procesal, en cuanto "El procedimiento es en verdad el espejo fiel de todas las mayores erigencias, problemas y afanes de nuestra época, del inmenso desafío de nuestra época".⁷

II. EL DERECHO CONSTITUCIONAL PROCESAL

8. La fase contemporánea de los estudios procesales cristaliza, en nuestro modo de ver, en una disciplina de confluencia y de frontera entre los estudios constitucionales y procesales, y que a falta de otra denominación más acertada podemos calificar como *derecho constitucional procesal*, el que tiene por objeto el examen de las normas y principios constitucionales que contienen los lineamientos de los instrumentos procesales.⁸

derecho procesal", *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, 1966, enero-marzo, pp. 27-63, abril-junio, pp. 9-44, y la extensa bibliografía que citan ambos autores.

⁶ Cfr. el libro fundamental de Wolfgang Friedmann, *El derecho en una sociedad en transformación*, trad. de Florentino M. Torner, FCE, México, 1966.

⁷ "Aspectos sociales y políticos del procedimiento civil (reformas y tendencias evolutivas en la Europa Occidental y Oriental)", en su libro *Proceso, ideologías, sociedad*, trad. de Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Banzhaf, Buenos Aires, 1974, pp. 89-90.

⁸ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "Reflexiones sobre el derecho constitucional procesal mexicano", *Memoria de El Colegio Nacional, 1981*, México, 1982, pp. 37-91; Karl Heinz Schwab y Peter Gottwald, "Verfassung und Zivilprozess-Constitutional Order and Civil Procedure", en la obra editada por Walther J. Habscheid, *Ejektiver Rechtsschutz und Verfassungsmässige Ordnung-Effectiveness of Judicial Protection and Constitutional Order*, Bielefeld, Gieseking Verlag, 1984, p. 9. Al respecto no estamos de acuerdo con la respetación

9. Esta nueva rama jurídica examina las cuestiones procesales desde el ángulo y las perspectivas del derecho constitucional, debido a que las cartas 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 que con anterioridad algunas de ellas ya figuraban en las cartas fundamentales clásicas, especialmente en la materia penal, lo era en forma aislada, en tanto que en la actualidad existe la conciencia de otorgar rango constitucional a las categorías procesales de mayor importancia.⁹

10. Debemos subrayar el hecho de que el fundador de la disciplina que estamos analizando fue el notable procesalista uruguayo Eduardo J. Couture,¹⁰ quien en un trabajo que debemos considerar clásico, publicado precisamente al inicio de la segunda posguerra,¹¹ llamó la atención de los juristas latinoamericanos, pero también de algunos europeos,¹² sobre la estrecha vinculación entre las normas constitucionales y las de carácter procesal.

11. A partir de entonces se advierte un desarrollo muy vigoroso de la doctrina tanto procesal como constitucional, pero con predominio de la primera, que examina la trascendencia de los preceptos de las cartas fundamentales en la regulación de las diversas instituciones procesales; evolución en la que destaca como acontecimiento importante 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 la nueva materia, o sea el relativo a *Las garantías fundamentales de las partes en el proceso civil*. Los trabajos presentados en ese evento se publicaron en un valioso libro que abarca un panorama muy

ble opinión de la conocida procesalista brasileña Ada Pellegrini-Grinover, en su obra *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*, São Paulo, José Bushatski editor, 1975, pp. 7-8, pues denomina a esta disciplina *derecho procesal constitucional* con lo cual se confunde con la rama del derecho procesal que estudia las garantías constitucionales y la justicia constitucional.

⁹ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "Función del poder judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos", en el volumen del mismo nombre, UNAM, México, 1977, pp. 10-13.

¹⁰ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "El pensamiento de Eduardo J. Couture y el derecho constitucional procesal", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 30, septiembre-diciembre de 1977, pp. 315-348.

¹¹ Cfr. Eduardo J. Couture, "Las garantías constitucionales en el proceso civil", en la obra colectiva *Estudios de derecho procesal en honor de Hugo Alsina*, Ediar, Buenos Aires, 1946, pp. 153-213.

¹² Cfr. Enrico Tullio Liebman, "Diritto costituzionale e processo civile", *Rivista di Diritto Processuale*, Pádua, 1952, pp. 327-332, trad. castellana "Derecho constitucional y proceso civil", *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Montevideo, junio-julio de 1953, pp. 121-124, estudios que comentan las ideas del ilustre Couture.

amplio de numerosos ordenamientos contemporáneos, incluyendo a Latinoamérica y a los países signatarios de la Convención Europea de los Derechos del Hombre.¹³

12. También es posible destacar que por esos años y en los subsecuentes se observa una clara preocupación de los cultivadores del derecho procesal, especialmente en Europa, por los estudios doctrinales tanto nacionales como comparativos sobre la vinculación de las normas de carácter constitucional con las de naturaleza procesal, como lo demuestra la amplia bibliografía que se ha producido en época reciente.¹⁴

13. Pero también en Latinoamérica, en la cual se originó esta corriente, como señalamos con anterioridad (ver *supra* párrafo 10), se advierte esta tendencia, y al respecto también los constitucionalistas se han preocupado por este acercamiento entre normas fundamentales y de carácter instrumental, según se desprende de una de las primeras conclusiones aprobadas en el Primer Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional efectuado en la ciudad de México durante los días 25 a 30 de agosto de 1975, de acuerdo con la cual:

es necesaria una mayor aproximación entre los constitucionalistas y los cultivadores del procesalismo científico, con el objeto de estudiar con mayor profundidad y en forma integral las materias que comprenden

¹³ *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation. Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil*, Milán-Dobbs Ferry, Nueva York, Giuffrè-Oceana, 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 Vécovi 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 (Zhviko Stalev); Estados Unidos (Hans Smit); Francia (Bruno Opetit); Italia (Mauro Cappelletti y Vincenzo Vigoriti); Japón (Yasubei Tanaguchi); Senegal (Kéba M'Baye); Suiza (Alois Troller); Unión Soviética (S. L. Zivs 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).

¹⁴ Además de los numerosos estudios contenidos en el volumen mencionado en la nota anterior, deben destacarse los trabajos de Edoardo Ricci, "Garanzie costituzionale del processo civile nel diritto francese" *Revista di Diritto Processuale*, Pádua, abril-junio de 1968, pp. 232-257; Mauro Capelletti, "La garantía constitucional del debido proceso y su particularización jurisprudencial", trad. de Horacio Cassinelli Muñoz, *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*)"; y "Las garantías constitucionales en el proceso civil italiano", en el libro del mismo autor, *Proceso, ideologías, sociedad*, cit., *supra*, nota 7, pp. 477-486 y 525-570, respectivamente; Luigi Paolo Camoglio, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padua, Cedam, 1970; Vincenzo Vigoriti, "Garanzie costituzionali nella difesa nel processo civile (note di giurisprudenza comparata)", *Rivista di Diritto Processuale*, Pádua, 1965, pp. 516-533; *id.*, *Garanzie costituzionali nel*

las zonas de confluencia entre ambas disciplinas y que tienen relación directa con la función del organismo judicial.¹⁵

14. En algunas otras reuniones jurídicas, entre las cuales podemos señalar el XI Congreso Nacional (argentino) de Derecho Procesal efectuado en la ciudad de La Plata, en octubre de 1981, se abordaron temas relacionados con la problemática constitucional de instituciones procesales, tales como los de: "Recaudos constitucionales para una sentencia válida; contenido y motivación", y "Formas de facilitar el acceso a la justicia. Igualdad formal e igualdad real".¹⁶

15. Finalmente, debemos señalar como un ejemplo evidente de esta evolución el tema general del VII Congreso Internacional de Derecho Procesal, realizado en Würzburg, República Federal de Alemania, en septiembre de 1983, es decir, "Efectividad de la protección judicial y el ordenamiento constitucional" (*Efektiver Rechtsschutz und verfassungsmässige Ordnung*) entre cuyos temas concretos destaca la magnífica ponencia general de los profesores Karl Heinz Schwab y Peter Gottwald, intitulada "Constitución y proceso civil" (*Verfassung und Zivilprozess*).¹⁷

16. Una segunda cuestión que debemos plantearnos es la relativa al contenido de esta rama jurídica que hemos calificado como "derecho constitucional procesal", tomando en cuenta su carácter de frontera; y por otra parte, que no se ha consolidado la doctrina específica sobre esta disciplina, lo que implica forzosamente un enfoque provisional respecto de un campo del conocimiento jurídico que se encuentra en formación. Hasta el momento y sólo con el propósito de sistematizar esta materia, es posible señalar *cuatro sectores esenciales* que se concen-

processo civile (due process of law e art. 24 cost.), Milán, Giuffrè, 1970; Nicoló Trockner, "Svolgimenti giurisprudenziali in materia de garanzie costituzionali del processo civile nella Repubblica Federale Tedesca", *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milán, 1970, pp. 215-241; *id.*, *Processo civile e Costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano*, Milán, Giuffrè, 1974; Vincenzo Varano, *Organizzazione e garanzie della giustizia civile nell'Inghilterra moderna*, Milán, Giuffrè, 1973; Francesco Rigano, *Costituzione e potere giudiziario*, Cedam, Pádua, 1982; José Almagro Nosete, "Garantías constitucionales en el proceso civil", en su libro *Constitución y proceso*, cit., *supra*, nota 2, pp. 235-266; Ada Pellegrini Grinover, *Os princípios constitucionais e o Código de processo civil*, cit., *supra*, nota 8.

¹⁵ En el volumen *La función del poder judicial en los sistemas constitucionales latino-americanos*, cit., *supra*, nota 9 p. 201.

¹⁶ En la obra publicada por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, *XI Congreso Nacional de Derecho Procesal*, La Plata, 1981, tomo II, pp. 1063-1155; 1240-1292.

¹⁷ Ver *supra*, nota 8.

tran en las categorías de la *jurisdicción*; las *garantías judiciales*; las *garantías de las partes*, y finalmente, el *debido proceso legal*.¹⁸

17. Como los dos primeros se abordan en la excelente ponencia general del profesor Almagro Nosete, según se expresó con anterioridad (ver *supra* párrafo 3), nos limitaremos a examinar en forma breve los dos últimos sectores, tanto en los ordenamientos latinoamericanos, como en los de España y Portugal, para proporcionar, en lo posible, una visión panorámica iberoamericana.

III. EL ACCESO A LA JUSTICIA

18. Este concepto ya adquirió una aceptación generalizada entre los juristas contemporáneos, debido a la investigación multidisciplinaria que realizó un grupo numeroso de científicos sociales, aun cuando con predominio de juristas y sociólogos, bajo la admirable coordinación del notable tratadista Mauro Cappelletti.¹⁹

19. En ese monumental estudio colectivo se consignaron los temas esenciales del derecho procesal de nuestra época, estrechamente vinculados con la socialización, ordenamiento jurídico y el nacimiento de los nuevos derechos relativos al trabajo, a la salud, a la seguridad y a la educación, entre otros, que han cambiado radicalmente la perspectiva de la concepción tradicional, liberal e individualista de los estudios procesales, y es en ese sentido que puede hablarse de una nueva etapa (ver *supra* párrafo 5), que por supuesto no puede considerarse como una irrupción repentina sino como la continuación renovadora del procesalismo científico.

20. Esta renovación no sólo ha creado un sector de normas procesales específicamente dirigidas a la tutela de los nuevos derechos sociales, que podemos calificar como *derecho procesal social*, cuyo aspecto más significativo es el derecho procesal laboral, pero que abarca otras disciplinas;²⁰ sino que implica también la transformación de los sectores más

¹⁸ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Reflexiones sobre el derecho constitucional procesal*, cit., *supra*, nota 8, p. 44; *id.*, *El pensamiento de Eduardo J. Couture*, cit., *supra*, nota 10, pp. 332-346.

¹⁹ *Access to Justice*, Mauro Cappelletti, editor, A. Giuffrè Editore, Milán, Italia y Sijhoff and Nordhoff, Alphen aan den Rijn, Holanda, vol. I, libros 1 y 2, 1978, 1037 pp.; vol. II, libros 1 y 2, 1978-1979, 903 pp.; vol. III, 1979, 603 pp.; y vol. IV, 1979, 218 pp. Cfr. la reseña sobre esta obra elaborada por el mismo Cappelletti, trad. por Héctor Fix-Zamudio, y publicada en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 41, mayo-agosto de 1981, pp. 761-771.

²⁰ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "Introducción al estudio del derecho procesal social", en la obra *Estudios procesales en memoria de Carlos Viada*, Madrid, 1965, pp. 497-526.

tradicionales del derecho procesal civil y mercantil, tanto en el terreno de la doctrina como de la jurisprudencia y de la legislación.²¹

21. Como sería muy complicado pasar revista, así sea superficial, a estos cambios cada vez más acelerados en el inmenso campo del derecho procesal, nos limitaremos a señalar los lineamientos esenciales del conjunto de conceptos, principios e instituciones que se comprenden bajo el nombre de "acceso a la justicia".

22. De acuerdo con la magnífica introducción a la investigación antes mencionada, elaborada por el mismo Mauro Cappelletti y por el profesor Bryant Garth, debe considerarse el "acceso a la justicia:

... como el principal derecho, el más importante de los derechos humanos en un moderno e igualitario sistema legal que tenga por objeto garantizar, y no simplemente proclamar, el derecho de todos.²²

23. De acuerdo con los mismos autores, este derecho no es fácilmente definible, pero implica, en esencia, que el sistema jurídico debe ser igualitariamente accesible a todos, y en segundo lugar, estar encaminado a que su funcionamiento sea individual y socialmente justo, de acuerdo con los principios del actual "Estado benefactor",²³ que en sentido amplio no sólo comprende a los ordenamientos del llamado "Estado social de derecho" de orientación occidental,²⁴ sino también a los que se inspiran en el modelo soviético del cual tenemos un ejemplo iberoamericano en el sistema socialista cubano.²⁵

24. Para destacar la vinculación entre el acceso a la justicia y el Estado social o "benefactor", como excepcional promotor y renovador

²¹ En el ámbito iberoamericano podemos citar la expedición de los códigos: Procesal Civil y Mercantil de Guatemala (1963); Procesal Civil y Comercial de la Nación argentina (1967); de Procedimiento Civil Colombiano (1970); Procesal Civil brasileño (1973-1974), y las recientes reformas a la Ley de Enjuiciamiento Civil española (1984) y al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal de México (1985), así como el ordenamiento más reciente, es decir el Código de Procedimiento Civil de Venezuela, promulgado el 22 de enero de 1986.

²² Cfr. Mauro Cappelletti y Bryant Garth, *El acceso a la justicia*, trad. de Samuel Amaral, Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata, La Plata, 1983, p. 22 que corresponde a las pp. 8-9 del tomo I, del original en inglés, cit., *supra*, nota 19.

²³ *Ibid.*, pp. 18 y 21; pp. 6 y 8 del original en inglés.

²⁴ Cfr. Manuel García Pelayo, "El Estado Social y sus implicaciones", en su libro *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Editorial, Madrid, 1977, pp. 30-40; Jorge Reinaldo A. Vanossi, *El Estado de derecho en el constitucionalismo social*, Eudeba, Buenos Aires, 1982, pp. 16-33; Héctor Fix-Zamudio, "El Estado social de derecho y Constitución mexicana", en el volumen colectivo, *La Constitución mexicana. Rectoría del Estado y economía mixta*, UNAM-Porrúa, México, 1985, pp. 67-86.

²⁵ Aun cuando no conocemos estudios doctrinales, puede consultarse el texto de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, promulgada en La Habana, por la Asamblea Nacional del Poder Popular el 19 de agosto de 1977.

de los estudios procesales, el profesor Cappelletti organizó una conferencia internacional efectuada en Florencia los días 15 a 20 de octubre de 1979, en el Departamento Jurídico de la Universidad Europea, que ha dirigido con gran dinamismo por varios años; evento en el que participaron sesenta tratadistas del más alto nivel, cuyos trabajos se publicaron en otro libro significativo: *Access to Justice and the Welfare State*,²⁶ traducido al francés con el nombre de *Accès a la justice et Etat-Providence*, este último con un prólogo del ilustre comparatista francés René David.²⁷

25. La breve descripción anterior tiene como propósito señalar la considerable influencia de los magníficos estudios coordinados por Mauro Cappelletti, el que a su vez ha elaborado varios de los trabajos que se publican en los volúmenes mencionados y ha realizado otras aportaciones esenciales en esta nueva etapa de los estudios procesales.²⁸

26. La proyección de esta corriente renovadora encabezada por el distinguido jurista italiano se advierte también en el ámbito iberoamericano, no sólo porque varios de nuestros procesalistas han participado en las investigaciones que hemos citado con anterioridad,²⁹ sino también porque los temas abordados en recientes congresos como los de Florencia (1971), Iberoamericano de Derecho Constitucional en México (1975), el Nacional Argentino de La Plata (1981), y el Internacional de Würzburg (1983), están relacionados con los temas comprendidos por el concepto de acceso a la justicia, (ver *supra* párrafos 10-15).

27. Además, un sector de los procesalistas argentinos vinculados con el Colegio de Abogados de La Plata, grupo que encabeza el destacado tratadista Augusto M. Morello, ha propiciado la traducción castellana de la magnífica introducción a la investigación multidisciplinaria mencionada en varias ocasiones y elaborada por los profesores Mauro

²⁶ Publicado por las conocidas editoriales Sijthoff, Alphen aan den Rijn, Holanda; Klett-Cotta, Stuttgart, República Federal de Alemania, y Le Monnier, Florencia, Italia, e impreso en la última ciudad en 1981, 265 pp.

²⁷ Editado por el Instituto Universitario Europeo, y publicado por Editorial Económica, París, 1984, 361 pp.

²⁸ Entre otros pueden mencionarse: "Acceso a la giustizia como programma di riforma e come metodo di pensiero" *Rivista di Diritto Processuale*, Pádua, 1982, pp. 233-245; trad. al francés por Sergio Adorni, como "Acces a la justice: comme programme de réforme et comme méthode de pensée", *Windsor Yearbook of Acces to Justice*, University of Windsor, 1982, pp. 193-207; "Access to Justice. Variations and Continuity of a World-Wide Movement", en colaboración con los profesores Bryant Garth y Nicolás Trocker, *Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Tubinga, 1982, pp. 664-816; "Finding an Appropriate Compromise: A Comparative Study of Individualistic Models and Group Rights in Civil Procedure", en colaboración con Bryant Garth, *Civil Justice Quarterly*, abril de 1983, pp. 97-196.

²⁹ Al respecto pueden recordarse los trabajos de Héctor Fix-Zamudio, Enrique Vés-covi y Eduardo Vaz Ferreira, en la Conferencia de Florencia de 1971, cit., *supra*, nota 13;

Cappelletti y Bryant Garth,³⁰ habiendo publicado varios trabajos reunidos en un excelente libro bajo el título significativo de *La justicia entre dos épocas*.³¹

28. Desde nuestro punto de vista, la institución del acceso a la justicia debe considerarse como un género que comprende no sólo categorías procesales y constitucionales, sino otros instrumentos jurídicos de solución de controversias, dentro de los cuales podemos encuadrar el *acceso a la jurisdicción* como aspecto específico. El concepto genérico nos proporciona una visión más amplia que nos permite analizar los factores sociales, económicos, políticos y culturales que son inseparables de los estudios procesales contemporáneos, así como la estrecha vinculación de otros instrumentos jurídicos con las categorías procesales en sentido estricto, puesto que en la actualidad tanto el ejercicio de las garantías constitucionales relacionadas con el proceso, como la eficacia de este último, no pueden efectuarse sin el concurso y el apoyo de los primeros.

29. Al respecto es pertinente aclarar, para los fines de este trabajo, que no compartimos la corriente de opinión señalada por los profesores Cappelletti y Garth, que ubica el acceso a la justicia fuera de los fundamentales derechos de acción y defensa, estrictamente procesales,³² sino que, por el contrario, estimamos que las citadas instituciones procesales, ambas consagradas en los ordenamientos constitucionales, pueden encuadrarse dentro del propio acceso a la justicia, tomando en consideración que este último tiene un significado más amplio, como lo señalamos en los párrafos anteriores.

IV. LA ACCIÓN COMO DERECHO FUNDAMENTAL A LA JUSTICIA

30. El derecho de acción, considerado un derecho autónomo de carácter constitucional, como certeramente lo ha señalado la doctrina contemporánea, dentro de la cual destacan las enseñanzas de Frances-

pero además debemos destacar las colaboraciones iberoamericanas al proyecto de *Acceso to Justice*, cit., *supra*, nota 19; Raúl Brañes (Chile); Mario Fernández (Colombia), vol. I, tomo I, pp. 345-369 y 395-416, respectivamente; José Ovalle Favela (México); Carlos de Miguel Alonso (España) y Enrique Vécovi (Uruguay), vol. I, tomo 2, pp. 763-782; 845-887; y 1025-1036, también respectivamente.

³⁰ Citado *supra*, nota 22.

³¹ Librería Editora Platense, La Plata, Argentina, 1983, 263 pp. Es significativa la introducción del primer capítulo elaborado por el mismo profesor Morello, con el título "En la búsqueda de un nuevo modelo", pp. 1-14.

³² *El acceso a la justicia*, cit., *supra*, nota 22, p. 21.

co Carnelutti,³³ Niceto Alcalá-Zamora,³⁴ y Eduardo J. Couture,³⁵ ha experimentado una transformación sustancial debido al fenómeno de la socialización jurídica, aun cuando en ocasiones no se advierta claramente en los textos de carácter constitucional.

31. En efecto, la concepción tradicional del derecho subjetivo público de acción consagrado en las cartas fundamentales se caracterizó como un derecho individual frente al Estado para exigir la prestación jurisdiccional, con un significado puramente técnico, derivado de la concepción individualista y liberal de la igualdad formal de los gobernados, sin tomar en consideración "los obstáculos de orden económico y social (podemos agregar los políticos y culturales), que limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos impiden el pleno desenvolvimiento de la personalidad humana", según lo dispuesto por el artículo 3º de la Constitución italiana de 1948,³⁶ que en el campo del proceso, entorpecen, por una parte, la real participación de los justiciables, y por la otra, la eficacia del proceso.³⁷

32. El derecho de acción debe considerarse como una especie del genérico y esencial de la persona humana, que según los profesores Cappelletti y Garth (ver *supra* párrafo 22), tiene por objeto garantizar y no simplemente proclamar el derecho de todos. En otras palabras, la dimensión procesal del derecho a la justicia es precisamente el derecho de acción que corresponde a los gobernados para exigir del Estado contemporáneo —Estado social o de bienestar— una participación igualitaria ante los tribunales para la solución de las controversias jurídicas (composición en el lenguaje carneluttiano),³⁸ la que no puede asumir un carácter puramente formal, sino que debe aspirar a la justicia, y

³³ *Sistema de derecho procesal civil*, trad. de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, UTEHA, Buenos Aires, 1944, tomo II, pp. 635-653; *Instituciones de derecho procesal civil*, trad. de Santiago Sentís Melendo, EJE, Buenos Aires, 1959, tomo I, pp. 315-329.

³⁴ "Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción", en su obra *Estudios de teoría general e historia del proceso*, cit., *supra*, nota 5, tomo I, pp. 317-373.

³⁵ *Fundamentos del derecho civil*, 3a. ed., De Palma, Buenos Aires, 1958, pp. 57-88.

³⁶ Cfr. Paolo Biscaretti di Ruffia, *Diritto costituzionale*, 13a. ed., Jovene, Nápoles, 1983, pp. 752-757.

³⁷ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "El derecho constitucional a la justicia en el derecho mexicano", en la obra colectiva *Los derechos del pueblo mexicano*, Manuel Porrúa, México, 1979, tomo I, pp. 279-326.

³⁸ *Sistema de derecho procesal civil e Instituciones de derecho procesal civil*, cit., *supra*, nota 33, tomo I, pp. 47-49; tomo I, pp. 27-39, respectivamente.

por este motivo hemos calificado a la acción procesal como un derecho humano a la justicia.³⁹

33. Estos lineamientos renovadores de la acción procesal, de acuerdo con el enfoque del acceso a la justicia, no se han reflejado directamente en los preceptos constitucionales que se refieren, en la mayoría de los ordenamientos iberoamericanos, al derecho a la prestación jurisdiccional, e inclusive en algunos de ellos, comprendido dentro de la disposición que consagra el derecho de petición.⁴⁰

34. Otras cartas fundamentales cuyo número aumenta paulatinamente, en forma expresa o implícita han consignado dicha acción procesal como un derecho constitucional independiente del de petición, y entre ellas podemos mencionar las constituciones de Brasil (artículo 153, párrafo 4º);⁴¹ Colombia (artículo 58);⁴² Costa Rica (artículo 41);⁴³ Guatemala, (anterior de 1965, artículo 74);⁴⁴ Honduras

³⁹ *El derecho constitucional a la justicia*, cit., *supra*, nota 37, pp. 290-296.

⁴⁰ Establecen la acción como un aspecto del derecho genérico de petición, las cartas fundamentales de Argentina, artículo 14; Bolivia, artículo 7, inciso h); Ecuador, artículo 19, inciso 9); El Salvador (1983), artículo 18; Haití, artículo 33; Panamá (1972-1983), artículo 41; Paraguay, artículo 76; y Perú (1979), artículo 20., inciso 18).

⁴¹ Este precepto es similar al artículo 141, parágrafo 4o. de la ley fundamental de 1946, comentado este último por José Frederico Marques, "O artigo 141, parágrafo 4o. da Constituição Federal", *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, julio-diciembre de 1960, pp. 13-20. El precepto actualmente en vigor dispone: "La ley no podrá excluir de la apreciación del poder judicial cualquier lesión del derecho individual".

⁴² El citado artículo, en su parte relativa, dispone: "...La justicia es un servicio público a cargo de la Nación. Cfr. Francisco de Paula Pérez, *Derecho constitucional colombiano*, 5a. ed., Temis, Bogotá, 1962, p. 247. Sin embargo el distinguido constitucionalista Luis Carlos Sábica, *Constitucionalismo colombiano*, 7a. ed., Temis, Bogotá, 1983, pp. 289-290, considera que el citado derecho de acción está comprendido dentro del genérico de petición que consagra el diverso artículo 45: "Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a las autoridades, ya sea por motivos de interés general, ya de interés particular, y el de obtener pronta respuesta.

⁴³ La mencionada disposición establece: "Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerse justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes". Cfr. Asamblea Legislativa de Costa Rica, *Constitución Política de la República de Costa Rica. Anotada y concordada*, Juricentro, San José, 1977, pp. 214-221.

⁴⁴ El artículo 74 de la anterior carta constitucional de 1965 disponía en su parte relativa: "Toda persona tiene libre acceso a los tribunales para ejercer sus acciones de conformidad con la ley". En lo conducente el artículo 29 de la reciente ley fundamental expedida el 31 de mayo de 1985 establece: "Libre acceso a tribunales y dependencias del Estado. Toda persona tiene libre acceso a los tribunales, dependencias y oficinas del Estado, para ejercer sus acciones y hacer valer sus derechos de conformidad con la Ley..."

(artículo 82);⁴⁵ México (artículo 17),⁴⁶ y Venezuela (artículo 65),⁴⁷ por lo que se refiere a nuestro continente. En Europa deben mencionarse los ordenamientos fundamentales de España (artículo 24, inciso 1, precepto que se refiere a la tutela judicial "efectiva"),⁴⁸ y Portugal (artículo 20, inciso 2).⁴⁹

35. Sin embargo, la transformación del derecho de acción procesal se advierte con mayor claridad en los instrumentos internacionales, especialmente en los convenios sobre derechos humanos, entre los cuales podemos mencionar los artículo 14, inciso 1, del Pacto Internacional de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos suscrito en 1966;⁵⁰ 6º, inciso 1, del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, expedido en

⁴⁵ El citado artículo 82 de la Constitución de Honduras expedida en 1982 establece: "El derecho de defensa es inviolable. Los habitantes de la República tienen libre acceso a los tribunales para ejercer sus acciones en la forma que señalan las leyes".

⁴⁶ El artículo 17 de la Constitución federal mexicana, después de prohibir, como regla general, la autodefensa, consagra el derecho de acción de la siguiente manera: "... Los tribunales estarán expeditos para administrar justicia en los plazos y términos que fije la ley; su servicio será gratuito, quedando en consecuencia, prohibidas las costas judiciales." Cfr. Roberto L. Mantilla Molina, "Sobre el artículo 17 constitucional", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, julio-diciembre de 1958, núms. 31-32, pp. 141-159.

⁴⁷ En la parte respectiva del aludido artículo 68 se preceptúa: "Todos pueden utilizar los órganos de la administración de justicia para la defensa de sus derechos e intereses, en los términos y condiciones establecidos por la ley..."

⁴⁸ El inciso 1 del artículo 24 de la Constitución española de 1978 dispone: "Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión..." La bibliografía es muy amplia, por lo que sólo citamos algunos estudios monográficos, entre ellos el excelente libro del notable procesalista y administrativista español, Jesús González Pérez, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 1984. Carlos María Entrena Klett, "Problemas que plantea la efectividad de la tutela jurídica en nuestro derecho"; José Luis González Montes, "Notas en torno al derecho a la tutela jurisdiccional, reconocido en la Constitución española", los dos últimos en la obra publicada por la Dirección General de lo Contencioso del Estado y el Instituto de Estudios Fiscales, *El poder judicial*, Madrid, 1983, tomo III, pp. 1153-1165; 1473-1495, respectivamente.

⁴⁹ El citado precepto, que no fue modificado en la reforma de 1982, establece: "A todos está asegurado el acceso a los tribunales para la defensa de sus derechos, y no puede denegarse la justicia por insuficiencia de medios económicos..." Cfr. J. J. Gómez Canolito y Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, Coimbra 1980, pp. 85-86.

⁵⁰ La parte relativa del citado precepto establece: "1. 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 substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada con ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil..."

Roma en 1950,⁵¹ y 8º, inciso I, de la Convención Interamericana de los Derechos Humanos, firmada en San José, Costa Rica en 1969),⁵² Aun cuando estos tres preceptos supranacionales son similares, debe subrayarse la disposición del Convenio Europeo, en cuanto utiliza la calificación de "equitativa" para la tramitación del proceso.

36. Las disposiciones internacionales mencionadas poseen importancia para el análisis que estamos realizando, si se toma en consideración que un número importante de los países iberoamericanos han ratificado estos instrumentos, tanto el de las Naciones Unidas como los de carácter regional, y por tanto, han incorporado dichos preceptos a su régimen jurídico interno.⁵³

37. Pero el propio derecho procesal de acción no debe examinarse como un instrumento aislado que únicamente permite el acceso a la jurisdicción, sino que es preciso vincularlo con otras instituciones procesales, como el llamado "derecho de defensa" o también garantía o derecho de audiencia, si se toma en consideración que existe consenso doctrinal en cuanto al carácter bilateral de la propia acción,⁵⁴ con el complejo instrumento que se ha calificado como "debido proceso legal", y con otros medios procesales que dan contenido al citado derecho fundamental (que sólo para efectos de estudio desglosamos más adelante), si es que se pretende que la acción procesal no solamente

51 El mencionado artículo 60., inciso 1, del Convenio de Roma, dispone en su parte conducente: "1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella..."

52 El inciso 1, artículo 80. de la Convención de San José, precepto intitulado "Garantías judiciales", determina: "1. 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..."

53 Cfr. el estudio de Alberto Székely, "México y los instrumentos de las Naciones Unidas sobre derechos humanos", en el volumen colectivo *La protección internacional de los derechos del hombre. Balance y perspectivas*, UNAM, México, 1983, pp. 287-325; estudio en el cual se señalan los países que han ratificado los Pactos de las Naciones Unidas de 1966, con las reservas y observaciones respectivas. Por lo que se refiere a la Convención Interamericana, la enumeración de los países que la han ratificado hasta los primeros meses de 1985, incluyendo reservas y observaciones, puede consultarse en la obra *Manual de normas vigentes en materia de derechos humanos en el sistema interamericano (Actualizado a 10. de julio de 1985)*, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, Washington, D. C., 1985, pp. 63-70.

54 Cfr. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Enseñanzas y sugerencias*, cit., supra, nota 34, pp. 35-352; Abraham Bartolini Ferro, "Unidad de la acción", *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 1944, I, pp. 334-345.

signifique la posibilidad de acudir a los tribunales, sino que garantice el resultado efectivo de su ejercicio.⁵⁵

38. La vinculación del derecho de acción con el ordenamiento constitucional, y por tanto con el régimen político en el cual se hace valer, fue señalada con gran penetración por el insigne procesalista florentino Piero Calamandrei en su clásico estudio sobre "La relatividad del concepto de acción".⁵⁶

39.. Aun cuando son numerosas las repercusiones que posee el Estado social de derecho o Estado de bienestar sobre las instituciones procesales y en particular sobre el derecho de acción, podemos destacar dos aspectos que consideramos esenciales y que actualmente son objeto de análisis por la doctrina que pretende la renovación del procesalismo científico. Nos referimos, por una parte, a la asesoría jurídica y, por la otra, a la tutela de los llamados intereses difusos, transpersonales o fragmentarios.

40. A) El primer sector no sólo se plantea dentro del campo procesal, sino que tiene una proyección mucho más amplia, es decir, dentro del concepto genérico del "acceso a la justicia" (ver *supra* párrafo 28), puesto que abarca un asesoramiento jurídico, que puede asumir carácter preventivo en cuanto al surgimiento de conflictos, litigios o controversias, de acuerdo con lo que los juristas angloamericanos califican como *legal advice*, dentro del cual quedaría comprendida la asesoría judicial o procesal (*legal aid*), esta última con desarrollo en épocas anteriores.⁵⁷

41. No es nuestro propósito señalar, así fuera brevemente, la evolución de la asesoría jurídica y procesal a partir de las transformaciones del Estado liberal clásico, hasta llegar a la nueva concepción social de la organización política y constitucional de nuestra época, pero es significativo que los cambios más importantes se produjeran en

⁵⁵ Como lo señala certeramente Jesús González Pérez, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, cit., *supra*, nota 48, pp. 39-40, dicho derecho a la tutela jurisdiccional (es decir, de acción procesal): "...despliega sus efectos en tres momentos distintos: primero, en el acceso a la Justicia; segundo, una vez en ella, que sea posible la defensa y obtener solución en un plazo razonable, y tercero, una vez dictada sentencia, la plena efectividad de sus pronunciamientos. Acceso a la jurisdicción, proceso debido y eficacia de la sentencia".

⁵⁶ Este clásico estudio fue publicado en el volumen que contiene sus *Estudios de derecho procesal civil*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1961, pp. 135-160. Otro excelente estudio en el cual se analiza esta concepción de Calamandrei es el elaborado por Víctor Fairén Guillén, "La acción, derecho procesal y derecho político", *Estudios de derecho procesal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, pp. 70-75.

⁵⁷ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "Breves reflexiones sobre el asesoramiento jurídico y procesal, como institución de seguridad social", *Anuario Jurídico* 2, 1975, UNAM, México, 1977, pp. 86-87.

los primeros años de esta segunda posguerra, cuando se inicia la consolidación del Estado de bienestar, como lo demuestra la Legal Aid and Advice Act promulgada en Inglaterra en el año de 1949, que debe considerarse el punto de partida de una transformación de los sistemas tradicionales y que motivó un cambio esencial en esta materia en numerosos ordenamientos contemporáneos.⁵⁸

42. Coincidimos con el agudo pensamiento de Mauro Cappelletti y Brian Garth, cuando sostienen, utilizando una metáfora, que el establecimiento de los instrumentos de asesoramiento jurídico y procesal debe considerarse como una primera ola, es decir, una primera etapa en el camino hacia el acceso a la justicia, tomando en consideración que no se puede acudir efectivamente a los medios de solución de controversias, y por supuesto, al proceso, cuando existen obstáculos económicos, sociales y culturales que lo impiden.⁵⁹

43. Desde el punto de vista del derecho constitucional de acción, la socialización jurídica del Estado contemporáneo ha determinado la necesidad de crear los instrumentos necesarios para lograr su ejercicio efectivo por todos los justiciables, y no sólo por aquellos que cuentan con los medios económicos y el asesoramiento para acceder en forma adecuada a la prestación jurisdiccional. En otras palabras, de un simple derecho formal la acción se ha transformado en una facultad con un contenido material que permite su ejercicio eficaz.⁶⁰

44. Es muy conocida, como para repetirla en esta oportunidad, la evolución del sistema de asesoramiento jurídico a partir de la legislación inglesa de 1949, y especialmente las instituciones introducidas en los Estados Unidos por la Economic Opportunity Act expedida en 1964, de acuerdo con la cual se creó el llamado *Legal Services Program* en 1965, el que ha tenido un desarrollo excepcional en los años siguientes, con la introducción de las oficinas jurídicas de asistencia jurídica (*Neighborhood Law Offices*), las cuales han servido de modelo para instituciones similares en varios ordenamientos posteriores.⁶¹

⁵⁸ La bibliografía sobre el sistema inglés es muy amplia, pero puede destacarse en cuanto a los orígenes de la institución, el estudio de Jacinta Rumi, "L'evoluzione dell'assistenza giudiziaria in Inghilterra", *Revista de Diritto Processuale*, Pádua, julio-septiembre de 1970, pp. 412-433.

⁵⁹ *Introducción*, en la obra *Access to justice and the Welfare State*, cit., *supra*, nota 26, pp. 4-11; pp. 18-24 de la traducción francesa, *supra*, nota 27.

⁶⁰ *Cfr.* Héctor Fix-Zamudio, *El derecho constitucional a la justicia* cit., *supra*, nota 37, pp. 290-296.

⁶¹ Además de numerosos artículos, puede consultarse el excelente libro de Bryant Garth *Neighborhood Law Firms for the Poor. A Comparative study of recent developments in legal aid and in the legal profession*, Alphen aan den Rijn, Holanda, y Rockeville Maryland, Estados Unidos, Sijthoff and Noordhoff, 1980, pp. 17-51, por lo que se refiere a Norteamérica. En las páginas siguientes se examina la trascendencia de la

45. Podemos sostener que, con diversos matices, los instrumentos de asistencia jurídica se han extendido considerablemente, en especial en varios países europeos y algunos otros pertenecientes al sistema angloamericano o del *common law*, por el convencimiento de que sólo a través de ellos se puede plantear de manera efectiva la solución de los conflictos jurídicos, que son cada vez más complejos y asumen en proporción creciente un carácter técnico, por lo que un gran número de personas carecen de los medios económicos y culturales para obtener una verdadera tutela de sus derechos e intereses legítimos.⁶²

46. Lo que debe destacarse en esta evolución es la tendencia hacia el establecimiento de un verdadero sistema de *seguridad social de carácter jurídico*, paralelo a los servicios médicos y que tiende a ampliarse no sólo a las personas carentes de recursos económicos, sino a todas aquellas que no pueden afrontar los gastos, cada vez más altos, de la prestación jurisdiccional y de la defensa asumida por abogados particulares.⁶³

47. Este sistema de seguridad social jurídica tiene su equivalente en los colegios u oficinas públicas de abogados establecidos en los ordenamientos socialistas de acuerdo con el modelo de la Unión Soviética, que se traducen en procedimientos de asesoramiento jurídico, tanto de consulta como de auxilio procesal, que se prestan ya sea de manera gratuita o a través de una remuneración reducida a las personas que carecen de recursos suficientes para cubrir las costas y los honorarios normales.⁶⁴

48. Por lo que se refiere a los ordenamientos iberoamericanos, se observa un relativo retraso respecto de este desarrollo para otorgar contenido social al derecho formal de acción procesal, pues sólo hasta época reciente se inició un movimiento tanto doctrinal como legislativo y jurisprudencial para introducir algunos instrumentos de asesoramiento procesal.

institución en numerosos ordenamientos, especialmente los de Inglaterra y Gales; Canadá; Australia; Holanda; Bélgica, y Noruega.

⁶² Toda esta evolución puede consultarse en documentado y extenso estudio de Mauro Cappelletti, James Gordley y Earl Hohnson, Jr., *Toward Equal Justice: a Comparative Study of Legal Aid in Modern Societies (Text and materials)*, Giuffrè-Oceano, Milán, Dobbs Ferry, Nueva York, 1975.

⁶³ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Breves reflexiones sobre el asesoramiento jurídico*, cit., *supra*, nota 57, pp. 86-92.

⁶⁴ Cfr. Paolo Pecóri, "Il 'costo' del proceso civile e i non abbienti nell'Unione Sovietica", *Rivista di Diritto Processuale*, Pádua, abril-junio de 1970, pp. 261-262; Donald D. Berry y Harold J. Berman, "The Soviet Legal Profession", *Harvard Law Review*, noviembre de 1968, esp. pp. 12-16; Lawrence M. Friedman, y Zigurds L. Zile, "Soviet Legal Profession: Recent Developments in Law and Practice", *Wisconsin Law Review*, enero de 1964, pp. 39 y ss.

49. En efecto, las cartas iberoamericanas y la legislación procesal han seguido dos sistemas tradicionales para resolver el problema del ejercicio efectivo del derecho de acción y de la igualdad de las partes: la *justicia gratuita* y el *beneficio de pobreza*.

50. Por lo que se refiere a la primera, ésta surgió como una consecuencia del principio de igualdad ante la ley consagrado por el artículo primero de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, y que fue reglamentado por el título II, artículo primero de la ley revolucionaria de 16-24 de agosto de 1790, según el cual, los jueces deberían impartir gratuitamente la justicia.

51. Este anhelo se desvirtuó en la práctica, en virtud de que la mayor parte de los ordenamientos establecen costas judiciales, es decir, contribuciones que deben cubrir los justiciables del Estado con motivo de la impartición de justicia. Sin embargo, algunos países latinoamericanos han conservado la ilusión de la justicia gratuita, de acuerdo con el ejemplo del artículo 17 de la Constitución mexicana de 5 de febrero de 1857, que prohibió la existencia de las llamadas costas judiciales,⁶⁵ prohibición que se ha conservado en el precepto del mismo número de la carta fundamental vigente de 1917.⁶⁶

52. Siguiendo el ejemplo de México, varios ordenamientos constitucionales de Latinoamérica declaran la gratuidad de la prestación jurisdiccional, al suprimir las costas judiciales y entre ellos podemos citar las cartas fundamentales de Bolivia (1967, artículo 116); Ecuador (1978, artículo 94); Guatemala (1965, artículo 240); Honduras (1982, artículo 303); Panamá (1972, reformada en 1983, artículo 198); y República Dominicana (1963, artículo 209).

53. Las restantes cartas fundamentales no regulan esta materia pero la mayoría de los códigos procesales latinoamericanos, inclusive los pertenecientes a algunos países cuyas constituciones consagran la justicia gratuita, siguen en términos generales el sistema del llamado "beneficio de pobreza", de acuerdo con la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855, reformada en 1881, que ha servido de modelo a los propios códigos procesales civiles de nuestro continente, institución que asegura ciertas ventajas a los justiciables carentes de medios económicos y que reciben en los ordenamientos de Colombia y Panamá el nombre significativo de "amparo de pobreza".⁶⁷

⁶⁵ Para los debates del Constituyente sobre esta materia, *cfr.* Francisco Zarco, *Historia del Congreso Extraordinario Constituyente (1856-1857)*, El Colegio de México, México, 1956, pp. 754-764.

⁶⁶ Véase la parte relativa de este precepto, *supra*, nota 46.

⁶⁷ *Cfr.* Héctor Fix-Zamudio, *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, cit., UNAM, México, 1974, pp. 64-68.

54. La concesión de este beneficio o amparo de pobreza produce el efecto de eximir a la parte que demuestra su carencia de recursos económicos, tanto de las costas judiciales como de las de carácter procesal, otorgándole, además, asesoramiento jurídico proporcionado por defensores de oficio o por abogados designados por los colegios profesionales correspondientes.

55. Ninguno de los dos sistemas, o ambos simultáneamente, han demostrado ser plenamente satisfactorios en su intento de proporcionar posibilidad de acceso a los justiciables en el proceso civil, puesto que la prohibición de las costas judiciales en todo tipo de procesos redundo, de hecho, en favor de la parte que cuenta con mayores recursos, y en el supuesto del beneficio de pobreza, el procedimiento que debe seguirse para obtenerlo, además de adolecer de formalismos técnicos que hacen necesario el asesoramiento, inclusive en cuanto a su solitud, en la mayor parte de los casos descansa en la colaboración voluntaria y gratuita de los colegios de abogados.

56. No obstante el predominio de las soluciones tradicionales, en épocas recientes se advierte un cierto adelanto en algunos códigos procesales, en la doctrina y en algunas disposiciones constitucionales de Iberoamérica. En primer término se abandona de manera paulatina el vocablo "pobreza" como causa o motivo del asesoramiento judicial, para adoptar el de "asistencia social gratuita" como lo hace el artículo 89 del Código Procesal Civil y Comercial de Guatemala de 1964,⁶⁸ o el "beneficio de litigar sin gastos", de acuerdo con el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de 1967⁶⁹ y otros códigos procesales provinciales, de la República argentina, en la inteligencia de que la jurisprudencia rioplatense ha interpretado de manera flexible el requisito de "carencia de recursos" a que se refieren los últimos ordenamientos citados.⁷⁰

57. Por otra parte, en los congresos de derecho procesal también se ha iniciado un movimiento, así sea incipiente, para lograr un instrumento más flexible de auxilio o defensa legal de quienes carecen de recursos suficientes para soportar los gastos del proceso, y en esta dirección podemos señalar algunas de las conclusiones adoptadas en las Quintas Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal efectuadas en las ciudades de Bogotá y Cartagena, Colombia, los días 22 a 29 de

⁶⁸ Cfr. Mario Aguirre Godoy, *Derecho procesal civil*, Facultad de Derecho, Universidad de San Carlos, Guatemala, 1973, tomo I, pp. 853-860.

⁶⁹ Sobre los lineamientos esenciales del citado código, cfr. Santiago Sentís Melendo, "El nuevo Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, Madrid, 1969, núm. 4, pp. 957-995.

⁷⁰ Cfr. Francisco Mancuso, "El beneficio de litigar sin gastos y la defensa gratuita", *Revista de Estudios Procesales*, Rosario, Argentina, junio de 1973, núm. 16, pp. 68-71.

junio de 1970.⁷¹ Posteriormente en el VII Congreso Nacional Argentino de Derecho Procesal, efectuado en la ciudad de Mendoza durante los días 9 a 14 de octubre de 1972, se examinó el tema de "La garantía de igualdad frente a la desigualdad económica de las partes. El beneficio de litigar sin gastos y la defensa gratuita. Su equidad y eficacia", y entre las recomendaciones aprobadas destacan las relativas a la necesidad de intervención del Estado tendente a la nivelación social de la asistencia tanto en el campo del proceso como de carácter extrajudicial, y que para atender los gastos que origine la defensa de quienes carecen de ingresos suficientes debería crearse un fondo de asistencia, con *recursos provistos por el Estado*, aun cuando administrados por la entidad profesional respectiva, en la inteligencia de que los honorarios profesionales causados por la defensa del beneficiado deberán abonarse con cargo al citado fondo de asistencia atendiendo a la ley arancelaria pero reducidos al mínimo de la escala respectiva.⁷²

58. En el XI Congreso Nacional Argentino de Derecho Procesal realizado en La Plata en octubre de 1981, se discutió la cuestión relativa a las "Formas de facilitar el *acceso a la justicia*. Igualdad formal e igualdad real", y se aprobaron varias conclusiones similares a las del VII Congreso mencionado en el párrafo anterior, insistiéndose en la creación de un "fondo de asistencia, administrado por los colegios profesionales".⁷³

59. Por lo que se refiere a los textos constitucionales, podemos señalar algunos recientes en el ámbito iberoamericano que introducen mecanismos para lograr el asesoramiento procesal, como ocurre con el inciso 2, del artículo 20 de la Constitución portuguesa de 1976, reformada en 1982, el cual asegura a todos los justiciables el *acceso a los tribunales para la defensa* de sus derechos, por lo que no puede denegarse la impartición de justicia por insuficiencia de recursos económicos.⁷⁴

60. De manera menos precisa el artículo 119 de la Constitución española de diciembre de 1978 dispone que la *justicia será gratuita* cuando así lo disponga la ley y, en todo caso respecto de quienes acre-

⁷¹ Cfr. Hernando Devis Echandía, "V Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal", *Estudios de Derecho*, Medellín, Colombia, septiembre de 1970, núm. 78, p. 394.

⁷² Cfr. "Crónica. VII Congreso Nacional de Derecho Procesal"; y Carlos Enrique Heller, "Defensa de pobres o asistencia jurídica integral", ambos en *Revista de Estudios Procesales*, Rosario, Argentina, diciembre de 1972, núm. 14, pp. 111-112; 26-31, respectivamente; Francisco Mancuso, *El beneficio de litigar sin gastos*, cit., *supra*, nota 70, pp. 74-83.

⁷³ *Memoria*, cit., *supra*, nota 16, *Conclusiones*, vol. II, pp. 1432-1433.

⁷⁴ Véase texto de esta disposición, *supra*, nota 49.

diten insuficiencia de recursos para litigar.⁷⁵ Estimamos que este precepto tiene un propósito similar al de la carta portuguesa mencionado en el párrafo anterior, puesto que no debe entenderse en el sentido tradicional de suprimir sólo las costas judiciales, en forma similar al beneficio de pobreza mencionado con anterioridad (ver *supra* párrafo 56), sino que implica también el asesoramiento judicial, como se desprende de la parte relativa de la exposición de motivos de la ley de 6 de agosto de 1984 que modifica numerosos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil,⁷⁶ si se toma en consideración que la reforma implica mayor flexibilidad tanto en el reconocimiento de este derecho como en el procedimiento, y los efectos de su otorgamiento implican no sólo la exención de gastos judiciales y algunos procesales, sino también la designación de abogado y procurador sin obligación de pagarles honorarios y derechos (artículo 30 del citado ordenamiento).⁷⁷

61. Un adelanto, al menos en la consagración de principios programáticos, lo podemos señalar en el artículo 214 de la Constitución panameña, introducido en las reformas de 1983 de acuerdo con el cual: "La ley abrirá los medios para *prestar asesoramiento y defensa jurídica* a quienes por su situación económica no puedan procurárselos por sí mismos, tanto a través de los *organismos oficiales* creados al efecto,

⁷⁵ Sobre el alcance de este precepto constitucional y los debates en relación con el principio de gratuidad absoluta o relativa del servicio jurisdiccional que se plantearon en las Cortes cuando se discutía el proyecto de Constitución, *cfr.* José Manuel Serrano Alberca, "Artículo 119", en el volumen colectivo editado por Fernando Garrido Falla, *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1980, pp. 1240-1243.

⁷⁶ En la parte relativa a la exposición de motivos de este ordenamiento procesal se expresó: "En lo que se refiere a la posibilidad de litigar gratuitamente, parte la Ley del mandato del artículo 119 de la Constitución, que quiere que la justicia sea gratuita, en todo caso para quienes acrediten recursos insuficientes. Se ha procedido, por ello, a fijar unos parámetros flexibles que permitan la aplicabilidad social del antes llamado 'beneficio de pobreza', que pierde ya esta arcaica denominación. Al tiempo, se ha modificado el cauce procedimental en el que se discutía la concesión del beneficio, habiéndose optado por el del juicio verbal, que ofrece garantías suficientes y mayor celeridad" (artículos 13-18); *cfr.* Víctor Fairén Guillén, *La Ley de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Juicio de menor cuantía, casación y otros aspectos fundamentales de la Ley de 6 de agosto de 1984*, Madrid, 1985, quien examina con minuciosidad esta cuestión en el capítulo V, "El beneficio de justicia gratuita", pp. 55-119.

⁷⁷ El citado artículo 30 dispone: "Los que por disposición legal o por declaración judicial tengan derecho a litigar gratuitamente disfrutarán de los beneficios siguientes: 1o. Exención del pago de toda clase de derechos o tasas judiciales y de la necesidad de reintegrar el papel que usen para su defensa. 2o. Inserción gratuita en los periódicos oficiales de los anuncios y edictos que deban publicarse a su instancia. 3o. Exención de hacer los depósitos que sean necesarios para la interposición de cualesquiera recursos. 4o. Que se les nombre Abogado y Procurador sin obligación de pagarles honorarios y derechos".

como por intermedio de las *asociaciones profesionales de abogados* reconocidas por el Estado".⁷⁸

62. Finalmente, en este recorrido de nuevas disposiciones, mencionaremos la situación que prevalece en el ordenamiento socialista cubano, pues si bien la carta de 1976 no consigna un precepto específico, a partir de la reforma judicial de 1973 a la Constitución anterior de 1959, se adoptó el modelo soviético de organización judicial, y el sistema de asesoramiento a través de los llamados bufetes colectivos, que en realidad son oficinas públicas, puesto que no está permitido el ejercicio libre de la profesión,⁷⁹ de acuerdo con lo establecido por los artículos 143 a 153 de la actual Ley de Organización del Sistema Judicial de 10 de agosto de 1977 y el Reglamento de Bufetes Colectivos aprobado por el Ministerio de Justicia el 13 de diciembre de 1978, cuya función esencial es la prestación de la asistencia jurídica y representación procesal a las personas que lo soliciten.⁸⁰

63. En tal virtud, se observa una tendencia en los ordenamientos iberoamericanos, inclusive en algunos textos constitucionales recientes, para transformar el sistema tradicional de asistencia judicial gratuita para las personas de muy escasos recursos a través de defensores de oficio o abogados comisionados por los colegios de abogados, como se inició en Inglaterra en 1949 (ver *supra* párrafo 41), o bien como se señala en la carta panameña, por conducto de instituciones públicas, que es el sistema que ha predominado en los Estados Unidos a partir de 1964 (ver *supra* párrafo 44), tomando en consideración que ambos

⁷⁸ Este precepto se introdujo en las reformas de 1983 a la carta panameña de 1972. Cfr. *Reformas propuestas a la Constitución de 1972*, Panamá, abril de 1983, p. 130.

⁷⁹ Cfr. Reinaldo Chalbaud Zerpa, "El poder judicial en Cuba. Su organización en la actualidad", *Anuario número 5 de la Facultad de Derecho*, Universidad de Los Andes, Centro de Investigaciones Jurídicas, 1974, Mérida, Venezuela, pp. 138 y ss.; *id.*, *El nuevo sistema constitucional socialista cubano*, Mérida, Venezuela, 1976, pp. 68-75.

⁸⁰ El artículo 30. del Reglamento de los Bufetes Colectivos cubanos establece: "Los fines de los Bufetes Colectivos son los siguientes: 1. Facilitar la prestación de la asistencia jurídica y la representación procesal a las personas que las necesiten, ya sean éstas naturales o jurídicas. 2. Orientar el ejercicio profesional de la abogacía para que ésta se desenvuelva como función coadyuvante de la actuación de los tribunales y de las autoridades en la realización de la justicia y de la legalidad socialista. 3. Velar por la eficiencia profesional de sus miembros y por la observancia de las normas establecidas en el Código de Ética para el ejercicio de la abogacía. 4. Promover los valores de respeto a la legalidad socialista. 5. Trabajar por el desarrollo de la conciencia jurídica socialista. 6. Contribuir a la superación ideológica, política, jurídica y cultural de sus miembros y del personal administrativo. 7. Auxiliar a los tribunales y a la administración del Estado en el cumplimiento de las disposiciones legales relativas al ejercicio de la abogacía; evacuar, consultar y emitir dictámenes o informes solicitados por organismos y autoridades. 8. Elevar en sus miembros el espíritu solidario e internacionalista que practica nuestra revolución". Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *El derecho constitucional a la justicia*, cit., *supra*, nota 37, pp. 321-322.

instrumentos no son incompatibles y se han aproximado y combinado paulatinamente en numerosas legislaciones sobre asesoramiento jurídico y procesal, con la tendencia antes señalada, de configurar un sistema de seguridad social jurídica (ver *supra* párrafo 46),⁸¹ tomando en cuenta, además, el ordenamiento cubano, de acuerdo con el cual, la asistencia judicial se proporciona por conducto de bufetes colectivos de carácter público (ver *supra* párrafo 62).

64. Desde nuestro punto de vista y tomando en cuenta el incipiente desarrollo de las instituciones de prestación de servicios legales tanto a los gobernados en general, como a los justiciables en particular, en los ordenamientos iberoamericanos, consideramos que pueden combinarse, de acuerdo con la experiencia de cada legislación, la creación de fondos públicos administrados por los colegios de abogados con el establecimiento de oficinas jurídicas de carácter público, integradas por asesores designados por el Estado. Este es, según nuestra convicción, el espíritu del precepto que consideramos más avanzado en el ámbito jurídico que examinamos, es decir, el artículo 214 de la Constitución panameña, según la reciente reforma de 1983 (ver *supra* párrafo 61).

65. Por el contrario, estimamos que la solución cubana, según el modelo soviético y el de los restantes países socialistas, no es la más adecuada, en virtud de que prohíbe el ejercicio privado de la abogacía, pues todos los que realizan las funciones de asesoramiento son empleados y funcionarios del Estado, aun cuando teóricamente posean autonomía,⁸² y por el contrario compartimos la opinión del conocido tratadista inglés J. A. Jolowicz, en el sentido de que la existencia de una profesión jurídica activa e independiente es esencial a una sociedad libre, como pretendemos que sean las nuestras.⁸³

66. B) En cuanto a la tutela de los derechos difusos, transpersonales o fragmentarios a través del derecho de acción, o en otras palabras, la facultad de las personas individuales, grupos o asociaciones para solicitar la prestación jurisdiccional en beneficio de los citados intereses, se ad-

⁸¹ Cfr. Earl Johnson, "Further Variations and the Prospect of Some Future Themes", en la obra *Toward Equal Justice*, cit., *supra*, nota 62, pp. 135-241.

⁸² Cfr. el análisis panorámico del asesoramiento jurídico en los países socialistas que realiza James Gordley, en su estudio "Variations on a Modern Theme", en la obra *Toward Equal Justice*, cit., nota anterior, pp. 80-85. Cfr. la nueva Ley de la URSS sobre la abogacía de 30 de noviembre de 1979, en la compilación, *Leyes y reglamentos fundamentales de la URSS*, trad. del ruso al castellano por F. Pita, Moscú, Editorial Progreso, tomo I, pp. 341-349.

⁸³ En su estudio "The Active Role of the Court in Civil Litigation", en el libro que publicó en unión de Mauro Cappelletti, *Public Interest Parties and the Active Role of the Judge in Civil Litigation*, Giuffrè-Oceana, Milán, Dobbs Ferry, Nueva York, 1975, pp. 277.

vierte también una paulatina transformación que ha modificado tanto el citado derecho de acción como el concepto tradicional de la legitimación procesal, pues de acuerdo con este último, sólo los directamente afectados por el litigio, conflicto o controversia, poseen interés jurídico para iniciar y continuar un proceso.⁸⁴

67. 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, etcétera.⁸⁵

68. Esta materia ha sido objeto de una gran atención por parte de la doctrina procesal en los últimos años, debido a las transformaciones legislativas y las corrientes jurisprudenciales que han reconocido la necesidad de tutelar los citados intereses de sectores sociales indeterminados pero que asumen una creciente importancia en la vida social contemporánea, especialmente debido a los problemas, también en aumento, de la industrialización, el desarrollo tecnológico, la concentración urbana, entre otros, que afectan considerablemente a dichos grupos de composición incierta. Por ello es acertada la concepción de los mencionados tratadistas Cappelletti y Garth, en cuanto califican a la tutela de los referidos intereses, como la "segunda ola" en el movimiento del acceso a la justicia.⁸⁶

69. La bibliografía sobre el tema es muy amplia, y en esta materia también podemos destacar la admirable labor de investigación y de promoción realizada por el jurista italiano Mauro Cappelletti, al analizar las complejas cuestiones que plantea la tutela de los mencionados inte-

⁸⁴ Sobre el concepto tradicional de la legitimación procesal, aun cuando la bibliografía es extensa, sólo citamos como ejemplos las penetrantes ideas de Francesco Carnelutti, *Sistema de derecho procesal civil*, cit., *supra*, nota 33, tomo II, pp. 29-39, y el minucioso examen de Francisco Ramos Méndez, *Derecho procesal civil*, Bosch, Barcelona, 1980, pp. 240-251.

⁸⁵ No es sencillo elaborar un concepto preciso de los llamados intereses ditusos, puesto que se trata de una institución que se encuentra en un periodo de formación, pero puede señalarse el penetrante examen realizado por el joven procesalista español Manuel Lozano-Higuero y Pinto, *La protección procesal de los intereses difusos*, Madrid, 1983, pp. 148-155.

⁸⁶ *Acces to Justice*, cit., *supra*, nota 19, tomo I, pp. 35-48; *El acceso a la justicia* cit., *supra*, nota 22, pp. 58-77.

reses difusos, transpersonales o fragmentarios, tanto en el terreno genérico de "acceso a la justicia" como en la materia estrictamente procesal.⁸⁷

70. Destacan en este campo dos eventos académicos de particular relieve efectuados, el primero en la ciudad de Padua los días 11 a 12 de junio de 1974, cuyos trabajos se publicaron en el volumen intitulado *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, con acento en el análisis en las diversas ramas procesales, es decir, en las materias administrativa, civil y penal,⁸⁸ y el segundo con los estudios discutidos en el III Congreso Nacional 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 diffusi nel diritto comparato, con particolare riguardo alla protezione dell'ambiente e dei consumatori*, con una perspectiva más amplia.⁸⁹

71. Las reuniones académicas y los estudios sobre el tema se han multiplicado en los últimos años y en vía de ejemplo podemos señalar, entre otros, el tema de la "Legitimación para la defensa de los intereses difusos", que se discutió en el XI Congreso nacional argentino de Derecho Procesal efectuado en La Plata en octubre de 1981,⁹⁰ y el estudio relativo a "La protección de los intereses difusos, fragmentarios y colectivos en el proceso civil" (*Der Schutz diffuser und kollektiver Interessen in Zivilprozess*), presentado en el VII Congreso Internacional de Derecho Procesal efectuado en Würzburg, República Federal de Alemania, en 1983, y cuya ponencia general estuvo a cargo de los profesores Mauro Cappelletti y Brian Garth, a quienes hemos citado en numerosas ocasiones en este trabajo.⁹¹

72. Pero no sólo los citados tratadistas han realizado aportaciones importantes sobre la protección jurídica y procesal de los intereses difusos, sino que también los juristas, y especialmente los procesalistas iberoamericanos, han elaborado estudios trascendentes con objeto de propo-

⁸⁷ Además de las aportaciones del notable jurista italiano que hemos señalado en relación con el acceso a la justicia, debe mencionarse la traducida al castellano por Luis Dorantes Tamayo con el título "La protección de intereses colectivos y de grupo en el proceso civil" y publicado en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, enero-junio de 1977, núms. 105-106, pp. 73-102; además el artículo "Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil", trad. de Raúl Brañes, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, enero-agosto de 1978, núms. 31-32, pp. 1-40.

⁸⁸ Cedam Padua, 1976, 358 pp.

⁸⁹ Giuffrè Milán, 1976, 617 p.

⁹⁰ XI Congreso Nacional de Derecho Procesal, cit., *supra*, nota 16.

⁹¹ "The Protection of Diffuse, Fragmented and Collective Interest in Civil Litigation. Finding an Appropriate Compromise: A Comparative Study of Individualistic Models and Group Rights in Civil Procedure", en el volumen *Effektiver Rechtsschutz und Verfassungsmässige Ordnung*, cit., *supra*, nota 8, pp. 117-159.

ner reformas legales, que superen los criterios tradicionales de nuestros ordenamientos,⁹² incluyendo el más reciente del que tenemos noticia, elaborado por el conocido procesalista argentino profesor Augusto Mario Morello.⁹³

73. Los textos constitucionales iberoamericanos más recientes hacen referencia a la protección del medio ambiente, como en los artículos 66 de la carta fundamental portuguesa de 1976; 45 de la Constitución española de 1978; 114, 115 y 116 de la ley fundamental panameña de 1972, y reformada en 1983, que integran un capítulo sobre el régimen ecológico; el 29 de la carta ecuatoriana de 1978, y 123 de la peruana de 1979.

74. En nuestro concepto es la Constitución española de diciembre de 1978 la que regula con mayor precisión la tutela de los intereses difusos, en virtud de que, además del medio ambiente, regula la conservación y promoción del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España (artículo 46),⁹⁴ y en particular la defensa de los consumidores y usuarios, a través de su información y educación, así como con el fomento de sus organizaciones (artículo 51).⁹⁵

75. Si tomamos en cuenta la evolución que se advierte en este campo desde el punto de vista del derecho comparado, existen 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 de-

⁹² Entre ellos podemos citar a los juristas españoles José Almagro Nosete, "Tutela procesal ordinaria y privilegiada (jurisdicción constitucional de los intereses difusos)", *Revista de Derecho Político*, Madrid, invierno de 1982-1983, pp. 33-107, incorporada en su libro *Constitución y proceso*, cit., *supra*, nota 2, pp. 267-283; y Manuel Lozano-Higuero y Pinto, *La protección procesal de los intereses difusos*, cit., *supra*, nota 85.

⁹³ "Legitimación procesal de los colegios profesionales, de las organizaciones de protección de los consumidores y de defensa de intereses difusos", *La justicia entre dos épocas*, cit., *supra*, nota 31, pp. 181-206.

⁹⁴ Dicho artículo 46 dispone: "Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio". Cfr. Rafael Entrena Cuesta, "Artículo 46", en la obra *Comentarios a la Constitución*, cit., *supra*, nota 75 pp. 536-539.

⁹⁵ Los dos primeros incisos del citado precepto fundamental determinan: "1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. 2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establece..." Cfr. Luis María Cazorla Prieto, "Artículo 51", en la obra mencionada en la nota anterior, pp. 560-569.

terminadas;⁹⁶ b) el otorgamiento de legitimación a personas o asociaciones privadas y la facultad de acudir al proceso en representación de los citados 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 otros países de la *common law*, como Australia y Nueva Zelanda;⁹⁷ 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 desarrollo jurisprudencial en varios países de Europa continental.⁹⁸

76. Por lo que se refiere a nuestros ordenamientos, podemos señalar una evolución que se inicia con la protección de los intereses de los consumidores, en particular de manera preventiva, y al respecto señalamos como ejemplo las leyes de protección y defensa del consumidor expedidas en Venezuela (5 de agosto de 1974)⁹⁹ y en Costa Rica (28 de febrero de 1975, con reformas en 1982),¹⁰⁰ así como la Ley Federal mexicana de Protección al Consumidor, de 19 de diciembre de 1975, en vigor a partir del 5 de febrero de 1976, con reformas recientes.¹⁰¹ En estos ordenamientos se establecen organismos especializados en la tutela de los derechos de consumidores frente a los proveedores de bienes y

⁹⁶ Cfr. Mauro Cappelletti, "The Role of the Ministère Public. The Prokuratura, and the Attorney General in Civil Litigation, with a Glance at other forms of Representation of Public and Group Interests in Civil Proceedings", en la obra publicada con la colaboración de J. A. Jolowicz, *Public Interest Parties and the Active Role of the Judge in Civil Litigation*, cit., *supra*, nota 83.

⁹⁷ Cfr. Mauro Cappelletti, Bryanth Garth y Nicoló Trocker, "Access to Justice. Variations and Continuity of a World-Wide Movement", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1982, pp. 679-681.

⁹⁸ Cfr. *Ibid.*, pp. 682-686.

⁹⁹ Cfr. entre otros, el Reglamento parcial número 2 de la citada Ley de Protección al Consumidor, publicado en la *Gaceta Oficial* de 31 de octubre de 1975.

¹⁰⁰ La citada Ley de Costa Rica de 1975 fue sustituida por la diversa Ley de Protección al Consumidor publicada el 26 de octubre de 1982. Debiendo tomarse en cuenta también la expedición de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 22 de septiembre del propio año de 1982, que estableció, como una dependencia de esta institución, a la *Procuraduría de Defensa del Consumidor*.

¹⁰¹ Este ordenamiento sufrió reformas sustanciales a través del decreto legislativo promulgado el 18 de diciembre de 1984, publicado el 7 de febrero de 1985. 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, México, 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, UNAM, México, 1979, pp. 37-54, y reproducido posteriormente en su libro *Estudios de derecho procesal*, UNAM, México, pp. 253-279.

servicios, pero sin llegar a la tutela procesal, pues sólo funcionan como asesores y en ciertos casos como conciliadores y árbitros.

77. Un ejemplo que nos parece significativo en esta evolución consiste en la utilización de la *acción popular* prevista por el artículo 153, párrafo 31, de la Constitución brasileña en vigor, reglamentado por la ley 4717 de 29 de junio de 1965. Dicha institución tiene por objeto la anulación de actos lesivos al patrimonio de las entidades públicas; pero la citada ley la regula 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 se emplea válidamente, de acuerdo con la jurisprudencia, por personas y asociaciones que promueven la protección procesal de los intereses de grupos indeterminados relacionados con el medio ambiente, el desarrollo urbano y el patrimonio artístico y cultural.¹⁰²

78. No existe un desarrollo evidente en nuestros ordenamientos y sólo en forma incipiente puede señalarse un reconocimiento jurisprudencial de algunos aspectos limitados de tutela procesal de los intereses colectivos que se han analizado en los párrafos anteriores, por lo que es preciso dar mayor flexibilidad a los conceptos tradicionales de acción y legitimación procesales.

79. Algunas soluciones importantes se propusieron en el citado Congreso Nacional argentino de La Plata de 1981, que no sólo se refieren a la protección procesal, sino en general a la tutela jurídica de los intereses difusos, incluyendo el establecimiento de funcionarios defensores similares al *Ombudsman* escandinavo así como conciliadores profesionales. Por lo que respecta al proceso en estricto sentido, se recomendó el reconocimiento de la legitimación procesal de las asociaciones que en forma regular tengan por objeto asegurar la defensa y preservación de los aludidos intereses, legitimación que debe extenderse a los particulares interesados en esa tutela. También se propuso la introducción de vigorosas medidas cautelares para evitar la consumación de los daños que pudiesen sufrir los mencionados intereses, y modificar los alcances de la cosa juzgada, para que la sentencia pudiese comprender a todos los que demuestren su interés colectivo.¹⁰³

¹⁰² Cfr. José Carlos Barbosa Moreira, "A Ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdiccional dos chamados 'interesses difusos'", en la obra *Studi in onore di Enrico Tullio Liebman*, vol. V, Giuffrè, Milán, 1979, pp. 2673-2692; *id.*, "Legitimación para la defensa de los intereses difusos", en la obra *XI Congreso Nacional de Derecho Procesal* cit., *supra*, nota 16, pp. 1228-1240.

¹⁰³ Las mencionadas recomendaciones se consignan en la obra citada en la nota anterior, tomo II, pp. 1430-1432.

80. Tenemos el convencimiento de que varias de estas recomendaciones podrían tener resultados satisfactorios en el movimiento de protección de intereses difusos que hemos destacado, y al respecto estimamos que debe tomarse como modelo de reforma para los ordenamientos iberoamericanos, al menos por lo que respecta al proceso civil, el artículo 53 del anteproyecto de Código Modelo para América Latina redactado por los destacados procesalistas uruguayos Adolfo Gelsi Bidart y Enrique Véscovi:

(*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, estarán *legitimados* indistintamente para promover el proceso pertinente, el ministerio público, cualquier interesado y las instituciones o asociaciones que a juicio del tribunal garanticen una adecuada defensa del *interés comprometido*.

V. EL DEBIDO PROCESO LEGAL

81. El debido proceso legal es la traducción del concepto angloamericano del *due process of law*, consagrado expresamente en las enmiendas V y XIV de la Constitución de los Estados Unidos introducidas en 1789 y 1868, respectivamente, con una gran repercusión, especialmente la primera de ellas, en los ordenamientos constitucionales de Latinoamérica, tomando en cuenta también la tradición española del proceso legal o derecho de audiencia, y que por ello también se conoce como "derecho de defensa en juicio".¹⁰⁴

82. En realidad, como lo hemos sostenido con anterioridad (ver *supra* párrafo 37), el derecho de defensa, audiencia o debido proceso, no puede desvincularse de la acción procesal, puesto que la misma tiene carácter bilateral, y no podemos concebir actualmente esta última si no se ejercita a través de un procedimiento que permita la adecuada defensa de las dos partes, puesto que la propia acción implica no sólo el inicio sino la continuación del proceso hasta sus últimas etapas, incluyendo la ejecución, con excepción de la de carácter penal.¹⁰⁵

¹⁰⁴. *Cfr.*, entre otros autores, sobre la repercusión de este principio del debido proceso legal en los regímenes constitucionales latinoamericanos: Humberto Quiroga Lavié, *Derecho constitucional*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1978, pp. 184-185; Pablo A. Ramella, *Derecho constitucional*, 2a. ed., De Palma, Buenos Aires, 1982, pp. 485-488; José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, 2a. ed., Editora dos Tribunais, São Paulo, 1984, pp. 564-565; Ada Pellegrini Grinover, *Os princípios constitucionais*, cit., *supra*, nota 8, pp. 8-11.

¹⁰⁵ *Cfr.* Héctor Fix-Zamudio, *El derecho constitucional a la justicia*, cit., *supra*, nota 37, p. 297.

83. Aislemos, para efectos de estudio, el debido proceso legal. Esta institución es sumamente compleja y abarca numerosos aspectos que han sido desarrollados por la jurisprudencia de muy diversa manera en los distintos ordenamientos que la consagran, pues comprende tanto aspectos sustantivos, como lo puso de relieve la obra clásica del notable jurista argentino Juan Francisco Linares: *Razonabilidad de las leyes. El "debido proceso" como garantía innominada en la Constitución Argentina*,¹⁰⁶ y numerosas facetas procesales en el penetrante libro del procesalista italiano Vincenzo Vigoriti, *Garanzie costituzionali del processo civile. Due Process of Law e Art. 24 Cost.*¹⁰⁷

84. En tal virtud, y en forma muy superficial, podemos afirmar que el debido proceso legal, derecho de audiencia o de defensa en juicio, comprende, en sus aspectos procesales, numerosas instituciones relacionadas tanto con las partes como con la jurisdicción, puesto que, en este último sentido, no puede existir una adecuada defensa en un proceso que se siga ante tribunales de excepción, o cuando carezcan de independencia o imparcialidad.¹⁰⁸

85. Prácticamente todos los ordenamientos constitucionales de Iberoamérica consagran el derecho de audiencia o defensa procesales, pero en vía de ejemplo hagamos mención de los más recientes.

Además, nos concretaremos a destacar aquellos aspectos del procedimiento que consideramos más relevantes de acuerdo con la evolución de carácter social, que supera el concepto puramente formal del procesalismo clásico. En esta dirección, examinemos el carácter público del procedimiento; el juez natural; la igualdad efectiva de las partes; la oportunidad probatoria; las providencias cautelares; la fundamentación del fallo y el control constitucional del proceso.

86. Antes de analizar estos aspectos relevantes, es preciso señalar que, históricamente, las constituciones modernas, a partir de la norteamericana, en sus primeras enmiendas, así como las revolucionarias francesas, consagraron los derechos del acusado en el proceso penal y todavía existe esta preeminencia en los ordenamientos fundamentales de nuestra época, incluyendo la jurisprudencia, si tomamos en consideración que los lineamientos esenciales que señaló la Corte Suprema

¹⁰⁶ Astrea, 2a. ed., Buenos Aires, 1970, 241 pp.

¹⁰⁷ Giuffrè, Milán, 1970, 183 pp.

¹⁰⁸ Uno de los aspectos esenciales de los pactos o convenciones internacionales en cuanto al derecho de defensa en juicio o debido proceso legal, se refiere a la independencia e imparcialidad del tribunal, y en este sentido debemos mencionar lo dispuesto por los artículos 6o. del Convenio Europeo; 14, del Pacto de las Naciones Unidas sobre derechos civiles y políticos, y 8o., inciso 1, del Convenio de San José, cuya parte conducente fue transcrita en las notas 50, 51 y 52 de este trabajo, y en los cuales se hace referencia expresa a un *juez o tribunal independiente e imparcial*.

Federal de los Estados Unidos en su interpretación reciente del debido procesal legal de las citadas enmiendas V y XIV, se refirió de manera predominante al procedimiento penal, como lo demuestra el admirable desarrollo de esta institución por la llamada Corte Warren (1953-1969).¹⁰⁹

87. A) *La publicidad del proceso* es uno de los elementos indispensables de su eficacia, pero aun cuando ello nos parezca obvio como una característica del proceso moderno frente al secreto del juicio inquisitorio, ha sido necesario reiterarlo en varios ordenamientos constitucionales de nuestra época y aun en documentos internacionales de derechos humanos, por las constantes recaídas en que incurren los regímenes autoritarios en la ocultación del procedimiento, que se vincula, como lo veremos más adelante, con la sustracción de la causa de los jueces ordinarios para encomendarlos a los de carácter militar.

88. Para no citar sino algunos ejemplos recientes, los artículos 211 de la carta portuguesa de 1976, reformada en 1982, y el 120, inciso 1, de la Constitución española de 1978, regulan la publicidad general de las actuaciones judiciales, salvo excepciones determinadas por la ley.¹¹⁰ Los artículos 233, inciso 2, y 22 respectivamente, de las leyes fundamentales de Perú de 1979 y Panamá de 1972, según la reforma de 1983, establecen la publicidad, salvo excepciones, pero sólo para los procesos de carácter penal.¹¹¹

¹⁰⁹ Un buen resumen de la actuación de la Corte Suprema Federal presidida por Earl Warren, especialmente en cuanto a la tutela de la quinta enmienda constitucional en el proceso penal, *cf.* Lêda Bochart Rodrigues, *La Suprema Corte y el derecho constitucional norteamericano*, trad. de Justo Pastor Benítez, Promaca, México, 1965, pp. 210-219.

¹¹⁰ El citado artículo 211 de la carta portuguesa, en su texto actual dispone: "Las audiencias de los tribunales son públicas, salvo cuando el propio tribunal decida lo contrario en una resolución fundamentada, para la salvaguarda de la dignidad de las personas y de la moral pública o para garantizar su funcionamiento normal". En cuanto el artículo 120, inciso 1, de la carta española, establece: "Las actuaciones judiciales serán públicas con las excepciones que prevén las leyes de procedimiento".

¹¹¹ El artículo 233, inciso 3, de la carta peruana de 1979 preceptúa: "Son garantías de la administración de justicia: . . . 3. *La publicidad en los juicios penales.* Los tribunales pueden deliberar en reserva con la presencia de todos sus miembros, pero las votaciones son públicas. Sólo por razones de moralidad, orden público o seguridad nacional o cuando están de por medio intereses de menores, o la vida privada de las partes, o cuando la publicidad menoscaba la recta administración de justicia, pues los tribunales, por decisión unánime de sus miembros, pueden disponer que el juicio o parte de él se sustancie en privado. *Los juicios por responsabilidad de funcionarios públicos, por delitos de prensa y los que se refieran a derechos fundamentales garantizados por la Constitución, siempre serán públicos . . .*". A su vez, la parte conducente del artículo 22 de la carta panameña determina: ". . . Las personas acusadas de haber cometido un delito tienen derecho a que se presuma su inocencia mientras no se prueba su culpabilidad en juicio público que le haya asegurado todas las garantías establecidas para su defensa . . ."

89. También los tratados internacionales sobre derechos humanos de los cuales son signatarios la mayoría de los gobiernos iberoamericanos y que regulan el derecho de acción procesal (ver *supra* párrafo 35), disponen expresamente la publicidad de las actuaciones judiciales, y en este sentido podemos mencionar los artículos 14, inciso I, del Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos; 6o. inciso I, del Convenio de Roma, y 8o., inciso I, de la Convención de San José.

90. Dentro del principio de la publicidad del proceso, en particular en materia penal, debemos señalar otros dos aspectos secundarios, pero no por ello menos importantes: a) la publicidad o notificación del objeto del proceso a las partes, y b) el principio de la oralidad.

91. a) Los medios de comunicación o *notificación* a las partes sobre el contenido u objeto del proceso son de gran importancia en las *etapas previas* a los *procesos penal y administrativo*, pues el conocimiento que tengan el acusado o el administrado respecto de la materia de la controversia influye decisivamente sobre su derecho de defensa en el proceso respectivo.

92. El procedimiento administrativo no se ha caracterizado por su publicidad, por lo que es preciso realizar modificaciones esenciales para tutelar los derechos e intereses legítimos de los administrados, que como señala con penetración el distinguido tratadista español Jesús González Pérez, son los grandes olvidados del ordenamiento jurídico,¹¹² y por ello no sólo deben estar bien informados por las autoridades respectivas, sino además requieren de orientación y asesoría de acuerdo con los adelantos de las leyes más recientes sobre el procedimiento administrativo, entre las cuales destaca la federal alemana de 1977.¹¹³

93. Pero la situación es todavía más apremiante en el procedimiento penal, especialmente en el periodo de la investigación previa, pues no obstante que las constituciones iberoamericanas han establecido en su gran mayoría, inclusive con minuciosidad, los derechos del acusado, y señalan la obligación de las autoridades que realizan dicha investigación de comunicarle los motivos de la detención cuando ésta se produce; la práctica de esta obligación resulta poco eficaz, y lo mismo sucede con el asesoramiento, que generalmente se proporciona hasta que no se inicia la etapa procesal propiamente dicha, es decir, cuando ya se ha ejercitado la acción penal. En este sentido resulta conveniente tomar

¹¹² *El administrado*, Madrid, 1971, p. 19.

¹¹³ Cfr. Franz Mayer, "La Ley sobre Procedimiento Administrativo en la República Federal de Alemania", trad. de Fausto E. Rodríguez García, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 33, septiembre-diciembre de 1978, pp. 399-405; Klaus Obermayer, "La Legge sul Procedimento Amministrativo nella Repubblica Federale Tedesca", trad. de Beatrice Magnus, *Amministrare*, Milán, julio-septiembre de 1978, pp. 197-207.

en consideración la interpretación de la Suprema Corte Federal a las enmiendas V y XIV de la Constitución de los Estados Unidos (ver *supra* párrafo 81) en los conocidos fallos pronunciados en los casos de *Escobedo versus Illinois* (1964)¹¹⁴ y *Miranda versus Arizona* (1965),¹¹⁵ que establecen la ilegalidad de toda detención si no se informa al acusado sobre sus derechos de carácter constitucional.

94. En la materia penal las disposiciones constitucionales son generalmente explícitas en cuanto a la obligación de dar a conocer al acusado el objeto del procedimiento, pero se requiere un cambio de la jurisprudencia tradicional sobre la práctica de ese derecho de información, de tal manera que el acusado pueda hacer valer sus derechos inclusive en el periodo de investigación previa.¹¹⁶

95 b) El segundo aspecto de la publicidad procesal es el relativo a la *oralidad*, muy debatido en la doctrina iberoamericana, puesto que constituye una aspiración sobre la cual se insiste de manera constante pero muy difícil de alcanzar, así sea en una proporción moderada, ya que se ha estrellado contra el muro de una tradición contraria, que puede calificarse de "desesperadamente escrita".¹¹⁷

¹¹⁴ Sobre el caso Escobedo pueden consultarse: Paul J. Mishkin, "The Supreme Court 1964 Term. Foreword: The High Court, the Great Writ and Due Process of Time and Law", y el comentario: "Development in the Law. Confessions", ambos trabajos en *Harvard Law Review*, noviembre de 1965, pp. 95-102, y marzo de 1966, pp. 999-1024, respectivamente.

¹¹⁵ En relación con el fallo dictado en el caso Miranda, *cfr.* Archibald Cox, "The Supreme Court 1965 Term. Foreword: Constitutional Adjudication and the Promotion of Human Rights", *Harvard Law Review*, noviembre de 1966, pp. 201-207; Yale Kamisar, "A dissent from the Miranda Dissents: Some Comments on the 'New Fifth Amendments and the Voluntariness Test'", *Michigan Law Review*, noviembre de 1966, pp. 59-104.

¹¹⁶ Como ejemplos podemos citar el artículo 17, inciso 3, de la Constitución española de 1978: "Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca..." El párrafo primero del artículo 22 de la Constitución panameña de 1972, reformada en 1983, dispone: "Toda persona detenida debe ser informada inmediatamente y en forma que le sea comprensible, de las razones de su detención y de sus derechos constitucionales y legales correspondientes..." El artículo 16, inciso i, de la carta ecuatoriana de 1978 determina: "Toda persona es informada inmediatamente de la causa y de las razones de su detención..." El artículo 80. de la Constitución guatemalteca de 1985 establece: "*Derecho del detenido.* Todo detenido deberá ser informado inmediatamente de sus derechos en forma que le sean comprensibles, especialmente que pueda preverse de un defensor, el cual podrá estar presente en todas las diligencias policiales y judiciales. El detenido no podrá ser obligado a declarar sino ante autoridad judicial competente". También se pueden mencionar, por contener disposiciones similares las cartas de Perú (1979), art. 20, inciso h); Honduras (1982), artículo 84; y El Salvador (1983), artículo 12.

¹¹⁷ *Cfr.* Santiago Sentís Melendo, "El nuevo Código Procesal Civil y Comercial de la Nación argentina (Ley 17,454)", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, Madrid, 1969, p. 978, quien a su vez parafrasea una expresión de Eduardo J. Couture.

96. Debemos recordar que el magnífico proyecto del ilustre Eduardo J. Couture publicado en 1945, con gran influencia en el procesalismo latinoamericano,¹¹⁸ puso de relieve esta aspiración hacia la oralidad en el proceso civil y los obstáculos de la realidad latinoamericana, optando por un sistema moderado, que es el que ha inspirado a los autores de los códigos más recientes.¹¹⁹

97. No obstante la situación poco favorable a la propia oralidad, la misma se ha proclamado en varios congresos procesales, entre los cuales pueden señalarse las Segundas y las Quintas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal (México, 1960 y Bogotá, 1970, respectivamente), en las que se advierte la convicción de los juristas iberoamericanos sobre la oralidad como el único instrumento adecuado para realizar los principios de *publicidad*, *inmediación* y *concentración* del proceso, en virtud de que el predominio absoluto de la escritura ha producido los resultados contrarios.¹²⁰

98. Dos preceptos constitucionales recientes reconocen implícitamente las dificultades de la implantación de la oralidad: el artículo 120, inciso 2, de la Constitución española de diciembre de 1978, establece que el procedimiento será *predominantemente oral*, sobre todo en materia criminal, en tanto que el artículo 233, inciso 3, de la carta peruana de 1979, impone la *publicidad* (es decir, la oralidad), exclusivamente en los juicios penales.¹²¹ Es sintomático lo dispuesto por el artículo 93 de la carta fundamental ecuatoriana de 1978, en el sentido de que las leyes procesales "*adoptarán en lo posible el sistema oral*".

99. B) *El juez natural*. Este principio, que forma parte del derecho más recientes sobre esta materia que recogen la experiencia de las llamadas garantías judiciales examinadas con profundidad en la ponencia del profesor Almagro Nosete, por lo que sólo haremos una breve referencia. Respecto a su consagración constitucional, es tradicional en las constituciones iberoamericanas, pero asume particular trascendencia por las dolorosas experiencias de los regímenes autoritarios que han

¹¹⁸ Cfr. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, "Influencia en América del Proyecto Couture", en su libro *Estudios procesales*, Tecnos, Madrid, 1975, pp. 384-409.

¹¹⁹ Cfr. Eduardo J. Couture, *Proyecto de Código de Procedimiento Civil, con exposición de motivos*, Depalma, Buenos Aires, 1945, pp. 62-72.

¹²⁰ Al efecto pueden consultarse los trabajos y las discusiones sobre el tema en el Primer Congreso Mexicano y Segundas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal, México, febrero de 1960, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, enero-diciembre de 1960, pp. 643-752.

¹²¹ Sobre el alcance de la disposición de la carta española, puede consultarse el análisis de José Manuel Serrano Alberca, "Artículo 120", *Comentarios a la Constitución*, cit., *supra*, nota 75, pp. 1249-1251. El precepto de la Constitución peruana fue transcrito, *supra*, nota 111.

predominado, aun cuando se han superado paulatinamente, tanto en nuestro continente como en la península ibérica.

100. El principio del derecho de los justiciables al juez natural o competente tiene un doble significado: por una parte implica la supresión de los tribunales de excepción y por la otra la prohibición de que una persona sea sustraída del juez competente para ser sometida a un tribunal diverso, generalmente militar. Como lo hemos hecho en otras ocasiones, por la imposibilidad de examinar todas las cartas fundamentales iberoamericanas, señalaremos en vías de ejemplo las disposiciones más recientes sobre esta materia que recogen la experiencia de los gobiernos autoritarios.¹²²

101. Al respecto podemos señalar como significativos los preceptos contenidos en los artículos 32, inciso 7, y 218 de la Constitución de Portugal de 1976; 117, incisos 5 y 6, de la carta española de 1978; y 15, inciso d), de la ley fundamental ecuatoriana de 1978. Destacamos lo dispuesto por el ordenamiento español, en cuanto el principio de la unidad jurisdiccional está relacionado con el funcionamiento de los tribunales militares en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos del estado de sitio, lo que refleja el principio de que, salvo ciertos órganos judiciales especializados, la potestad de juzgar debe ser ejercida por los tribunales ordinarios. Esto se opone a la existencia de los tribunales de excepción, limitándose la esfera de competencia de los tribunales militares;¹²³ principio que significa al mismo tiempo la supresión de los tribunales políticos, como el de orden público, y los de urgencia regulados por la legislación española de la época franquista.¹²⁴

102. C) *La igualdad efectiva de las partes*. Debe considerarse uno de los aspectos esenciales del debido proceso legal o derecho de defensa judicial, como aplicación del principio genérico de la igualdad de los gobernados ante la ley, consagrado por el artículo primero de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.¹²⁵

¹²² Prácticamente todas las constituciones iberoamericanas consagran el derecho al juez natural y al respecto pueden consultarse las que consignamos en nuestro trabajo, *Constitución y proceso civil*, cit., *supra*, nota 67, p. 36. A las anteriores agregamos las constituciones más recientes: Ecuador (1978), artículo 16, inciso d); Perú (1979), artículo 20, inciso l); Honduras (1982), artículo 90; Panamá (1972, reformada en 1983), artículo 32; El Salvador (1983), artículo 15; y Guatemala (1985), artículo 12.

¹²³ Cfr. José Serrano Alberca, "Artículo 117", *Comentarios a la Constitución*, cit., *supra*, nota 75, pp. 1213-1231.

¹²⁴ Cfr. Jesús González Pérez, *Comentarios a la Ley de Orden Público*, Abella, Madrid, 1971, pp. 373-395.

¹²⁵ De acuerdo con el artículo primero de la citada Declaración de 1789: "Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derecho. Las distinciones sociales no pueden fundarse sino en la utilidad común". Sobre el concepto de igualdad, cfr. el libro fundamental de R. H. Tawney, *La igualdad*, trad. de Francisco Giner de los Ríos, FCE, México, 1945, pp. 19-63.

103. Esta igualdad procesal de las partes es diversa en el régimen individualista, liberal y predominantemente dispositivo del proceso civil tradicional, respecto del que pretende establecer la corriente contemporánea del procesalismo científico, que persigue la superación de situaciones formalistas como son las que han predominado en los códigos latinoamericanos inspirados en la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1881. En tal virtud, la exigencia de dos partes equidistantes, iguales y contrapuestas, se ha interpretado de diversas maneras, según el contexto político-jurídico imperante en una época histórica, y en este sentido podemos parafrasear al insigne Piero Calamandrei (ver *supra* párrafo 38) sobre la "relatividad del contradictorio", de acuerdo con su concepto del "nuevo significado del principio de igualdad de las partes".¹²⁶

104. Aun cuando en los códigos latinoamericanos más recientes se ha pretendido superar el criterio formal de la igualdad de las partes en el proceso civil, especialmente en los aspectos relativos a la tutela de las relaciones familiares y de la situación de los menores e incapacitados,¹²⁷ advertimos con mayor claridad esta evolución en los instrumentos procesales que, además de los relativos al asesoramiento jurídico y judicial (ver *supra* párrafos 41 a 65), tutelan a la parte débil en el proceso, como ocurre con el trabajador en los conflictos laborales y el acusado en el enjuiciamiento penal. Al respecto destacan las profundas reflexiones del notable procesalista uruguayo Eduardo J. Couture, sobre el principio de "igualdad por compensación" para lograr el equilibrio de las partes en el proceso del trabajo,¹²⁸ pero que también tiene aplicación en el proceso penal por conducto del principio denominado *in dubio pro reo*, que tiene aplicación tanto en el contenido del fallo como también en el procedimiento.¹²⁹

105. Otro principio que consagran la mayoría de las constituciones iberoamericanas es el relativo a la *presunción de inocencia* del acusado

¹²⁶ *Instituciones de derecho procesal civil según el nuevo Código*, trad. de Santiago Sentís Melendo, EJEA, Buenos Aires, 1962, tomo I, pp. 417-421.

¹²⁷ Cfr. Hector Fix-Zamudio, "Las facultades directivas del juez en el ordenamiento procesal mexicano", en la obra colectiva *Estudios jurídicos en memoria de Roberto L. Mantilla Molina*, Porrúa, México, 1984, pp. 284-293.

¹²⁸ "Algunas nociones fundamentales del derecho procesal del trabajo", en su libro *Estudios de derecho procesal civil*, Ediar, Buenos Aires, 1948, tomo I, pp. 275-276.

¹²⁹ Cfr. Santiago Sentís Melendo, *In dubio pro reo*, Buenos Aires, 1971, 219 pp. Este principio fue establecido de manera expresa en el artículo 233, inciso 7, de la Constitución peruana de 1979, en cuanto dispone: "Son garantías de la administración de justicia: ... 7. La aplicación de lo más favorable al reo en caso de duda o de conflicto en el tiempo de leyes penales ..."

en el proceso penal,¹³⁰ con importantes repercusiones procesales, como lo ha señalado el tratadista español José Luis Vázquez Sotelo en documentado estudio monográfico publicado recientemente.¹³¹

106. Un ejemplo más de esta tendencia hacia el establecimiento de lineamientos tutelares para la parte débil con el propósito de lograr un verdadero equilibrio de las partes en diversas ramas del proceso, se advierte en las modificaciones que se han efectuado en la fracción II del artículo 107 de la Constitución mexicana vigente de 1917, que regula la institución denominada *suplencia de la queja*, sobre la facultad, e inclusive en ciertas hipótesis, la obligación del juez federal de amparo, para corregir los errores en que incurran los justiciables que carecen de asesoramiento adecuado al iniciar o proseguir el juicio de amparo, que es la culminación de todos los procesos.

107. Esta institución surgió en el texto original de la carta federal sólo en beneficio del acusado en el amparo penal, pero se extendió paulatinamente en 1951 para tutelar a los trabajadores y a los afectados por actos que se apoyen en leyes declaradas inconstitucionales por la jurisprudencia obligatoria de la Suprema Corte de Justicia; en 1962 para proteger a los campesinos (ejidatarios y comuneros), sujetos al régimen de reforma agraria, y en 1974 para tutelar a los menores e incapacitados en las controversias civiles y mercantiles. En los dos últimos supuestos la citada suplencia comprende también la obligación del juez del amparo para aportar al juicio las pruebas necesarias que no pudieron presentar, por carencia de asesoramiento, dichos sujetos procesales.¹³²

108. D) *Oportunidad probatoria*. Este principio significa la oportunidad equilibrada y razonable que debe otorgarse a las partes para ofrecer, y en su caso intervenir, en el desahogo de los medios de prueba, tomando en consideración que los elementos de convicción poseen trascendencia esencial en el proceso, pues de los mismos depende el contenido de la sentencia.¹³³ En tal virtud, uno de los aspectos esencia-

¹³⁰ Como ejemplo y para no citar sino las constituciones más recientes, consignan expresamente la *presunción de inocencia* de los inculcados en el proceso penal, los siguientes preceptos de las cartas de Ecuador (1978), artículo 16; Perú (1979), artículo 20, fracción 20, inciso f); Honduras (1982), artículo 89; Panamá (1972-1983), artículo 22, segundo párrafo; El Salvador (1983), artículo 12; y Guatemala (1985), artículo 14.

¹³¹ *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal*, Barcelona, Bosch, 1984, esp. pp. 241-523.

¹³² Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "Las facultades directivas del juez en el ordenamiento mexicano", en la obra *Estudios jurídicos en memoria de Roberto L. Mantilla Molina*, Porrúa, México, 1984, pp. 293-295.

¹³³ Así lo señalaba expresamente el ilustre procesalista uruguayo Eduardo J. Couture, en su magnífico *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*, Depalma, Buenos Aires, 1945, p. 74.

les del derecho de defensa es la facultad y la posibilidad de los justiciables para demostrar en forma amplia y suficiente el fundamento de sus pretensiones.

109. Como no sería posible analizar todos los sectores que implica la citada oportunidad probatoria, que hemos examinado en otro trabajo, al menos por lo que se refiere a los ordenamientos latinoamericanos,¹³⁴ nos concentraremos en uno de los problemas de mayor significado en la evolución procesal iberoamericana, que sólo en época reciente ha despertado el interés y la preocupación de la doctrina y la jurisprudencia de Iberoamérica. Nos referimos al problema de la admisión y valoración de las pruebas obtenidas ilegalmente, no sólo en el procedimiento penal sino también en otras ramas de enjuiciamiento, y que ha sido objeto de un desarrollo muy significativo en numerosos ordenamientos contemporáneos tanto angloamericanos como en los de Europa continental.¹³⁵

110. La doctrina iberoamericana se ha ocupado hace poco tiempo de la cuestión de las pruebas obtenidas ilegalmente, y en particular respecto del proceso penal,¹³⁶ y en el mismo sentido algunas disposiciones constitucionales, también actuales, han establecido la prohibición de admitir y tomar en consideración este tipo de elementos de convicción en el enjuiciamiento criminal, según lo dispuesto por los artículos 32, inciso 6, de la Constitución portuguesa de 1976, reformada en 1982¹³⁷ y 233, inciso 12, de la carta peruana de 1979.¹³⁸

111. E) *Providencias precautorias*. Las constituciones iberoamericanas no hacen referencia expresa a los lineamientos generales a las providencias precautorias o medidas cautelares, pero las mismas deben considerarse implícitas en el derecho de defensa de las partes, puesto que tales instrumentos, como lo puso de relieve el clásico estudio de

¹³⁴ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Constitución y proceso civil*, cit., *supra*, nota 67, pp. 82-86.

¹³⁵ Cfr. Mauro Cappelletti y William Cohen, "Illegally Obtained Evidence", *Comparative Constitutional Law (Cases and materials)*, Bobbs-Merrill, Indianapolis, Nueva York-Charlottesville, Virginia, 1979, pp. 493-561.

¹³⁶ Pero también se ha iniciado el examen del problema en el proceso civil, como lo demuestra el excelente estudio de Enrique Véscovi, "Premisas para la consideración del tema de la prueba ilícita", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, Madrid, abril-junio de 1970, pp. 341-370.

¹³⁷ Dicho precepto que se refiere a las garantías del proceso penal, dispone en su inciso 6o.: "Son nulas todas las pruebas obtenidas mediante tortura, coacción, afectación de la integridad física o moral de la persona, intromisión abusiva en la vida privada, en el domicilio, en la correspondencia o en las telecomunicaciones".

¹³⁸ Esta disposición determina: "Son garantías de la administración de justicia: 12. La invalidez de las pruebas obtenidas por coacción ilícita, amenaza o violencia en cualesquiera de sus formas..."

Piero Calamandrei,¹³⁹ tienen por objeto evitar daños de difícil, y en ocasiones de imposible reparación, que se pueden ocasionar a las partes en el transcurso de la tramitación del proceso, y además, *asegurar la eficacia de la resolución de fondo*.

112. Sin embargo, varias normas constitucionales consagran algunos aspectos de dichas providencias, y entre ellas destaca el artículo 107 de la Constitución federal mexicana, fracciones X y XI,¹⁴⁰ que regulan el procedimiento de las providencias cautelares bajo el nombre de "suspensión del acto reclamado", institución que ha sido objeto de abundante bibliografía,¹⁴¹ inclusive por parte de juristas de otros países iberoamericanos,¹⁴² e implica, de acuerdo con las diversas materias procesales que culminan en el citado juicio de amparo, que el solicitante pueda impedir que se ejecuten los actos o resoluciones impugnadas en amparo, y en ocasiones, inclusive lograr efectos constitutivos de acuerdo con lo que la doctrina califica como "amparo provisional".¹⁴³

113. Dentro de esta materia debemos destacar la regulación constitucional de las medidas cautelares esenciales dentro del proceso penal, como lo son, por una parte, la detención y la prisión preventivas, y

¹³⁹ *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1945, pp. 31-68.

¹⁴⁰ De acuerdo con el citado precepto fundamental: "Todas las controversias de que habla el artículo 103 (relativas al juicio de amparo) se sujetarán a los procedimientos y formas del orden jurídico que determine la ley, de acuerdo con las bases siguientes: . . . X. *Los actos reclamados podrán ser objeto de suspensión* en los casos y mediante las condiciones y garantías que determine la ley, para lo cual se tomará en cuenta la naturaleza de violación alegada, la dificultad de reparación de los daños y perjuicios que pueda sufrir el agraviado con su ejecución, los que la suspensión origine a terceros perjudicados y el interés público. Dicha suspensión deberá otorgarse respecto de las sentencias definitivas en materia penal al comunicarse la interposición del amparo, y en materia civil, mediante fianza que dé el quejoso para responder los daños y perjuicios que tal suspensión ocasionare, la cual quedará sin efecto si la otra parte da contrafianza para asegurar la reposición de las cosas al estado que guardaban si se concediese el amparo, y a pagar los daños y perjuicios consiguientes; XI. La suspensión se pedirá ante la autoridad responsable cuando se trate de amparos directos ante la Suprema Corte de Justicia o los tribunales colegiados de circuito, en cuyo caso el agraviado le comunicará a la propia autoridad responsable, dentro del término que fije la ley y bajo protesta de decir verdad, la interposición del amparo, acompañando dos copias de la demanda, una para el expediente y otra que se entregará a la parte contraria. En los demás casos conocerán y resolverán sobre la suspensión los juzgados de distrito . . ."

¹⁴¹ Entre otros, *cf.* Ricardo Couto, *Tratado teórico-práctico de la suspensión en el juicio de amparo*, 4a. ed., Porrúa, México, 1983; Ignacio Soto Gordo y Guillermo Liévana Palma, *La suspensión del acto reclamado en el juicio de amparo*, Porrúa, México, 1959; Alfonso Trueba, *La suspensión del acto reclamado. La providencia cautelar en el juicio de amparo*, Jus, México, 1975.

¹⁴² Especialmente los tratadistas argentinos, pudiendo mencionarse entre otros, Germán J. Bidart Campos, *Régimen legal y jurisprudencia del amparo*, Ediar, Buenos Aires, 1968, pp. 327-336; y José Luis Lazzarini, *El juicio de amparo, La Ley*, Buenos Aires, 1967, pp. 311-322.

¹⁴³ *Cfr.* Ricardo Couto, *Tratado teórico-práctico*, cit., *supra*, nota 141, pp. 217-244.

por la otra, la libertad caucional o provisional. Por lo que respecta a la primera, no existe precisión en la mayoría de los textos que la consagran, y en vía de ejemplo mencionamos los artículos 28, inciso 1, de la Constitución portuguesa;¹⁴⁴ 17, inciso 2, de la carta española;¹⁴⁵ 20., fracción 20, inciso g) de la ley fundamental peruana; y 21, tercer párrafo de la panameña, los que establecen que dicha detención no puede exceder de cuarenta y ocho o setenta y dos horas, respectivamente, en los dos primeros ordenamientos; y de veinticuatro en los otros dos.¹⁴⁶

114. La Constitución federal mexicana no regula la privación de la libertad personal para efectos de investigación, puesto que el artículo 16 consagra el principio general de que ninguna detención puede efectuarse sin orden judicial, salvo delito flagrante o en los lugares donde no exista autoridad judicial, pero con entrega inmediata del acusado ante el juez respectivo.¹⁴⁷ A su vez, el artículo 19 de la propia Constitución obliga a la autoridad judicial a decidir, dentro de los tres días

¹⁴⁴ Según esta disposición: "(Prisión preventiva). 1. La prisión preventiva sin culpabilidad comprobada deberá ser sometida, en el plazo máximo de cuarenta y ocho horas, a decisión judicial para su revocación o mantenimiento, debiendo el juez conocer las causas de la detención y comunicarlas al detenido, interrogarlo y darle oportunidad de defensa..."

¹⁴⁵ El mencionado artículo 17, inciso 2, de la carta española, preceptúa: "2. La detención preventiva no puede durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendientes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial..."

¹⁴⁶ La disposición de la carta peruana establece: "Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del Juez o por las autoridades policiales en flagrante delito. En todo caso el detenido debe ser puesto, dentro de veinticuatro horas o en el término de la distancia, a disposición del juzgado que corresponda. Se exceptúan los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas en los que las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados, por un término no mayor de quince días naturales, con cargo de dar cuenta al Ministerio Público y al Juez quien puede asumir jurisdicción antes de vencido el término..." En su parte relativa, el precepto constitucional panameño, determina: "...Nadie puede estar detenido más de veinticuatro horas sin ser puesto a órdenes de la autoridad competente. Los servidores públicos que violen este precepto tienen como sanción la pérdida del empleo, sin perjuicio de las penas que para el efecto establezca la ley..." También debe mencionarse lo establecido por el segundo párrafo de la Constitución de El Salvador de 1983, según el cual: "La detención administrativa no excederá de setenta y dos horas, dentro de las cuales deberá consignarse al detenido a la orden del juez competente, con las diligencias que hubiera practicado..." Es todavía más exacto el artículo 60, de la carta guatemalteca de 1985, el cual en su parte conducente dispone: "... Los detenidos deberán ser puestos a disposición de la autoridad judicial competente en un plazo que no exceda de seis horas, y no podrán quedar sujetos a ninguna autoridad..."

¹⁴⁷ Cfr. Ignacio Burgoa, *Las garantías individuales*, 18a. ed., Porrúa, México, 1984, pp. 606-615; Humberto Briseño Sierra, *El artículo 16 de la Constitución mexicana*, UNAM, México, 1967; Olga Islas de González Mariscal, "La prisión preventiva en la Constitución mexicana", *Revista Mexicana de Justicia*, México, julio-agosto de 1982, vol. III, núm. 19.

posteriores al ejercicio de la acción penal, sobre la presunta responsabilidad del imputado, a fin de ponerlo en libertad o prolongar la detención.¹⁴⁸

115. Son escasas las disposiciones constitucionales iberoamericanas que consagran los lineamientos de la libertad caucional o provisional. Entre dichos preceptos destacamos los artículos 28, inciso 2; 93, y 19, fracción 7a., inciso e) de las constituciones portuguesa, hondureña y chilena de 1980, respectivamente (esta última al menos en teoría), en los cuales se estableció el principio de que la libertad caucional o provisional constituye la regla, y sólo cuando sea indispensable se mantiene la prisión o detención preventivas.¹⁴⁹

116. A este respecto, el artículo 20, fracción I, de la carta federal mexicana de 1917, regula con detalle los requisitos de la libertad caucional, pero en nuestra opinión lo hace de manera rígida a pesar de su reciente modificación, puesto que toma en cuenta como elemento esencial de su procedencia, la gravedad del delito que se imputa al procesado, y sólo de manera accesoria se aprecian las condiciones personales de este último.¹⁵⁰

117. Tenemos el convencimiento de que se requiere de una mayor reflexión sobre las medidas precautorias en materia penal, ya que sería conveniente precisar su alcance a fin de lograr un equilibrio entre los principios esenciales de la presunción de inocencia del acusado, por una parte, y la seguridad de la sociedad por la otra, de manera que

¹⁴⁸ Cfr. Ignacio Burgoa, *ibid.*, pp. 633-634.

¹⁴⁹ De acuerdo con el precepto de la Constitución portuguesa: "La prisión preventiva no se mantiene siempre que pueda ser substituida por caución o por medida de libertad provisional prevista en la ley". No obstante haber sido promulgada por un régimen autoritario, el artículo 19, fracción 7, inciso e), de la carta chilena de 1980 establece: "La libertad provisional procederá a menos que la detención o la prisión preventiva sea considerada por el juez como necesaria para las investigaciones del sumario o para la seguridad del ofendido o de la sociedad. La ley establecerá los requisitos y modalidades para obtenerla". A su vez el artículo 93 de la carta hondureña de 1982 determina: "Aun con auto de prisión, ninguna persona puede ser llevada a la cárcel ni detenida en ella, si otorga caución suficiente, de conformidad con la ley".

¹⁵⁰ El citado precepto dispone, en su parte conducente: "En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías: I. Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad provisional bajo caución que fijará el Juzgador, tomando en cuenta sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, *siempre que dicho delito, incluyendo sus modalidades, merezca ser sancionado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión, sin más requisito que poner la suma de dinero respectiva, a disposición de la autoridad judicial, u otorgar otra caución bastante para asegurarla, bajo la responsabilidad del Juzgador en su aceptación...*" Cfr. Sergio García Ramírez, *Curso de derecho procesal penal*, 4a. ed., Porrúa, México, 1983, pp. 477-488.

puedan resolverse los agudos problemas que se presentan en la práctica en perjuicio de la libertad personal.¹⁵¹

118. F) *Fundamentación del fallo*. Nos encontramos en esta materia con la imposibilidad de separar las garantías judiciales de las correspondientes a la eficacia del proceso, ya que el artífice del fallo es el juzgador, y de su preparación, capacidad y sensibilidad jurídicas —y también humanas— depende el resultado que se alcance en la culminación del proceso, que es precisamente la sentencia, y su consecuencia lógica y necesaria —con exclusión de los fallos puramente declarativos— que es la ejecución.

119. A este respecto, varias cartas fundamentales iberoamericanas establecen la exigencia expresa de su motivación y fundamentación, es decir, la obligación de los tribunales de incorporar a sus decisiones los razonamientos legales de acuerdo con los cuales deciden la controversia, con lo que se hace referencia al elemento lógico del fallo —y por nuestra parte agregaríamos también los fundamentos axiológicos, de acuerdo con el concepto moderno de la función jurisdiccional—¹⁵² que debe considerarse inseparable del mandato judicial contenido en la resolución.¹⁵³

120. En este sentido podemos señalar, también de manera ejemplificativa, varios preceptos de constituciones iberoamericanas que establecen la exigencia expresa de que los jueces motiven las sentencias, expresando los razonamientos en los cuales apoyan su decisión, pero algunos, además, requieren de la fundamentación, o sea que la citada motivación se apoye en las normas de la carta fundamental, de los ordenamientos legales, de su interpretación jurídica, o inclusive de los principios generales del derecho. Al respecto destacan las leyes fundamentales de Colombia (artículo 163);¹⁵⁴ España (artículo 120, inciso 3);¹⁵⁵ México (artículos 14 y 16);¹⁵⁶ Paraguay (artículo

¹⁵¹ Sobre esta materia puede consultarse el documentado libro de Jesús Rodríguez y Rodríguez, *La detención preventiva y los derechos humanos en derecho comparado*, UNAM, México, 1981, pp. 5-129.

¹⁵² Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "El juez ante la norma constitucional", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 57, enero-marzo de 1965, pp. 25-41.

¹⁵³ Cfr. Piero Calamandrei, "La génesis lógica de la sentencia civil" en el volumen *Estudios sobre el proceso civil*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1961, pp. 369-425.

¹⁵⁴ De acuerdo con este precepto: "Toda sentencia deberá ser motivada".

¹⁵⁵ "Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública".

¹⁵⁶ En los párrafos tercero y cuarto del artículo 14 constitucional se establece: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. 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". Por su parte, el primer párrafo del artículo 16

lo 204);¹⁵⁷ Perú (artículo 233, inciso 4);¹⁵⁸ y Portugal (artículo 210, inciso 1).¹⁵⁹

121. G) *Control constitucional del proceso*. Consideramos que el debido proceso legal o derecho de defensa de los justiciables culmina con el examen de la conformidad del procedimiento y de la sentencia, con los principios y normas constitucionales, tomando en consideración que la legalidad del proceso se examina a través de los medios de impugnación, incluyendo el recurso de casación que está regulado en la mayoría de los ordenamientos iberoamericanos, incluyendo el juicio de amparo contra resoluciones judiciales en el derecho mexicano, cuyos lineamientos se consagran en el artículo 107 constitucional.¹⁶⁰

122. Si los aspectos esenciales del procedimiento y de la sentencia están consagrados en los textos constitucionales, el derecho de defensa, también de carácter constitucional, comprende la facultad de los justiciables para combatir las violaciones a las disposiciones y principios fundamentales por parte de los jueces y tribunales. Este control constitucional está consagrado, aun cuando con numerosos matices, en casi todas las cartas fundamentales, de acuerdo con los dos grandes sistemas de justicia constitucional: el americano y el austriaco, que por otra parte no son incompatibles.¹⁶¹

123. No sería este el momento de realizar un examen, así fuese superficial, de los lineamientos de la justicia constitucional vinculada con el proceso, pero es suficiente señalar que la mayoría de las constituciones latinoamericanas han sido influidas decisivamente por la revisión

de la Constitución federal mexicana dispone en su parte conducente: "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 de procedimiento..."

¹⁵⁷ En su parte relativa dicho precepto determina: "Toda sentencia judicial estará fundada en esta Constitución y en la ley..."

¹⁵⁸ Según esta disposición: "Son garantías de la administración de justicia: ... 4. La motivación escrita de las resoluciones en todas las instancias, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos en que se sustentan..."

¹⁵⁹ En los términos de este artículo: "(Decisiones de los tribunales). 1. Las decisiones de los tribunales deben ser fundamentadas en los casos y en los términos previstos en la ley..."

¹⁶⁰ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, "Presente y futuro de la casación civil a través del juicio de amparo mexicano", *Memoria de El Colegio Nacional*, 1978, México, 1979, pp. 91-138.

¹⁶¹ Cfr., los estudios fundamentales de carácter comparativo del notable tratadista italiano Mauro Cappelletti, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, trad. de Cipriano Gómez Lara y Héctor Fix-Zamudio, UNAM, México, 1966, pp. 34-38; "Judicial Review of Legislation: the Organs of Control. A Comparative Analysis", en el volumen colectivo *The Festschrift for prof. J. Nakata*, Kyoto, Japón, 1968, pp. 4-8 del sobretiro; *Judicial Review in the Contemporary World*, Bobbs Merrill, Indianapolis-Kansas-Nueva York, 1971, pp. 68-84.

judicial estadounidense divulgada por el genio de Alexis de Tocqueville en su libro clásico *La democracia en América*,¹⁶² aun cuando el sector de mayor trascendencia de la citada revisión judicial está relacionado con el fondo de la controversia, es decir, posee carácter sustantivo, en cuanto tiene como objeto el examen de la conformidad de las disposiciones legislativas aplicables al conflicto, con las disposiciones de la carta fundamental, de acuerdo con el principio de la supremacía constitucional introducido en el artículo VI de la carta federal de los Estados Unidos.¹⁶³

124. Por el contrario, la tradición europea es contraria a la intervención de los jueces ordinarios en el control de la constitucionalidad de las leyes, por lo que ha tenido una influencia decisiva la creación de tribunales especializados en la resolución de conflictos derivados de la aplicación de normas constitucionales, de acuerdo con el modelo establecido en la Constitución austriaca de 1920, en la cual se impuso el pensamiento del ilustre Hans Kelsen sobre el establecimiento de una corte constitucional.¹⁶⁴

125. Como es bien sabido, en esta segunda posguerra se advierte una tendencia hacia el establecimiento de tribunales constitucionales especializados, como lo demuestran la Corte Constitucional italiana, el Tribunal Federal Constitucional alemán, el restablecimiento de la Corte Constitucional austriaca, e inclusive la consagración de tribunales constitucionales tanto federales como locales en la carta yugoslava de 1963, que reitera la vigente de 1974.¹⁶⁵

¹⁶² Trad. de Luis R. Cuéllar, FCE, México, 1957, capítulo VI: "El poder judicial en los Estados Unidos y su acción sobre la sociedad política", pp. 90-97.

¹⁶³ El párrafo 2 de dicho precepto dispone: "La presente Constitución, las leyes de los Estados Unidos expedidas de acuerdo con la misma y los tratados celebrados o que se celebren bajo su autoridad, son la ley suprema y los jueces de cada Estado deben preferirla sobre cualquier disposición de sus constituciones o leyes locales que se encuentren en contradicción con la misma".

¹⁶⁴ Cfr. Hans Helsen, "La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)", *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'Étranger*, París, 1928, pp. 197-257, traducido al castellano por Rolando Tamayo Salmerán, con el título de: "La garantía jurisdiccional de la Constitución", *Anuario Jurídico*, I, 1974, UNAM, México, 1974, pp. 471-515; René Marcic, *Verfassungsgerichtsbarkeit und reine Rechtslehre* (Jurisdicción constitucional y teoría pura del Derecho), Viena, Franz Deuticke, 1966, pp. 55-84; 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 Bieler, *Jurídica*, México, julio de 1970, pp. 129-130; Friedrich Koja, "Il concetto di Costituzione di Hans Kelsen e lo sviluppo del diritto costituzionale austriaco", *Diritto e Società*, Pádua, 1981, núm. 1, pp. 97-115.

¹⁶⁵ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, UNAM-Civitas, Madrid, 1982, pp. 165-212; *id.*, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, 2a. ed., Porrúa, México, 1985, pp. 43-131; Luis Favoreu (editor), *Tribunales constitucionales europeos y derechos humanos*, trad.

126. Es explicable que los ordenamientos de Portugal y España, una vez superados los regímenes autoritarios que padecieron por tantos años, se afiliaran al modelo austriaco, y establecieran tribunales especializados en materia constitucional. Recordamos que el texto original de la carta portuguesa de 1976 adoptó un sistema peculiar en el cual la decisión final sobre conflictos constitucionales correspondía al Consejo de la Revolución, cuerpo integrado por militares pero asesorado por una Comisión Constitucional. Estos organismos fueron sustituidos por el Tribunal Constitucional en las reformas de 30 de septiembre de 1982.¹⁶⁶ A su vez, la Constitución española de diciembre de 1978 consagró un Tribunal Constitucional, que con ciertos matices sigue los lineamientos del paradigma kelseniano.¹⁶⁷

127. El citado modelo austriaco también ha adquirido trascendencia en el ámbito latinoamericano, a pesar de la vigorosa tradición americana, con la que ha resultado compatible, como lo demuestra la implantación de la Corte de Constitucionalidad en la carta guatemalteca de

de Luis Aguiar de Luque y María Gracia Rubio de Casas, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, 682 pp.

¹⁶⁶ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *La protección procesal*, *ibid.*, pp. 203-207; *id.*, *Los tribunales constitucionales*, cit., pp. 109-112, y la bibliografía citada en ambos trabajos. Además, en el libro citado en segundo término se consigna una reseña de la Ley sobre la organización, funciones y procedimientos del Tribunal Constitucional Portugués, expedida por la Asamblea de la República el 28 de octubre de 1982, promulgada el 3 de noviembre y publicada el 5 del propio noviembre.

¹⁶⁷ La bibliografía sobre el Tribunal Constitucional español es en verdad impresionante, por lo que nos limitamos a mencionar algunas obras esenciales: Jesús González Pérez, *Derecho procesal constitucional*, Civitas, Madrid, 1980; José Almagro Nosete, *Justicia constitucional*, Madrid, 1980; Nicolás González-Deleito Domingo, *Tribunales constitucionales, organización y funcionamiento*, Madrid, 1980; Alfonso Pérez Gordo, *El Tribunal Constitucional y sus funciones*, Bosch, Barcelona, 1983; Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981; Los artículos son numerosos por lo que nos remitimos a la referencia bibliográfica de los "Materiales para el estudio de la jurisdicción constitucional" elaborados por Jaime Nicolás Muñiz y Ricardo Blanco Canales, *Revista de Derecho Político*, Madrid, núm. 16, invierno de 1982-1983, que en lo relativo al sistema español, se aborda en las pp. 339-352. También se deben citar los estudios publicados en la citada *Revista de Estudios Políticos*, núm. 16, totalmente dedicada a la justicia constitucional y en especial los consignados en los tres volúmenes publicados por la Dirección General de lo Contencioso del Estado, Instituto de Estudios Fiscales con el título genérico de *El tribunal Constitucional*, Madrid, 1981, 2807 pp., y si bien varios de los últimos estudios tienen carácter comparativo o analizan el derecho extranjero, el propósito esencial de esta compilación es resaltar la significación que posee el Tribunal Constitucional en el sistema español. Por lo que se refiere a la jurisprudencia además de los nueve volúmenes publicados por el mismo Tribunal Constitucional con la denominación de *jurisprudencia constitucional*, publicados hasta la fecha y que incluyen las decisiones desde la primera pronunciada el 26 de enero de 1981, hasta el fallo 87-1984, de 27 de julio de 1984. También es muy útil consultar la sección de jurisprudencia constitucional iniciada en 1980 y que desde entonces se publica en cada número de la mencionada *Revista de Estudios Políticos*.

1965, con escasa aplicación práctica, pero que ha sido sustituida por la nueva Constitución en la que se establece una Corte de Constitucionalidad permanente;¹⁶⁸ el Tribunal Constitucional chileno introducido en las reformas de 1970 a la carta de 1925, y que, suprimido por el golpe militar de 1973, fue restablecido por el mismo gobierno autoritario a través de la Constitución de 1980¹⁶⁹ y el Tribunal de Garantías Constitucionales consagrado por la carta peruana de 1979.¹⁷⁰

128. No pretendemos abordar los aspectos bien conocidos de la justicia constitucional en los ordenamientos iberoamericanos,¹⁷¹ sino exclusivamente poner de relieve que en nuestros ordenamientos, con independencia del sistema predominante, es decir, el americano, el austriaco o ambos, existen los instrumentos necesarios a fin de que los

¹⁶⁸ De acuerdo con los artículos 268 y 269 de la Constitución de Guatemala expedida el 31 de mayo de 1985, pero que entró en vigor en febrero de 1986, la Corte de Constitucionalidad es un tribunal permanente con la función esencial de la defensa de orden constitucional y se integra con cinco magistrados titulares, cada uno de los cuales tendrá un suplente, pero cuando conozca de asuntos de inconstitucionalidad en contra de la Corte Suprema de Justicia, el Congreso de la República, el presidente o el vicepresidente de la República, el número de integrantes se elevará a siete escogiéndose los otros dos magistrados por sorteo entre los suplentes.

¹⁶⁹ Por lo que se refiere a la creación y funcionamiento del primer Tribunal Constitucional chileno, *cfr.* Alejandro Silva Bascañán, "El Tribunal Constitucional", en el libro colectivo, *Reforma constitucional de 1970*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1970, pp. 215-219; Enrique Silva Cimma, *El Tribunal Constitucional de Chile (1971-1973)*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1977. Por lo que se refiere al Tribunal Constitucional restablecido en los artículos 81 a 83 de la carta de 1980, y no obstante que todavía no se ha restablecido al órgano legislativo, la junta militar, en uso de facultades legislativas, expidió la ley orgánica de dicho tribunal el 12 de mayo de 1981, de acuerdo con la cual posee en teoría facultades similares a las ejercidas por su antecesor. Puede consultarse la reseña sobre dicha ley orgánica elaborada por Héctor Fix-Zamudio, "Dos leyes orgánicas de tribunales constitucionales latinoamericanos, Chile y Perú", en su libro *Los Tribunales y los derechos humanos*, cit., *supra*, nota 165, pp. 265-280.

¹⁷⁰ Para una reseña de la Ley Orgánica de dicho Tribunal de Garantías Constitucionales, regulado por los artículos 296 a 304 de la carta de 1979, expedida por el Congreso de la República de Perú el 19 de mayo de 1982, y publicada el día siguiente, *cfr.* Héctor Fix-Zamudio, *Ibid.*, pp. 265-280. Pueden consultarse, además: Domingo García Belaúnde, "El primer fallo del Tribunal de Garantías Constitucionales", *Ius et Praxis*, revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Lima, diciembre de 1984, pp. 115-145; Rodrigo Saltos Espinoza, *Resoluciones del Tribunal de Garantías Constitucionales*, Editorial del Pacífico, Lima, 1983; Alfredo Corso Masías, *El Tribunal de Garantías Constitucionales. Prontuario*, Edigraf, Arequipa, s.f. (al parecer, 1984); Ministerio de Justicia, *Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales. Ley de habeas corpus* (con jurisprudencia y comentarios doctrinales), Lima, s.f. (pero también 1984).

¹⁷¹ *Cfr.* Héctor Fix-Zamudio, "La justicia constitucional en Iberoamérica y la declaración general de inconstitucionalidad", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 111, septiembre de 1979, pp. 641-694; *id.*, "Justicia constitucional y régimen democrático en Iberoamérica", *Anuario Jurídico*, IX-1982, UNAM, México, 1982, pp. 379-417; José Alfonso da Silva, "Da Jurisdição constitucional no Brasil e na América Latina", *Revista de Procuraduría Geral do Estado*, núms. 13-15, São Paulo, diciembre de 1979, pp. 105-171.

justiciables puedan acudir ante los tribunales ordinarios o especializados de la mayor jerarquía, con objeto de impugnar la violación de sus derechos constitucionales por los jueces y tribunales.

129. Ahora bien, este control constitucional del proceso, tanto por lo que respecta al procedimiento como en relación con la sentencia de fondo, posee una doble dimensión que es conveniente señalar; por una parte (y este es el sector que ha recibido mayor atención por parte de la doctrina), la jurisprudencia y la legislación en nuestros ordenamientos están dirigidas al examen de la conformidad de las normas legislativas que se aplican en los procesos ordinarios, con la carta fundamental, como lo señalamos anteriormente (ver *supra* párrafo 123). En segundo término, implica la facultad de los justiciables de combatir las violaciones a sus derechos fundamentales de acción y de defensa por parte de los propios tribunales, y si bien ambos sectores deben considerarse como garantes de la eficacia del proceso ordinario en diversas ramas de enjuiciamiento, es el segundo el que consideramos de mayor trascendencia para el tema que estamos examinando.

130. En efecto, debido al desarrollo que hemos señalado en este sencillo trabajo, de los derechos constitucionales de los justiciables, es decir, de la acción procesal y del debido proceso o defensa judicial, adquiere cada vez mayor significado la tutela procesal de los mismos derechos a través de la impugnación de inconstitucionalidad, que puede distinguirse del primer sector, es decir, de la cuestión de fondo, en cuanto, como lo sostiene certeramente la doctrina argentina, esta última implica un ataque al acto legislativo, en tanto que cuando se ataca la infracción de las disposiciones constitucionales de carácter procesal, la inconformidad se dirige a la conducta del juzgador.¹⁷²

131. En esta dirección, podemos recordar la abundante jurisprudencia de la Suprema Corte Federal de los Estados Unidos sobre la aplicación de las enmiendas V y XIV, en relación con el debido proceso legal (*procedural due process*) particularmente en cuanto al proceso penal (ver *supra* párrafo 93), pero también respecto de otras ramas procesales, incluyendo el procedimiento administrativo, de acuerdo con una concepción amplia del *Fair Trial* y del *Fair Hearing*.¹⁷³

¹⁷² Juan Carlos Hitters, *Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación*, Librería Editora Platense, La Plata, pp. 483-484.

¹⁷³ Cfr. Vincenzo Vigoriti, *Garanzie costituzionali nel processo civil*, cit., *supra*, nota 14; Leda Boechat Rodríguez, *La Suprema Corte y el derecho constitucional*, cit., *supra*, nota 109, pp. 109-123; para la materia administrativa. Walter Gelhorn, Clark Byse y Peter L. Strauss, *Administrative Law. Cases and Comments*, ca. ed., The Foundation Press, Mineol, Nueva York, 1979, pp. 4º 1-515; en general "Procedural Due Process", *The Constitution of the United States of America. Analysis and interpretation*, Washington Printing Office, 1973, pp. 1141, 1162, 1439, 1460.

132. En el ámbito iberoamericano podemos señalar dos ejemplos de amplio desarrollo doctrinal y jurisprudencial en cuanto a la tutela de los derechos constitucionales de carácter procesal. En primer lugar haremos una breve referencia al concepto de "sentencia arbitraria" elaborado por la jurisprudencia argentina, la que considera como tal aquella cuyo fundamento es tan endeble o incurre en vicios tan graves, que equivale a una falta o carencia de motivación.¹⁷⁴

133. Se trata de un aspecto del recurso extraordinario de inconstitucionalidad, puesto que como es bien sabido, dicho medio de impugnación procede en el derecho argentino ante la Corte Suprema, con apoyo en el artículo 100 de la Constitución nacional, reglamentado por las leyes 48 y 4055, para impugnar las sentencias definitivas en las cuales se aplique una ley inconstitucional, pues tiene por objeto la supremacía de la ley fundamental.¹⁷⁵ Si bien en el caso de la propia sentencia arbitraria pueden presentarse aspectos sustantivos, en realidad se discuten cuestiones predominantemente procesales, ya que no se combate la oposición de la ley aplicable a la carta federal, sino la conducta inconstitucional del juez o tribunal de la causa (ver *supra* párrafo 129). Por este motivo, la doctrina argentina señala que el argumento constitucional de la defensa en juicio es el empleado con mayor frecuencia por la Suprema Corte para justificar la mencionada teoría de las sentencias opuestas a la Constitución nacional.¹⁷⁶

134. El otro ejemplo trascendente que podemos proporcionar es el relativo al recurso de amparo establecido por la Constitución española de diciembre de 1978, el cual puede plantearse ante el Tribunal Constitucional, después de haberse agotado los medios de impugnación ordinarios, a través de un procedimiento especial de acuerdo con la ley de 26 de diciembre de 1978.¹⁷⁷

¹⁷⁴ Cfr. Genaro R. Carrió, *Recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1967, pp. 21-354; *id.*, "Sentencia arbitraria", *Revista Jurídica de Buenos Aires*, enero-agosto de 1965, pp. 9-22; Salvador M. Dana Montañó, *El recurso extraordinario contra sentencias arbitrarias. Su procedencia para mantener la unidad de la legislación de fondo. Quid de las sentencias injustas*, Imprenta Oficial, Santa Fe, 1965, pp. 3-30; Néstor Pedro Sagüés, *Recurso extraordinario*, Depal, Buenos Aires, 1984, de *constitucionalidad*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1984, pp. 147-190. *de constitucionalidad*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1984, pp. 147-190.

¹⁷⁵ Cfr. Esteban Imaz y Ricardo E. Rey, *El recurso extraordinario*, 2a. ed. actualizada por Ricardo E. Rey y Lino Enrique Palacio, Editorial Nerva, Buenos Aires, 1962; Rafael Bielsa, *La protección constitucional y el recurso extraordinario*, 2a. ed., Roque Depalma, Buenos Aires, 1958.

¹⁷⁶ Cfr. Néstor Pedro Sagüés, *Recurso extraordinario*, cit., *supra*, nota 174, pp. 599-600; Jorge Reinaldo A. Vanossi, *Aspectos del recurso extraordinario de inconstitucionalidad*, Buenos Aires, 1966, pp. 105 y ss.

¹⁷⁷ Sobre el recurso de amparo español la bibliografía es abundante, no obstante su reciente restauración en la carta de 1978, por lo que nos limitaremos a señalar algunas

135. No obstante que el citado Tribunal Constitucional español inició sus actividades el 15 de julio de 1980,¹⁷⁸ ha realizado una intensa y dinámica labor de justicia constitucional en los diversos sectores de su competencia, pero particularmente en el campo de los recursos de amparo y de inconstitucionalidad, con predominio de los primeros, y en los cuales ha pronunciado fallos de gran trascendencia.¹⁷⁹

136. Al analizar la abundante jurisprudencia constitucional, la doctrina ha puesto de relieve que los recursos de amparo absorben las dos terceras partes de las sentencias pronunciadas por el citado Tribunal, y también que más de la mitad de los propios fallos tiene por objeto la tutela del "derecho a la jurisdicción", regulado por el artículo 24 de la Constitución española, que es el que pretende la tutela *efectiva* de los derechos e intereses legítimos de los justiciables.¹⁸⁰

137. En esta materia de la protección de los derechos fundamentales vinculados con el debido proceso o de la defensa judicial, debe realizarse una delimitación precisa entre las cuestiones de constitucionalidad, que pueden dar lugar al recurso extraordinario por sentencia arbitraria en el derecho argentino o del recurso de amparo por violación del artículo 24 de la Constitución española, y por otra parte la indebida aplicación de las disposiciones legales secundarias —salvo el caso de que dichas leyes ordinarias se impugnen por inconstitucional—

obras significativas: Héctor Fix-Zamudio, "El derecho de amparo en México y en España. Su influencia recíproca", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, enero-febrero de 1979, pp. 227-248, trad. al italiano por Paolo Saitta con la denominación de "Il Diritto d'Amparo in Messico e in Spagna. Influenze reciproche", *Diritto e Società*, Padua, núm. 2, 1979, pp. 230-262; Antonio Moya Garrido, *El recurso de amparo según la doctrina del Tribunal Constitucional*, Bosch, Barcelona, 1983; Antonio Cano Mata, *El recurso de amparo (doctrina del Tribunal Constitucional)*, Editorial de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1983; Tomás Quadra Salcedo, *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Civitas, Madrid, 1981; José Luis Cascajo Castro y Vicente Gimeno Sendra, *El recurso de amparo*, la reimpresión, Tecnos, Madrid, 1985; Fernando Castedo Álvarez, "El recurso de amparo constitucional", en la obra colectiva *El Tribunal Constitucional*, Dirección General de lo Contencioso del Estado, Madrid, 1981, vol. I, pp. 179-209.

¹⁷⁸ Cfr. el folleto sobre la inauguración de este organismo, *El Tribunal Constitucional*, Madrid, 1980.

¹⁷⁹ Cfr. Manuel García Pelayo, "El status del Tribunal Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1, Madrid, enero-abril de 1981, pp. 11-34. Reseña de Jorge Carpizo, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 49, enero-abril, de 1984, pp. 245-248.

¹⁸⁰ Cfr. Pedro Cruz Villalón, "Dos años de jurisprudencia constitucional española", y Aurelio Guaita, "Recurso de amparo contra tribunales", ambos en la *Revista de Derecho Político*, núms. 17 y 16, Madrid, primavera de 1983, e invierno de 1982-1983, pp. 22-24, 77-79, respectivamente; Antonio Cano Mata, *El recurso de amparo*, cit., *supra*, nota 177, pp. 41-61; José Ignacio Jiménez, "El recurso de amparo respecto de resoluciones judiciales", en la obra *El Tribunal Constitucional*, cit., *supra*, nota 177, tomo III, pp. 1309-1323; Jesús González Pérez, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, cit., *supra*, nota 48, pp. 143-158.

les— que dan lugar a los medios de defensa ordinarios, incluyendo al recurso de casación,¹⁸¹ pues de lo contrario puede presentarse el fenómeno que se desarrolló en el derecho mexicano, de que, en virtud de una interpretación indebida del artículo 14 de la carta federal de 1857, el que no obstante su defectuosa redacción tenía por objeto la consagración del debido proceso,¹⁸² se produjo la confusión entre cuestiones constitucionales y legales, transformando al juicio de amparo contra sentencias judiciales en un recurso de casación federal.¹⁸³

VI. EL PLAZO RAZONABLE Y EL REZAGO

138. La garantía constitucional del plazo razonable significa que los justiciables tienen derecho a que los tribunales resuelvan las controversias que plantean ante ellos, dentro de los plazos señalados por el legislador, puesto que con toda razón se ha insistido en que una justicia lenta y retrasada no puede considerarse como tal, e inclusive puede traducirse en una denegación, cuando ese retraso llega a ser considerable.¹⁸⁴

139. Salvo excepciones, es desalentador el panorama del proceso contemporáneo, debido a la masificación de los conflictos jurídicos,¹⁸⁵ puesto que, con diversas variantes, impera el fenómeno del rezago (que puede considerarse como el equivalente al cáncer en la medicina), respecto del cual todavía no puede encontrarse una solución satisfactoria, y además, en ocasiones la acumulación de asuntos en los tribunales llega a adquirir caracteres dramáticos.

¹⁸¹ Por lo que se refiere al ordenamiento argentino, pueden consultarse las obras mencionadas en la nota 174 de este trabajo. En cuanto al sistema español, se pueden citar entre otras, las siguientes: Luis Sánchez Agesta, "El artículo 24 constitucional y el recurso de amparo" en la obra *El Tribunal Constitucional*, cit., *supra*, nota 166, tomo III, pp. 2487-2496; Aurelio Guaita Martorell, "El recurso de amparo contra tribunales", *El poder judicial*, cit., *supra*, nota 48, tomo II, pp. 1543-1589.

¹⁸² Como lo pusiera de relieve el ilustre tratadista mexicano Emilio Rabasa, en su clásico libro *El artículo 14. Estudio constitucional*, publicado primeramente en 1906, y reproducido, conjuntamente con su otra obra clásica, *El juicio constitucional*, Porrúa, México, 1955, pp. 4-128. Durante todo el siglo XIX y la primera década del presente se discutió apasionadamente sobre la interpretación del citado artículo 14 de la carta federal de 1857, y como un ejemplo puede citarse el libro recopilado de los estudios de Vallarta, Martínez de Castro, Bautista, Guzmán (León), Lancaster Jones y Sánchez Gavito, *Inteligencia del artículo 14 de la Constitución*, México, Imprenta de Francisco Díaz de León, 1878.

¹⁸³ Héctor Fix-Zamudio, *Presente y futuro de la casación civil*, cit., *supra*, nota 160, pp. 120-138.

¹⁸⁴ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Constitución y proceso civil*, cit., *supra*, nota 67, pp. 91-93.

¹⁸⁵ Cfr. Mauro Cappelletti, "El proceso como fenómeno social de masa", en su libro *Proceso, ideologías, sociedad*, cit., *supra*, nota 7, pp. 131-138.

140. El rezago obedece a factores muy complejos y no se combate exclusivamente con la modificación de los plazos procesales, pues como lo puso de relieve el insigne procesalista español Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, el incumplimiento de los propios plazos a través de lo que calificó como "entre actos", produce el retraso considerable que anula todas las buenas intenciones del constituyente y del legislador.¹⁸⁶

141. El problema del retardo judicial ha preocupado a los juristas iberoamericanos como lo demuestran las Quintas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal efectuadas en Bogotá y Cartagena, Colombia, en el mes de junio de 1970, pues el primer tema que se discutió fue el relativo a "El problema de la lentitud de los procesos y su solución".¹⁸⁷

142. Son varios los textos constitucionales iberoamericanos que de manera expresa establecen la obligación de los tribunales de resolver las controversias de manera expedita y entre ellos mencionamos los siguientes: artículos 41 de la Constitución de Costa Rica;¹⁸⁸ 93, segundo párrafo de Ecuador,¹⁸⁹ 17 y 20, fracción VIII, de México,¹⁹⁰ y 68 de Venezuela.¹⁹¹

143. Además, debe tomarse en cuenta que la frase "plazo razonable" se consigna expresamente en dos documentos internacionales de derechos humanos, o sea en los artículos 8o., fracción I, del Convenio de San José, y 6o., fracción I, del Convenio Europeo,¹⁹² los que forman

¹⁸⁶ "La regulación temporal de los actos procesales en el Código de 1932 para el Distrito Federal", en su libro *Derecho procesal mexicano*, Porrúa, México, 1976, tomo I, pp. 228-241.

¹⁸⁷ Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Constitución y proceso civil*, cit., *supra*, nota 67, pp. 91-92.

¹⁸⁸ En su parte conducente, dicho precepto dispone: "Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación... *Debe hacerse justicia pronta, cumplida sin denegación y en estricta conformidad con las leyes*".

¹⁸⁹ Según esta disposición: "...*El retardo injustificado en la administración de justicia es reprimido por la ley y, en caso de reincidencia, constituye motivo para la destitución del magistrado o juez, quien, además, es responsable de daños y perjuicios para con las partes afectadas*".

¹⁹⁰ De acuerdo con la parte relativa de dichos artículos: "Artículo 17... Los tribunales están *expeditos* para administrar justicia en los *plazos y términos* que fije la ley..." "Artículo 20. En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías: ...VIII. Será juzgado antes de *cuatro meses* si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión: y *antes de un año* si la pena máxima excediera de ese tiempo..."

¹⁹¹ Dicho precepto dispone: "Todos pueden utilizar los órganos de la administración de justicia para la defensa de sus derechos e intereses, en los *términos* y condiciones establecidas por la ley, la cual fijará normas que aseguren el ejercicio de este derecho a quienes no dispongan de medios suficientes. La defensa es derecho inviolable en todo estado y grado del proceso."

¹⁹² La parte relativa de ambos preceptos ha sido transcrita en las notas 51 y 52 de este trabajo.

parte del derecho interno del mayor número de ordenamientos de Iberoamérica, que han suscrito y ratificado dichos pactos.

144. Estas disposiciones fundamentales no se han aplicado o interpretado de manera que se apliquen como un remedio eficaz contra la lentitud judicial. Consideramos que se ha iniciado un movimiento en la jurisprudencia española del Tribunal Constitucional para dar contenido al concepto de plazo razonable del Convenio Europeo en relación con el artículo 24 constitucional, y merece una mención especial la sentencia de dicho Tribunal de 14 de julio de 1981¹⁹³ en la cual se invoca el párrafo 2 del último precepto que se refiere al proceso público sin *dilaciones indebidas*, y además en dicho fallo se invocan varias resoluciones de la Corte Europea de Derechos Humanos.¹⁹⁴

VII. EL COSTO DEL PROCESO

145. Existe consenso entre los científicos sociales que los crecientes costos de la actividad jurisdiccional constituyen uno de los obstáculos esenciales para la efectividad de los derechos de acción procesal y de defensa. En la investigación que se realizó con el proyecto monumental: *Access to Justice* (véase *supra* párrafo 18), se puso de relieve que los gastos que los justiciables deben realizar están en razón inversa de la cuantía económica del conflicto, de manera que los considerados de menor cuantía son proporcionalmente más onerosos,¹⁹⁵ lo que constituye una verdadera injusticia social de muy difícil reparación.¹⁹⁶

146. Existen dificultades para realizar investigaciones empíricas en relación con los costos reales del proceso en diversos ordenamientos, como lo demostró la investigación coordinada por el profesor Cappelletti.¹⁹⁷ No existe duda, aun en ausencia de datos precisos, que los sistemas tradicionales de impartición de justicia resultan de muy difí-

¹⁹³ Sobre dicha sentencia del Tribunal Constitucional español, *cfr.* Aurelio Guaita, *El recurso de amparo contra tribunales*, y Antonio Cano Mata, *El recurso de amparo*, ambos trabajos citados en la nota 180 de este trabajo, pp. 78 y 45-48, respectivamente.

¹⁹⁴ *Cfr.* Marc-André Eissen, *El tribunal Europeo de Derechos Humanos*, trad. de Javier García de Enterría L., Velázquez, Civitas, Madrid, pp. 73-107; Eduardo García de Enterría y otros, *El sistema europeo de protección de derechos humanos*, Civitas, Madrid, 1979, pp. 79-82.

¹⁹⁵ *Cfr.* Mauro Cappelletti y Bryant Garth, *El acceso a la justicia*, cit., *supra*, nota 88 pp. 105-126.

¹⁹⁶ *Cfr.* Hans W. Fasching, "Small Claim Courts", en el volumen colectivo *Towards a Justice with a human face. The first International Congress on the Law of Civil Procedure*, Kluwer, Antwerpen Deventer (Bélgica-Holanda), 1978, pp. 345-375.

¹⁹⁷ *Cfr.* Roberto Omar Berizonce, "El funcionamiento en concreto del servicio de justicia; necesidad de investigaciones empíricas", en la obra colectiva *La justicia entre dos épocas*, cit., *supra*, nota 31, pp. 111-132. En México puede citarse el estudio de Jorge Agustín Bustamante, "La justicia como variable dependiente", en el volumen

cil acceso para el sector importante de justiciables, inclusive de países de gran desarrollo económico, con mayor razón en aquéllos, como muchos de los nuestros, que se encuentran en vías de desarrollo.

147. Los instrumentos para superar esta situación tan angustiosa no permiten resolver simplemente con la declaración de varias constituciones contemporáneas, sobre la gratuidad de la justicia (ver *supra* párrafos 50 a 52). Debido a esta situación, en el Cuarto Congreso Mexicano de Derecho Procesal, que se efectuó en la ciudad de Cuernavaca, estado de Morelos, en el mes de abril de 1969, uno de los temas que provocó intensos debates fue el relativo a la "Onerosidad de los juicios", y sobre el cual, además de la ponencia mexicana,¹⁹⁸ se presentaron comunicaciones en relación con España,¹⁹⁹ El Salvador,²⁰⁰ Uruguay,²⁰¹ Argentina²⁰² y República Dominicana,²⁰³ por lo que puede afirmarse que en dicho Congreso se debatió una situación genérica de Iberoamérica.

148. Consideramos conveniente transcribir dos de las conclusiones aprobadas en el propio Congreso, que son significativas en relación con este problema en nuestra región:

... 2o. El principio de gratuidad 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 en el 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.²⁰⁴

colectivo *Temas y problemas de la administración de justicia en México*, 2a. ed., UNAM-Miguel Ángel Porrúa, México, 1985, pp. 17-50.

¹⁹⁸ Cfr. Gonzalo M. Armenta Calderón, "La onerosidad de los juicios", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núms. 77-78, enero-junio de 1970, pp. 563-587. También puede consultarse el estudio del jurista mexicano Carlos Pérez González, "La onerosidad en los juicios", en la propia *Revista*, pp. 679-752.

¹⁹⁹ Cfr. Carlos de Miguel y Alonso, "La onerosidad de los juicios civiles en España", en la misma *Revista* señalada en la nota anterior, pp. 625-657.

²⁰⁰ Cfr. Francisco Arrieta Gallegos, "La onerosidad de los juicios en El Salvador", en la propia *Revista*, pp. 591-623.

²⁰¹ Cfr. Adolfo Celsi Bidart, "La onerosidad de los juicios", en la mencionada *Revista*, pp. 659-677.

²⁰² Cfr. Ricardo Reimundín, "La onerosidad en los juicios", en la repetida *Revista*, pp. 753-761.

²⁰³ Cfr. Clyde Eugenio Rosario, "La onerosidad de los procesos en la República Dominicana", en la *Revista* mencionada en las notas anteriores, pp. 763-773.

²⁰⁴ En la misma *Revista* a que se ha venido haciendo referencia, p. 780.

149. En tal virtud, es preciso enfrentarse a esta dramática situación a través de instituciones de diversos niveles y de manera conjunta. Un primer medio es el del asesoramiento judicial, considerado no sólo como un auxilio técnico de defensa, sino con la aportación de todos los recursos económicos necesarios a fin de que el beneficiario con esta prestación de seguridad social pueda afrontar con éxito la onerosidad procesal (ver *supra* párrafos 63 a 65).

150. Otra situación que se advierte en varios ordenamientos y que tiende a extenderse es la creación de organismos especializados en la solución de conflictos de menor cuantía, afectados con mayor intensidad por lo oneroso de los juicios, de manera que las partes en estas controversias puedan acudir ante estos organismos en condiciones más favorables.²⁰⁵

VIII. LA EJECUCIÓN DEL FALLO

151. La ejecución del fallo, salvo la materia penal que corresponde esencialmente a las autoridades administrativas, queda bajo la responsabilidad del juez o del tribunal que ha dictado la sentencia con autoridad de cosa juzgada, y por ello hasta en época reciente no había sido objeto de examen por los constituyentes de Iberoamérica, con excepción del cumplimiento de las sentencias penales que imponen sanciones corporales, puesto que son varios preceptos que establecen los objetivos de los sistemas penitenciarios.²⁰⁶

152. El sector que implica mayores problemas es el relativo a la ejecución de las resoluciones y sentencias dictadas por los tribunales ordinarios o especializados que implican una condena contra las autoridades administrativas, con mayor razón si esa condena es económica,

²⁰⁵ Como ejemplos de procedimientos y tribunales para conocer de controversias de menor cuantía en algunos ordenamientos angloamericanos en épocas recientes, *cfr.* G. D. S. Taylor, "Special procedures governing small claims in Australia", y George Applebey, "Small Claims in England and Wales", ambos estudios en la obra *Access to Justice*, cit., *supra*, nota 19, vol. II, tomo 2, *Promising institutions* (editado por Mauro Cappelletti y John Weisner), pp. 597-682 y 686-763, respectivamente. Dentro de los ordenamientos iberoamericanos puede citarse como ejemplo reciente la creación de los *Tribunales de Pequeñas Causas de Brasil* por ley 7244 de 7 de noviembre de 1974, ordenamiento que ha sido estudiado por varios juristas brasileños coordinados por Kazuo Watanabe, en el libro *Juizado especial de pequeñas causas (Lei 7,244 de 7 de noviembre de 1984)*, Editorial Revista dos Tribunais, São Paulo, 1985, y que contiene como apéndice la exposición de motivos y el texto del citado ordenamiento, pp. 208-221; también puede consultarse el trabajo del destacado procesalista argentino Augusto Mario Morello, "El arreglo de las disputas sin llegar a una sentencia final (El Tribunal de Pequeñas Causas de Brasil)", *Jurisprudencia Argentina*, 28 de agosto de 1985, pp. 33-40.

²⁰⁶ Sobre esta materia puede consultarse el documentado estudio del distinguido jurista mexicano Sergio García Ramírez, *La prisión*, FCE-UNAM, México, 1975.

puesto que existe una resistencia para su cumplimiento, tomando además en consideración los diversos privilegios que corresponden a dichas autoridades, entre ellas la imposibilidad del secuestro de bienes para forzar dicha ejecución, y por ello llega a hablarse de la "inejecución" de las propias sentencias.²⁰⁷

153. Debido a esta situación que no es exclusiva de nuestros ordenamientos, algunos preceptos constitucionales establecen la obligatoriedad del cumplimiento de las sentencias judiciales por parte de cualquier autoridad, e inclusive exigen la responsabilidad de aquellos que se opongan a su ejecución. Entre las cartas fundamentales que han consagrado esta obligatoriedad, y que en nuestro concepto está dirigida esencialmente a la administración pública, se encuentra el artículo 210 de la Constitución portuguesa, la que inclusive dispone expresamente la obligación de cumplir con los fallos judiciales por parte de las entidades públicas en su artículo 210, incisos 2 y 3.²⁰⁸

154. En otros supuestos, la propia ejecución de las sentencias judiciales firmes encuentra resistencias, en ocasiones muy vigorosas, de aquellos que deben cumplirlas, especialmente si se trata de sectores organizados, tales como sindicatos laborales o agrupaciones campesinas, así como empresas de gran poder económico,²⁰⁹ y por ello el juez o tribunal encargado de esa ejecución tiene que solicitar el auxilio de la fuerza pública. En esta dirección son varios los preceptos fundamentales que consignan la obligación de las autoridades públicas de auxiliar a las judiciales. Entre otros citamos los artículos 209 de la Constitución de

²⁰⁷ Cfr. los penetrantes estudios de Jesús González Pérez, "La inejecución de las sentencias administrativas", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núms. 91-92, julio-diciembre de 1973, pp. 421-436; *id.*, *Derecho procesal administrativo hispanoamericano*, Temis, Bogotá, 1985, pp. 386-390. Pueden consultarse, además, los trabajos de José Antonio Piqueras Bautista, "Ejecución de las sentencias que afectan a la administración", en la obra *El Poder Judicial*, cit., *supra*, nota 48, tomo III, pp. 2389-2404, y de Aldo M. Sandulli, "Il problema dell'esecuzione delle pronunce del giudice amministrativo", *Diritto e Società*, Pádua, núm. 1982, pp. 19-53.

²⁰⁸ El referido precepto que regula las decisiones de los tribunales establece en su parte conducente: "... 2. Las decisiones de los tribunales son obligatorias para todas las entidades públicas y privadas y prevalecen sobre las de cualquiera otras autoridades. 3. La ley regula los términos de la ejecución de las decisiones de los tribunales en relación con cualquier autoridad y establece las sanciones que deben aplicarse a los responsables de su inejecución".

²⁰⁹ Esta fue la situación en el famoso caso argentino resuelto por la Suprema Corte el 5 de septiembre de 1958, *Samuel Kot*, aun cuando la orden a fin de que se cumpliera con una decisión de los tribunales laborales se pronunció en un proceso de amparo y por ello no se recurrió al auxilio de la fuerza pública. Esta resolución fue objeto de numerosos comentarios doctrinales, y entre ellos pueden citarse: Genaro R. Carrió, *Recurso de amparo y técnica judicial*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1959; Abel Houssay, *El amparo judicial. (El caso Kot y su influencia en la jurisprudencia)*, Buenos Aires, 1961; Carlos A. Tagle, "El amparo judicial de los derechos fundamentales", *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 4 de noviembre de 1958, pp. 1-5.

Venezuela (1961);²¹⁰ del mismo número de la portuguesa (1976-1982),²¹¹ y 313 de la de Honduras (1982).²¹²

155. En nuestra opinión no es suficiente que las disposiciones constitucionales consagren la obligación de todas las autoridades, de auxiliar a las judiciales en la ejecución de sus resoluciones, aun cuando no tengan el carácter de sentencias firmes (como las providencias cautelares), sino que resulta preferible, como lo disponen las cartas fundamentales de España y Portugal, y con mayor claridad esta última, que todas las autoridades y entes públicos deben cumplir con las decisiones que los afecten, incurriendo en responsabilidad cuando dejan de hacerlo, sin que por ello olvidemos los problemas que implica la ejecución de las sentencias administrativas.

IX. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR LA DEFECTUOSA PRESTACIÓN DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

156. En esta materia observamos una evolución paulatina que se inicia con el reconocimiento de la responsabilidad personal del juzgador cuando no cumplía con las disposiciones procesales en materia civil y penal, como lo establecía el artículo 254 de la Constitución de Cádiz de 1812, que estuvo vigente en América en los años anteriores a la independencia latinoamericana.²¹³

157. Posteriormente se admitió con mucha timidez que las violaciones a las disposiciones procesales o los errores en los cuales incurrieran los jueces y tribunales originaban la responsabilidad solidaria del Estado con el juzgador responsable.²¹⁴ Continúa este desarrollo con el

²¹⁰ El citado precepto establece: "Las demás autoridades de la República prestarán a los jueces la colaboración que éstos requieran para el mejor cumplimiento de sus funciones".

²¹¹ El mencionado artículo 209 de la carta portuguesa dispone: "En el ejercicio de sus funciones los tribunales tienen derecho al auxilio de las otras autoridades".

²¹² La disposición referida determina: "Los tribunales de justicia requerirán el auxilio de la fuerza pública para el cumplimiento de sus resoluciones: si les fuera negado o no lo hubiere disponible, lo exigirán de los ciudadanos. El que injustificadamente se negare a dar auxilio incurrirá en responsabilidad".

²¹³ Según este precepto gaditano: "Toda falta de observancia de las leyes que arreglan el proceso en lo civil y en lo criminal hace responsables personalmente a los jueces que la cometieren".

²¹⁴ Cfr. Manuel Goded Miranda, "La responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la administración de justicia", en la obra *El Poder Judicial*, cit., *supra*, nota 48, pp. 315-349. Como antecedente inmediato, este autor cita lo dispuesto por el artículo 106 de la Constitución republicana de 9 de diciembre de 1931, en el cual dispuso: "Todo español tiene derecho a ser indemnizado de los perjuicios que se le irroguen por error judicial o delito de los funcionarios judiciales en el ejercicio de sus cargos, conforme determinen las leyes. *El Estado será subsidiariamente responsable de estas indemnizaciones*".

reconocimiento explícito de la responsabilidad directa del Estado por la defectuosa prestación del servicio público jurisdiccional, como un sector del género de la responsabilidad del Estado,²¹⁵ y en esta dirección podemos señalar como ejemplos los artículos 22 de la carta portuguesa;²¹⁶ 106, inciso 2, de la española,²¹⁷ y 20 de la ecuatoriana.²¹⁸

158. La culminación de la evolución mencionada se traduce en la consagración de la responsabilidad específica y directa del Estado por virtud de errores o deficiencias en la impartición de justicia, de manera predominante en el campo del enjuiciamiento criminal que es la materia más sensible y de consecuencias más evidentes.²¹⁹

159. En esta dirección de la responsabilidad directa por los errores o las injusticias efectuados en el proceso penal, se pueden citar varios preceptos de ordenamientos constitucionales iberoamericanos, entre ellos el artículo 20 de la Constitución chilena de 1925,²²⁰ que con va-

²¹⁵ Sobre la responsabilidad general del Estado por la indebida prestación de los servicios públicos, *cfr.* Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo*, 2a. ed., Civitas, Madrid, 1981, tomo II, pp. 331-377.

²¹⁶ Según este precepto: "El Estado y las demás entidades públicas son civilmente responsables, en forma solidaria con los titulares de sus órganos, funcionarios o agentes, por las acciones u omisiones efectuadas en el ejercicio de sus funciones y por causa de ese ejercicio, de las cuales resulte la violación de los derechos, libertades y garantías o perjuicio para otras personas".

²¹⁷ De acuerdo con esta disposición: "2. Los particulares, en los caminos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos".

²¹⁸ "El Estado y demás entidades del sector público están obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que se les irrogaren como consecuencia de los servicios públicos o de los actos de los funcionarios o empleados en el desempeño de sus cargos. Las entidades antes mencionadas, en tales casos, tienen derecho de repetición y hacen efectiva la responsabilidad de los funcionarios o empleados, que por dolo o culpa grave, judicialmente declarados, hubieren causado los perjuicios". Al anterior debemos agregar lo dispuesto en su parte conducente por el artículo 155 de la Constitución guatemalteca de 1985, según el cual: "*Responsabilidad por infracción a la ley.* Cuando un dignatario, funcionario o trabajador del Estado, en el ejercicio de su cargo, infrinja la ley en perjuicio de particulares, el Estado o la institución estatal a quien sirva, será solidariamente responsable por los daños y perjuicios que se causaren. La responsabilidad civil de los funcionarios y empleados públicos, podrá deducirse mientras no se hubiere consumado la prescripción, cuyo término es de veinte años..."

²¹⁹ Un análisis comparativo de los diversos ordenamientos que consagran dicha responsabilidad por la función judicial puede consultarse en la documentada monografía de Luis Martín Rebollo, *Jueces y responsabilidad del Estado*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, pp. 25-78.

²²⁰ De acuerdo con el citado artículo 20 de la carta de 1925: "Todo individuo en favor de quien se dictare sentencia absolutoria o se sobreyere definitivamente, tendrá derecho a indemnización, en la forma que determine la ley, por los perjuicios efectivos o meramente morales que hubiese sufrido injustamente". *Cfr.* Alejandro Silva Bascuñán, *Tratado de derecho constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1963, tomo II, pp. 337-340.

riantes fue recogido por el artículo 19, fracción 7a., inciso 1), de la carta de 1980;²²¹ el artículo 21, de la ley suprema ecuatoriana;²²² y el artículo 233, fracción 5a. de la Constitución peruana.²²³

160. También consignan la responsabilidad directa del Estado por las violaciones judiciales en material penal, los artículos 5o., inciso 5, de la Convención de Roma y 10 de la Americana de San José,²²⁴ lo que asume una trascendencia significativa si tomamos en consideración que varios gobiernos iberoamericanos han ratificado estos pactos y sus disposiciones forman parte de sus ordenamientos nacionales.

161. El precepto con un ámbito más amplio es el contenido en 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 [en realidad, impartición] de justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley".

162. Este precepto ha dado lugar a un análisis doctrinal muy penetrante,²²⁵ e inclusive a algunas resoluciones del Tribunal Supremo du-

²²¹ El precepto actual dispone: "Artículo 19. La Constitución asegura a las personas: ... 7o. El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual. En consecuencia: ... i) una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquiera instancia por resolución que la Corte Suprema declare injustificadamente errónea o arbitraria, tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado de los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido. La indemnización será determinada judicialmente en procedimiento breve y sumario y en él la prueba se apreciará en conciencia".

²²² "Cuando una sentencia condenatoria haya sido reformada o revocada por efecto del recurso de revisión, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia, debe ser indemnizada por el Estado, conforme a la ley".

²²³ Según esta disposición: "Artículo 233. Son garantías de la administración de justicia: ... 5. La indemnización por los errores judiciales cometidos en los procesos penales, en la forma que determina la ley."

²²⁴ Según el artículo 5o., inciso 5, de la Convención de Roma: "Toda persona víctima de una detención preventiva o de un internamiento en condiciones contrarias a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación", en tanto que el diverso artículo 10 de la Convención Interamericana determina: "*Derecho a indemnización.* Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial".

²²⁵ La bibliografía sobre este tema es muy abundante y al respecto podemos citar los siguientes estudios: Luis Martín Rebollo, *Jueces y responsabilidad del Estado*, cit., *supra*, nota 219, pp. 119-226; Manuel Goded Miranda, *La responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la administración de justicia*, cit., *supra*, nota 214, pp. 321-349; José Almagro Nosete, "El sistema español de responsabilidad judicial", y Jesús Solchaga Loitegui, "La responsabilidad del Estado por el funcionamiento anormal de la administración de justicia", ambos en la obra *El Poder Judicial*, cit., *supra*, nota 48, tomo I, pp. 469-478, y tomo III, pp. 2535-2586; Joaquín Tornos Mas, "La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la administración de justicia", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, enero-abril de 1985, núm. 13, pp. 71-122.

rante la vigencia del citado artículo 121 constitucional,²²⁶ los que han tenido influencia para la reglamentación de esta disposición fundamental en la Ley Orgánica del Poder Judicial, promulgada el primero y publicada el 2 de julio de 1985.²²⁷

163. No sería posible en esta oportunidad efectuar un examen, así sea superficial, de las complejas cuestiones que se plantean con los preceptos constitucionales antes citados, pues lo que pretendemos destacar es la tendencia que se advierte con toda claridad en el ámbito de los ordenamientos iberoamericanos, a establecer un sistema efectivo de reparación de errores y desviaciones en la prestación jurisdiccional, particularmente en el proceso penal (pero que se extiende a otras ramas de enjuiciamiento), por medio de la responsabilidad directa del Estado, con independencia de que éste la exija a su vez a los funcionarios judiciales responsables.²²⁸

164. La evolución ha sido lenta por el temor de los gobiernos de soportar una carga económica considerable, con un sistema amplio de responsabilidad directa en la prestación del servicio público jurisdiccional, reticencia que se agrava debido a la crisis económica que actualmente padecen nuestros países. Sin embargo, debemos tomar en consideración que la reparación terminará por imponerse aun en aquellos ordenamientos iberoamericanos que no han consagrado dicha obligación de manera expresa en sus textos constitucionales, en virtud de que un buen número de ellos han ratificado los convenios europeo y americano de derechos humanos (ver *supra* párrafo 16). Por otra parte debemos tomar en cuenta la experiencia positiva que se advierte en otros países como Francia, Italia y la República Federal de Alemania,²²⁹ así como la más próxima del sistema español. Tenemos el convenci-

²²⁶ Cfr. Francisco Sosa Wagner, "Jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de responsabilidad de la administración de justicia", en la obra *El Poder Judicial*, cit., nota anterior, tomo III, pp. 2594-2597.

²²⁷ De acuerdo con estos postulados y con los principios desarrollados por la jurisprudencia establecida en aplicación del artículo 121 de la Constitución de 1978, la Ley Orgánica del Poder Judicial promulgada el primero y publicada el 2 de julio de 1985, regula la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la administración de justicia en su título V, artículos 292 a 297, y en la parte relativa de la exposición de motivos se señala que: "...se regula por primera vez la responsabilidad patrimonial del Estado que pueda derivarse del error judicial o del funcionamiento anormal de la administración de justicia, sin perjuicio de la responsabilidad individual de los jueces y magistrados de carácter civil, penal y disciplinario, *complementándose de esta forma un poder judicial plenamente responsable*".

²²⁸ Al respecto el artículo 296 de la Ley Orgánica del Poder Judicial española de 2 de julio de 1985, dispone: "El Estado responderá también de los daños que se produzcan por dolo o culpa grave de los jueces y magistrados, *sin perjuicio del derecho que le asiste de repetir contra los mismos por los cauces del proceso declarativo que corresponda ante el tribunal competente. En estos procesos será siempre parte del ministerio fiscal*".

²²⁹ Cfr. Luis Martín Rebollo, "La responsabilidad del Estado por el funcionamiento

miento de que todos estos factores tendrán influencia, así sea paulatina, en el establecimiento de instrumentos jurídicos de reparación de los errores y las desviaciones de los organismos judiciales, puesto que sin ellos quedarían incompletos y restringidos los derechos fundamentales de acción y defensa procesales.

X. LOS EQUIVALENTES JURISDICCIONALES: EL ARBITRAJE Y LA CONCILIACIÓN

165. Uno de los resultados trascendentes de la monumental investigación de *Access to justice*, así como los estudios posteriores que fueron inspirados por dichos proyectos (ver *supra* párrafos 18 a 29), es la comprobación de que los sistemas tradicionales de carácter procesal se encuentran en un periodo de crisis profunda, y por ello requieren de reformas esenciales, entre ellas, el establecimiento de soluciones alternativas de solución de controversias, que no son novedosos, pero que se han transformado de manera paulatina para asumir una función más dinámica y con vigorosa orientación de justicia social: nos referimos al arbitraje y a la conciliación.

166. Estos instrumentos de solución de controversias fueron calificados por el genio de Francesco Carnelutti como equivalentes jurisdiccionales,²³⁰ y analizados con gran profundidad por el ilustre Niceto Alcalá-Zamora y Castillo en su obra clásica, *Proceso, autocomposición y autodefensa*,²³¹ pero fueron perdiendo importancia, especialmente durante el siglo anterior, frente a la decisión jurisdiccional, aun cuando se han revalorado recientemente bajo postulados distintos a los de su concepción tradicional.

167. A) El *arbitraje privado* que implica el consentimiento de las partes en el conflicto para someter sus diferencias a un tercero que ellas designen; a través de un procedimiento más flexible que el establecido en los ordenamientos procesales y con la obligación de lograr el reconocimiento judicial u homologación para convertirse en decisión obligatoria,²³² ha venido decayendo en su aplicación en la materia civil, debido a lo elevado de su costo, muy similar al del proceso ordi-

de la administración de justicia en Francia y en Italia", en la obra colectiva *El Poder Judicial*, cit., *supra*, nota 48, pp. 1829-1866.

²³⁰ *Sistema de derecho procesal civil*, tomo I, pp. 183-212; *Instituciones de derecho procesal civil*, tomo I, pp. 109-114, ambas obras citadas *supra*, nota 33.

²³¹ *Proceso, autocomposición y autodefensa*, cit., *supra*, nota 3, pp. 11-33.

²³² Cfr. Tito Carnacini, *El arbitraje*, trad. de Santiago Sentís Melendo, EJE, Buenos Aires, 1961, esp. pp. 11-36.

nario, ya que las propias partes deben cubrir los honorarios de los árbitros.²³³

168. El resurgimiento del arbitraje se advierte en la resolución de controversias mercantiles, pues ofrece indudables ventajas por su rapidez y por la especialidad de los árbitros²³⁴ sobre el proceso civil tradicional, y particularmente esta evolución ha predominado en el campo del derecho mercantil internacional, en tres ámbitos representados, respectivamente, por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL); la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC); y la Comisión Económica para Europa (CEFE), organismos que han realizado una intensa labor tanto académica como legislativa, que culminó con tres convenciones: la primera, sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, junio de 1958); la segunda, la Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional (Ginebra, abril de 1961), y finalmente la Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Panamá, enero de 1975). La mayoría de los ordenamientos iberoamericanos están vinculados con estos convenios, los que han producido un desarrollo muy importante de los organismos internos e internacionales sobre arbitraje mercantil.²³⁵

169. B) La *conciliación* posee también antecedentes antiguos, pero su configuración moderna fue establecida por la Asamblea Nacional francesa en su ley de 6 y 24 de agosto de 1790, como un procedimiento obligatorio previo al proceso civil, ante una oficina de paz y conciliación (*Bureau de paix et de conciliation*), y de ahí pasó a la legislación española, primero al texto del artículo 284 de la Constitución de Cádiz de 1812, según el cual: "Sin hacer constar que se ha intentado el medio de conciliación no se entablará pleito alguno".²³⁶

170. Esta idea de la conciliación como una etapa previa obligatoria al procedimiento contencioso se adoptó por las leyes de Enjuiciamiento

²³³ Cfr. Mauro Cappelletti y Bryant Garth, *El acceso a la justicia*, cit., *supra*, nota 22, pp. 92-94.

²³⁴ Cfr. Cedric Barclay, "Preparación y especialización de árbitros", en el volumen colectivo *El arbitraje comercial internacional*, UNAM, IMCE, ADACI, México, 1983, pp. 195-203.

²³⁵ Cfr. José Luis Siqueiros, "Panorama actual del arbitraje comercial internacional"; Jean Robert, "El arbitraje en los países de la Comunidad Europea"; y Humberto Briseño Sierra, "El arbitraje privado internacional", en el libro citado en la nota anterior, pp. 135-149; 223-236 y 29-79, respectivamente.

²³⁶ Cfr. Pierre Bellet, "Les conciliateurs en France", en la obra colectiva, *Les conciliateurs. La conciliation*, Económica, París, 1983, p. 37; Juan Carlos Hitters, "La justicia conciliatoria y los conciliadores", en el libro *La justicia entre dos épocas*, cit., *supra*, nota 31, pp. 168-169.

Civil de 1855 y 1881,²³⁷ especialmente en los conflictos de menor cuantía ante los jueces de paz y municipales,²³⁸ por lo que tuvo una repercusión en los ordenamientos procesales latinoamericanos.

171. Sin embargo, dicha etapa conciliatoria se transformó de manera paulatina en un rito sin consecuencias prácticas hasta que la institución fue rescatada por el *proceso laboral*, en el cual adquirió también el carácter de un procedimiento previo y obligatorio al examen contradictorio del conflicto, ya sea ante oficinas públicas especializadas o bien ante la magistratura del trabajo. Este instrumento asume numerosos matices en las diversas legislaciones iberoamericanas, en las cuales existe una gran variedad de organismos para dicha **etapa conciliatoria**, los que en ocasiones también realizan funciones de **arbitraje**,²³⁹ si bien estas últimas son con frecuencia y a **pesar de su denominación**, de carácter jurisdiccional.²⁴⁰

172. En términos generales podemos afirmar que tampoco en la materia laboral ha tenido un gran éxito la conciliación obligatoria, pero en varias legislaciones contemporáneas se ha introducido o reforzado la propia conciliación ya no como un procedimiento anterior al proceso, sino como una alternativa a la jurisdicción, debido a los graves problemas que la misma padece en la actualidad (ver *supra* párrafo 165).

173. En efecto, en un breve examen comparativo destacan los *conciliadores judiciales franceses*, institucionalizados en el decreto de 20 de marzo de 1978, reformado el 18 de mayo de 1981;²⁴¹ los concilia-

²³⁷ Respecto al procedimiento de conciliación previa al proceso en la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1881, *cfr.* Mauro Miguel y Romero y Carlos de Miguel y Alonso, *Derecho procesal práctico*, 11a. ed., Bosch, Barcelona, 1967, tomo I, pp. 266-273. Para los aspectos históricos, *cfr.* José María Manresa y Navarro, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 4a. ed. Reus, Madrid, 1919, tomo II, pp. 379-445. Los preceptos que regulan la conciliación fueron reformados por la ley de 6 de agosto de 1984, estableciendo un nuevo procedimiento de conciliación (artículos 460-480). *Cfr.* Víctor Fairén Guillén, *La Ley de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 1985, capítulo XI, "La conciliación", pp. 181-193.

²³⁸ *Cfr.* José Ovalle Favela, "La justicia de mínima cuantía en México y otros países de América Latina", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 30, septiembre-diciembre de 1977, pp. 365-415, reproducido en su libro *Estudios de derecho procesal*, UNAM, México, 1981, pp. 193-240.

²³⁹ Un panorama de la función de la conciliación laboral en los ordenamientos latinoamericanos puede consultarse en la obra selectiva editada por el ilustre jurista mexicano Mario de la Cueva, *El derecho latinoamericano del trabajo*, México, 1974, 2 volúmenes.

²⁴⁰ Esta es la situación del ordenamiento mexicano. *Cfr.* Héctor Fix-Zamudio y Jorge Carpizo, *Naturaleza jurídica de las juntas de conciliación y arbitraje*, Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, México, 1975.

²⁴¹ *Cfr.* Pierre Bellet, *Les conciliateurs en France*, cit., *supra*, nota 226, pp. 37-44; Nelly Bonnard-Pontay, "Le règlement des litiges en dehors des tribunaux: l'expérience des conciliateurs en France", en la misma obra en la que se publica el trabajo anterior, pp. 45-65.

dores (*Schiedsmänner*), que si bien tienen un origen histórico en la legislación prusiana del siglo anterior han sido reorganizados a partir de la primera posguerra por las leyes de las distintas entidades federativas (*Länder*);²⁴² y los *Neighborhood Justice Centers* en los Estados Unidos.²⁴³

174. Estos organismos que pueden ser independientes o bajo la vigilancia de los tribunales, no han tenido una repercusión importante en la disminución del rezago de los tribunales, pues como lo señala correctamente la doctrina, su función es más bien la de complementar la actividad judicial, al conocer de controversias de escaso interés económico pero de gran importancia social en los centros habitacionales o laborales o relacionados con el tránsito urbano o los consumidores, y que por su costo no son planteadas normalmente ante los propios tribunales.²⁴⁴

175. Existen otros aspectos de la conciliación que pueden emplearse como instrumentos de auxilio a la función jurisdiccional, como la mediación en los procedimientos de protección de los consumidores,²⁴⁵ o la introducida recientemente en la legislación mexicana para el Distrito Federal en relación con las cuestiones inquilinarias.²⁴⁶ Un sector importante radica en la etapa conciliatoria dentro de la llamada "audiencia preliminar" (que tiene por objeto el examen de los presupuestos procesales para depurar los vicios del procedimiento) pero que no analizamos en esta ocasión en virtud de que se examina de manera profunda

²⁴² Sobre los conciliadores alemanes, *cfr.* Günther Bierbrauer, Josef Falke y Laus-Friedrich Koch, "Conflict and its settlement: an interdisciplinary study concerning the legal basis function and performance or the institution of the Schiedsmann", en la obra *Access to Justice*, cit., *supra*, nota 19, vol. II, *Promising institutions*, libro I, pp. 41-101.

²⁴³ *Cfr.* Bryant Garth, "Settlement of disputes out of Court in the United States: the role of lawyers and the recent emphasis on Neighborhood Justice Centers", *Les conciliateurs*, cit., *supra*, nota 236, pp. 163-172.

²⁴⁴ *Cfr.* Mauro Cappelletti y Bryant Garth, "Settlement of disputes out of Court: a comparative report on trend toward conciliation", en el libro citado en la nota anterior, pp. 1-16; de ambos autores y además, Nicolás Trocker, *Access to justice, Variations and continuity*, cit., *supra*, nota 28, pp. 687-701.

²⁴⁵ Como un ejemplo podemos citar las funciones de conciliación que respecto a los consumidores y los proveedores corresponden a la Procuraduría Federal del Consumidor en México, de acuerdo con el artículo 59, fracción VIII, de la Ley Federal de Protección al Consumidor, promulgada el 19 de diciembre de 1975 y reformada sustancialmente por decreto legislativo promulgado el 18 de diciembre de 1984 y publicado el 7 de febrero de 1985. De acuerdo con el mismo precepto, cuando el consumidor y proveedor asisten a la audiencia de conciliación y no se logra ésta, la Procuraduría Federal del Consumidor los invitará a que de común acuerdo la designen *árbitro*, sea en *amigable composición* o en *juicio arbitral de estricto derecho*, a elección de los mismos, haciéndose constar el compromiso en acta que al efecto se levante (inciso c) de la citada fracción VIII del artículo 59 mencionado.

²⁴⁶ En el decreto legislativo publicado el 7 de febrero de 1985 se introdujeron modificaciones al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y a la Ley

y minuciosa en la ponencia general redactada para estas Jornadas por el conocido procesalista brasileño José Carlos Barbosa Moreira.^{246 bis}

176. Los problemas relativos a la conciliación han sido objeto de preocupación por parte de los juristas contemporáneos y al respecto podemos mencionar dos reuniones académicas de muy alto nivel dedicadas a este tema, la primera se efectuó en la ciudad de Milán organizada por la Asociación Italiana de Estudiosos del Proceso Civil, en el mes de diciembre de 1979,²⁴⁷ y en segundo término, el Coloquio de la Asociación Internacional de Derecho Comparado, efectuado en Pau, Francia, del 6 al 9 de julio de 1981.²⁴⁸

177. Son ya varios los juristas iberoamericanos que se han preocupado por las nuevas proyecciones de la conciliación como medio alternativo para la resolución de controversias frente o al lado de la función jurisdiccional, y entre ellos destacan los trabajos de los conocidos tratadistas Enrique Véscovi y Juan Carlos Hitters.²⁴⁹

Orgánica de los Tribunales del mismo Distrito con objeto de establecer un procedimiento especial para la tramitación de las controversias en materia de arrendamiento de fincas urbanas destinadas a la habitación (artículos 957 a 968 del código procesal) y para crear los juzgados del arrendamiento inmobiliario, como jurisdicción especializada (artículos 60-A a 60-F de la citada ley orgánica). De acuerdo con estas disposiciones, se establece una audiencia previa de conciliación, función que queda a cargo de *conciliadores profesionales*, los que deberán escuchar las pretensiones de las partes y procurar su avenimiento. Cfr. Mariano Piña Olaya, "Reseña sobre la legislación inquilinaria del Distrito Federal"; Felipe Rodríguez Pérez, "Glosa a las reformas y adiciones a los códigos Civil y de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y a la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito Federal, promulgadas en el *Diario Oficial* de 7 de febrero de 1985"; ambos en la obra *La reforma jurídica de 1984 en la administración de justicia*, Procuraduría General de la República, México, 1985, pp. 401-413 y 419-437, respectivamente. A lo anterior debe agregarse la innovación establecida por las reformas al mismo código procesal distrital publicadas el 10 de enero de 1986, al establecer una *audiencia previa y de conciliación* (artículos 272-A a 272-G), en la cual esta última función también queda a cargo de *conciliadores profesionales*, los cuales deben preparar y proponer a las partes alternativas de solución al litigio.

^{246 bis} Sólo conviene llamar la atención sobre la reciente evolución que se ha operado en los ordenamientos procesales de España y de México, si se toma en cuenta que en la ley española de 6 de agosto de 1984 publicada al día siguiente, se efectúan varias modificaciones sustanciales a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, entre ellas se introducen una *audiencia previa* calificada de "*comparecencia*", con objeto de intentar la conciliación y en caso de no lograrse, corregir los errores o deficiencias procesales en que hubieren incurrido las partes (artículos 691-694). Cfr. Víctor Fairén Guillén, *La Ley de reforma urgente*, cit., *supra*, nota 237, pp. 234-279. Por lo que se refiere al derecho mexicano en las reformas al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal publicadas el 10 de enero de 1986, citadas en la nota anterior, se introdujo una *audiencia previa y de conciliación* con objeto de depurar el procedimiento (artículos 272-A a 272-G).

²⁴⁷ Cfr. Vittorio Denti, "I procedimenti non giudiziali di conciliazioni como istituzioni alternative", *Rivista di Diritto Processuale*, Milán, 1980, pp. 410-437.

²⁴⁸ Cfr. André Tunc, "Preface", a la obra *Les conciliateurs*, cit., *supra*, nota 226, pp. V-IX.

²⁴⁹ Cfr. Enrique Véscovi, "La justicia conciliatoria", *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, Montevideo, 1968, núm. 2, pp. 162 y ss.; *id.*, "Le règlement des conflicts

178. La conciliación, ya sea previa o como instrumento para concluir anticipadamente el proceso, no está consignada expresamente en las disposiciones constitucionales, pero debe considerarse como un complemento a los derechos de acción y defensa procesales, puesto que a través de esta institución pueden concluirse rápidamente los conflictos antes de plantearse ante los tribunales o bien durante el procedimiento. En su carácter auxiliar de la función jurisdiccional, la conciliación ante organismos especializados o ante el juez de la causa, no debe constituirse como un obstáculo para acudir ante los tribunales, aun cuando se consideren los procedimientos conciliatorios como una etapa previa obligatoria, como ocurre en los procesos laborales, o en su caso, en la audiencia preliminar. En todo caso la experiencia nos indica que la conciliación es una actividad compleja y dinámica, que no debe reducirse a una simple exhortación, como ha ocurrido tradicionalmente cuando se encomienda al juez de la causa.²⁵⁰

179. Consideramos que los conciliadores deben ser funcionarios técnicos y con la preparación adecuada para que puedan proponer soluciones aceptables por ambas partes, apoyándose en el conocimiento de los hechos y de su calificación jurídica, y sin que esto implique sacrificio para la parte más débil, especialmente si se trata de derechos indisponibles, como ocurre con algunos que corresponden a las controversias laborales, inquilinarias, familiares o de los consumidores.

180. Por todo lo anterior es preferible, para la eficacia en la conciliación, que la misma se encomiende a personas calificadas y diversas del juzgador, pues este último debe fiscalizar los resultados de la solución para evitar que se sacrifiquen los intereses y derechos de la parte débil, pero carece del tiempo y de la visión necesaria, por la índole de sus funciones, para realizar una actividad dinámica que no se limite a una simple invitación a las partes para que lleguen a un avenimiento, que ha desvirtuado a la institución en su práctica, como lo demuestra la experiencia del enfoque tradicional que impera en la mayoría de nuestros ordenamientos.²⁵¹

XI. EL OMBUDSMAN

181. Es una institución muy conocida, en virtud de que se estudia a

hors des tribunaux", *Les Conciliateurs*, cit., nota anterior, pp. 173-191. Juan Carlos Hitters, "La justicia conciliatoria y los conciliadores", en la obra *La justicia entre dos épocas*, cit., *supra*, nota 31, pp. 159-160.

²⁵⁰ Cfr. Mauro Cappelletti y Bryant Garth, "Settlement of disputes out of Court. A comparative report on the trend toward conciliation", en la obra *Les conciliateurs*, cit., dos notas anteriores, pp. 2-16.

²⁵¹ Cfr. los trabajos de los profesores Vécovi y Hitters citados en la nota 249 de este estudio.

través de una bibliografía en verdad impresionante, y que se ha extendido rápidamente en los ordenamientos de países pertenecientes a los distintos sistemas o familias jurídicos y de muy diverso desarrollo económico, cultural y social, por lo que ha sido calificada sin exageración como "institución universal".²⁵²

182. Muy brevemente recordaremos que el *Ombudsman* como se le conoce doctrinalmente y en algunas legislaciones, es un organismo de origen escandinavo, designado por el órgano legislativo (comisionado parlamentario), o por el gobierno (*Executive Ombudsman*), con autonomía y estabilidad, cuyas funciones consisten en recibir e investigar las reclamaciones de los afectados contra los actos u omisiones de las autoridades administrativas, intentar una solución rápida del problema, y pronunciar, en su caso, una proposición no obligatoria a la autoridad respectiva.

183. El *Ombudsman*, con independencia del nombre oficial con el cual se le conozca: *Parliamentary Commissioner*, *Médiateur* o *Difensore Civico*, etcétera, debe presentar un informe periódico, generalmente anual, ante el Parlamento, el gobierno o a ambos, en el cual da a conocer el resultado de su labor, pero también puede formular proposiciones de reformas legislativas o reglamentarias que considere necesarias para mejorar la prestación de los servicios públicos y corregir los errores y desviaciones más notorias de la actividad administrativa.²⁵³

184. El propio *Ombudsman*, desde el punto de vista del acceso a la justicia (ver *supra* párrafos 18 a 29), posee un doble carácter: por una parte debe considerarse como una alternativa para la resolución de conflictos administrativos que afecten los derechos y los intereses legítimos de los administrados, tanto más necesaria en cuanto el Estado social o Estado de bienestar de nuestra época, tienen un carácter fuertemente intervencionista que restringe cada vez más la esfera de libertad

²⁵² Cfr. André Legrand, "Une institution universelle; l'Ombudsman", *Revue Internationale de Droit Comparé*, París, 1973, pp. 851-856.

²⁵³ La bibliografía sobre esta institución de origen escandinavo es impresionante, por lo que nos limitamos a citar algunos estudios comparativos que proporcionan una visión de conjunto. En castellano podemos mencionar: Donald C. Rowat (editor), *El Ombudsman, defensor del ciudadano*, trad. de Eduardo L. Suárez, FCE, México, 1973; Alvaro Gil Robles y Gil Delgado, *El control parlamentario de la administración (el Ombudsman)*, 2a. ed., Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid 1981; Víctor Fairén Guillén, *El defensor del pueblo. Ombudsman*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982, tomo I, Parte General; Héctor Fix-Zamudio, "Reflexiones Comparativas sobre el Ombudsman", *Revista de El Colegio Nacional*, 1979, México, 1980, pp. 99-149. También es preciso destacar los análisis comparativos de Frank Stacey, *Ombudsman Compared*, Clarendón Press, Oxford, 1978; y Constantino Mortati (editor), *L'Ombudsman: (Il difensore civico)*, UTET, Turín, 1974.

de los gobernados, particularmente por conducto de la administración pública (centralizada y descentralizada), cada vez más absorbente.²⁵⁴

185. En esta dirección, como ocurre con la conciliación (ver *supra* párrafo 174) el *Ombudsman* es un instrumento *complementario* de la jurisdicción administrativa, en cuanto conoce de un conjunto de reclamaciones que por su carácter cotidiano y la necesidad de resolverlas con rapidez, no llegarían a plantearse ante los tribunales administrativos, en virtud de su costo y lentitud; además, porque este organismo no sólo aprecia problemas de legalidad de los actos y omisiones de las autoridades administrativas, sino que toma en cuenta factores tales como justicia, oportunidad y conveniencia, que no pueden ser apreciados por los propios tribunales.²⁵⁵

186. En segundo lugar, la citada institución de origen escandinavo también actúa como *auxiliar* de la jurisdicción administrativa, en cuanto procura la solución de un conjunto de conflictos que de otra manera desembocarían en los tribunales comunes, con lo cual colabora para aliviar el recargo cada vez más pesado de dichos tribunales ocasionado por la multiplicación de las controversias entre la administración y los gobernados.²⁵⁶

187. Un ejemplo significativo de estas dos dimensiones del *Ombudsman* como organismo complementario y auxiliar de los tribunales nos lo proporciona el *Médiateur* francés, que cuando se introdujo el año de 1973, se le recibió con gran escepticismo, tanto por la doctrina nacional como por la extranjera, debido al prestigio del Consejo de Estado en la resolución de conflictos administrativos, pero también abrumado por el gran número de controversias.²⁵⁷

188. Sin embargo, después de algunos años de actividad y a pesar de que no existe acceso directo a este organismo por parte de los afectados, sino que inicialmente deben acudir ante un miembro de la

²⁵⁴ Sobre el crecimiento desorbitado de la administración en el Estado social de derecho contemporáneo, *cf.*, entre otros, Jesús González Pérez, *Administración pública y libertad*, UNAM, México, 1971; Héctor Fix-Zamudio, *Introducción a la justicia administrativa en el ordenamiento mexicano*, El Colegio Nacional, México, 1983, pp. 15-21.

²⁵⁵ Sobre las características esenciales de las facultades del *Ombudsman* como institución genérica, puede consultarse a Donald C. Rowat, *El Ombudsman*, *cit.*, *supra*, nota 253 pp. 15-39.

²⁵⁶ *Cfr.* Víctor Fairén Guillén, "Los *Ombudsmen*, los tribunales y el ministerio fiscal", capítulo V, de su libro *El defensor del pueblo*, *cit.*, *supra*, nota 253, pp. 197-248.

²⁵⁷ Los primeros comentarios doctrinales sobre la ley de 1973 que introdujo esta institución en Francia fueron muy escépticos sobre la eficacia del nuevo organismo: Patrice Verrier, "Le Médiateur", *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'Étranger*, París, julio-agosto de 1973, pp. 943-947; Bernhard Raschauer, "Ein Ombudsman für Frankreich" (Un *Ombudsman* para Francia), *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, *Revista de derecho extranjero e internacional público*, Heidelberg, septiembre de 1973, pp. 503-523.

Asamblea Nacional o del Senado, ha realizado una función preventiva muy eficaz que ha favorecido la labor del Consejo de Estado.²⁵⁸ Por otra parte, también ha configurado un instrumento para mejorar los servicios públicos, al coordinarse el *Médiateur* con los llamados *comités d'usagers*, es decir, con las asociaciones o comités de usuarios de los propios servicios, establecidos a partir de 1974 en los ministerios y secretarías de Estado del gobierno francés.²⁵⁹ Su éxito ha sido tal que en 1977 se creó un *Médiateur* exclusivamente para la ciudad de París.²⁶⁰

189. La institución ha sido aceptada por las constituciones de Portugal y España, y se advierte la tendencia a establecerla en otros ordenamientos latinoamericanos. En efecto, es bien conocido que con motivo de la revolución portuguesa de abril de 1974, el gobierno provisional introdujo la institución en el decreto-ley de abril de 1975, con el nombre de promotor de la justicia (*Provedor da Justiça*), con la función esencial de asegurar la justicia y legalidad de la administración pública a través de medios informales, investigando las quejas de los ciudadanos contra la administración y procurándoles soluciones adecuadas.²⁶¹

190. Este organismo dependió del gobierno hasta que fue elevado a rango constitucional en el artículo 24 de la carta de 1976 (ahora número 23 según la reforma de 1982) que lo transformó en un comisionado parlamentario, puesto que es designado por la Asamblea Nacional, y quien, con independencia de los instrumentos procesales, conoce e investiga las reclamaciones de los gobernados contra los actos u omisiones de los funcionarios públicos, a los cuales debe dirigir recomen-

²⁵⁸ Cfr. Frank Stacey, *Ombudsman Compared*, cit., *supra*, nota 253, pp. 101-121; Charles Debasch (coordinador), "Le Médiateur. Cinq années de pratique", en la reseña colectiva intitulada "Revue de vie administrative en France et a L'étranger", *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'étranger*, París, julio-agosto de 1978, pp. 1104-1107; Vicente Vallina Velarde, "La figura del 'mediador', en el derecho positivo francés", *Documentación administrativa*, núm. 156, Madrid, noviembre-diciembre de 1973, pp. 152-155.

²⁵⁹ Cfr. Frank Stacey, *Ibid.*, pp. 106-107; Alvaro Gil Robles y Gil Delgado, *El control parlamentario de la administración*, cit., *supra*, nota 253, pp. 178-180.

²⁶⁰ Cfr. David Clark, *The City of Paris Médiateur. An Ombudsman a la Française* (edición mimeografiada), International Ombudsman Institute, Edmonton, Alberta, Canadá, agosto de 1983, 49 pp.

²⁶¹ El texto castellano de la mencionada ley de 1975 puede consultarse tanto en la obra de Alvaro Gil Robles y Gil Delgado, *El control parlamentario de la administración*, cit., *supra*, nota 153, en su primera edición, Madrid, 1977, pp. 291-297 (en la segunda sustituye ese ordenamiento por el vigente de 22 de noviembre de 1977, pp. 380-391) quien califica la institución como "proveedor de justicia", y también en la versión de Ricardo Pellón, *Documentación administrativa*, núm. 179, Madrid, julio-septiembre de 1978, pp. 444-449, y quien utiliza el vocablo, a nuestro modo de ver más adecuado, de "promotor de la justicia"

daciones para prevenir y reparar injusticias. Dicho precepto constitucional está reglamentado por las leyes de 22 de noviembre de 1977, que contiene el Estatuto del citado promotor y la de 2 de marzo de 1978, que organiza la oficina de la institución.²⁶²

191. En segundo término, el *Ombudsman* fue consagrado por el artículo 54 de la Constitución española de diciembre de 1978, con el nombre de *defensor del pueblo* como un comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en el título primero de dicha carta (derechos fundamentales).²⁶³ Este precepto quedó reglamentado por la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo promulgada el 6 de abril y publicada el 5 de mayo

²⁶² Cfr. J. J. Gómez Canotillo y Vital Moreira, *Constituição de República portuguesa*, cit., *supra*, nota 49, pp. 89-90. 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.

²⁶³ La bibliografía sobre el defensor del pueblo elaborada con anterioridad a la expedición de la Constitución de 1978 y con posterioridad a ella es considerable, por lo que como hemos hecho en casos similares, señalaremos los trabajos que consideramos significativos: Antonio la Pégola, "Ombudsman y defensor del pueblo. Apuntes para una investigación comparada", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, enero-febrero de 1979, pp. 69-92; Pablo Lucas Verdú, comentario al título I, pp. 142-143 de la obra colectiva *Constitución española. Edición comentada*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979; Óscar Alzaga, *La Constitución española de 1978 (comentario sistemático)*, Ediciones del Foro, Madrid, 1978, pp. 351-356; Fernando Garrido Falla, *Artículo 54*, en la obra colectiva dirigida por el mismo tratadista, cit., *supra*, nota 75, pp. 592-598; Enrique Gómez Reino y Carnota, "Las libertades públicas", y Eugenio Ull Pont, "El defensor del pueblo", ambos trabajos en la obra colectiva coordinada por Tomás Ramón Fernández, *Lecturas sobre la Constitución española*, 2a. ed., tomo I y tomo II, UNED, Madrid, 1978 y 1979, pp. 60-61 y 467-492, respectivamente, y Álvaro Gil Robles y Gil Delgado, *El defensor del pueblo*, Civitas, Madrid, 1979. Como estudios comparativos destinados a divulgar la institución del *Ombudsman* en España, podemos citar además del libro del mismo tratadista Gil Robles, cit., *supra*, nota 253, pp. 223-326; el documentado estudio de Ricardo Pellón, "Las metamorfosis del *Ombudsman*", *Documentación Administrativa*, núm. 161, Madrid, septiembre-octubre de 1974, pp. 17-79; el trabajo comparativo de Ismael E. Pitarch, "El *Ombudsman* en el Estado intervencionista", en el libro colectivo editado por Manuel Ramírez, *El control parlamentario del gobierno en las democracias pluralistas*, Labor, Barcelona, 1978, pp. 420-433; y finalmente los minuciosos y penetrantes estudios, también comparativos, del distinguido procesalista español Víctor Fairén Guillén, "El *Ombudsman* y sus posibilidades en España y países iberoamericanos", *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, Montevideo, 1979, núm. 3, esp. pp. 24-33, y *El defensor del pueblo*, cit., *supra*, nota 153, pp. 83-116, así como el de Alberto Pérez Calvo, "Aspectos constitucionales del defensor del pueblo", *Revista del Departamento de Derecho Político*, Madrid, otoño de 1979, pp. 79-105. Sobre el alcance de dichos derechos fundamentales en la Constitución española, *cfr.*, entre otros, Silvio Basile, "Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas", en la obra colectiva dirigida por Alberto Predieri y Eduardo García de Enterría, *La Constitución española de 1978*, Civitas, Madrid, 1980, pp. 79-105.

de 1979,²⁶⁴ con funciones similares, pero más amplias que las incluidas en el modelo escandinavo.²⁶⁵

192. No obstante que el defensor del pueblo español inició sus funciones hasta el año de 1983, al ser designado el primer titular, el destacado jurista y promotor de los derechos humanos profesor Joaquín Ruiz Jiménez, la institución ha realizado una apreciable labor que se advierte de sus dos primeros informes anuales a las Cortes españolas.²⁶⁶

193. La figura del *Ombudsman* ha preocupado recientemente a la doctrina latinoamericana,²⁶⁷ como se advierte en el Primer Coloquio sobre el proyecto "*Ombudsman*", realizado en la ciudad de Caracas, del 2 al 4 de junio de 1983, en el cual además de crearse un Instituto *pro-Ombudsman* o Defensor del Pueblo para América Latina, se presen-

²⁶⁴ Cfr. los trabajos de Álvaro Gil Robles y Gil Delgado, *El defensor del pueblo y El control parlamentario de la administración*, citados en la nota anterior, y también el de Víctor Fairén Guillén, *El defensor del pueblo*, también mencionado en dicha nota.

²⁶⁵ Una de las innovaciones de la institución española, que sigue en esta materia al modelo portugués, es la facultad del defensor del pueblo de acudir ante el Tribunal Constitucional para interponer los recursos de inconstitucionalidad y de amparo cuando las disposiciones legislativas o los actos de autoridad afectan los derechos o intereses legítimos de los administrados, de acuerdo con lo establecido por los artículos 162, inciso 1, párrafos a) y b) de la Constitución de 1978, artículo 29 de su Ley Orgánica y 32, inciso b) y 46, inciso a, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

²⁶⁶ El primer informe que comprende la gestión realizada por el citado defensor del pueblo durante el año de 1983 fue presentado a las Cortes el 17 de mayo de 1984, en la inteligencia de que el número de quejas recibidas en ese periodo ascendió al respetable monto de treinta mil setecientos sesenta y tres, y como al respecto se expresa en dicho informe: "La materia de las mismas, como ya se ha indicado, es de una muy gran amplitud y aunque una parte de las mismas, según los criterios anteriormente señalados, concierne a asuntos que no entran propiamente en la esfera de la competencia de la institución del Defensor, ello no exime de estudiar los hechos aducidos y dar al reclamante una respuesta motivada y, en lo posible, orientadora para la mejor defensa de sus derechos subjetivos y de sus intereses legítimos". El segundo de los citados informes se presentó el 27 de mayo de 1985, y corresponde a las actividades efectuadas durante el año de 1984, durante el cual se recibieron veinticuatro mil quinientas reclamaciones, lo que significó un descenso del 17 por ciento respecto del año anterior, no obstante lo cual, como se señala por el propio defensor, el volumen de las reclamaciones seguía siendo desproporcionalmente superior al recibido por las instituciones similares en los países europeos. Por otra parte, debe indicarse que se han introducido instituciones semejantes en los estatutos de las Regiones Autónomas, y al respecto podemos mencionar la ley promulgada el primero de diciembre de 1983 sobre *El defensor del pueblo andaluz*, publicada el 9 del mismo diciembre; la Ley de 20 de marzo de 1984, publicada el 28 del mismo marzo sobre el *sindic de greuges* de Cataluña; y la Ley de 27 de diciembre de 1984, publicada el 7 de febrero de 1985, sobre el *Diputado del Común* de Canarias. 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 para el establecimiento del Justicia de Aragón.

²⁶⁷ Respecto a la doctrina latinoamericana que ha examinado el *Ombudsman* y su posible introducción en nuestra región, pueden consultarse, entre otros, Lucio Cabrera Acevedo, "Una forma política de control constitucional. El comisionado parlamentario

taron varios trabajos proponiendo su establecimiento, inclusive a nivel constitucional, en nuestros ordenamientos.²⁶⁸

194. Todavía no se logra incorporar esta institución en los textos fundamentales de Latinoamérica, no obstante que existen proposiciones en tal sentido, tanto para una reforma a la carta de Costa Rica en 1979,²⁶⁹ como para introducirla en la Constitución guatemalteca aprobada el

de Escandinavia", *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núm. 42, septiembre-diciembre de 1961, pp. 573-580; Humberto La Roche, "El Ombudsman en los países nórdicos y el caso de Venezuela", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zulia*, Maracaibo, 1967, número 19, pp. 9-60; Carlos Restrepo Piedrahita, "La idea del Ombudsman en Colombia", en el volumen colectivo *El control parlamentario del gobierno*, cit., supra, nota 263, pp. 442-454; Eduardo Soto Klos, "El Ombudsman-nórdico-sajón: un control de confianza", *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración (1970-1971)*, Caracas, 1972, vol. II, pp. 355-375; Enrique Rojas, "El Ombudsman (protector de ciudadanos frente a la administración pública y vigilancia de las libertades públicas)", *Revista de Ciencias Jurídicas*, San José de Costa Rica, septiembrediciembre de 1976, núm. 30, pp. 147-186; Hugo Alfonso Muñoz y Carlos V. Rivera, "El Ombudsman (posibilidad de incorporarlo en Costa Rica)", *Revista jurídica de Costa Rica*, diciembre de 1978, núm. 10, pp. 35-43; Miguel M. Padilla, *La institución del comisionado parlamentario (el Ombudsman)*, Buenos Aires, 1972; id., "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; Magdalena Aguilar Cuevas, *El defensor del ciudadano*, Congreso del Estado de Chiapas, Tuxtla Gutiérrez, Chiapas, México, 1984; y Héctor Fix-Zamudio, *Reflexiones comparativas sobre el Ombudsman*, cit., supra, nota 253, pp. 99-149; id., *Posibilidad del Ombudsman en el derecho latinoamericano*, UNAM, México, 1986 (en prensa).

²⁶⁸ Entre los trabajos presentados a ese Coloquio deben destacarse: el de carácter colectivo que configuró la ponencia venezolana, redactada por los profesores Carlos Guerón, Freddy Muñoz y otros, y el de trascendencia latinoamericana, elaborado por el notable tratadista uruguayo profesor Héctor Gros Espiell, *El Ombudsman. Su interés e importancia en la actual situación política y jurídica de América Latina*, Caracas, 1983, 14 pp. (mimeografiado). Además en dicho Coloquio se aprobó, entre otras, la siguiente proposición como parte de la llamada *Declaración de Caracas*: "a) Contribuir con nuestros recursos intelectuales, profesionales o políticos a la difusión, discusión y eventual implantación de instituciones como la del Ombudsman, de acuerdo con las necesidades y características específicas de cada sociedad".

²⁶⁹ De acuerdo con el proyecto presentado a la Asamblea Legislativa 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 período 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". Cfr. *Conjunto de reformas parciales a la Constitución Política presentado a conocimiento de la Asamblea por la fracción del Partido Liberación Nacional*, San José, Costa Rica, noviembre de 1979, pp. 21-28 (mimeografiado).

31 de mayo de 1985.²⁷⁰ Se observa actualmente una tendencia cada vez más vigorosa para la expedición de normas legislativas que regulen dicho organismo protector. En esta dirección podemos señalar varios proyectos presentados ante el Congreso argentino desde 1975, antes del golpe militar y al ser restablecida la democracia constitucional, con los nombres de comisionado del Congreso o defensor del pueblo.²⁷¹

195. En el terreno del derecho positivo fueron significativas las reformas a la Constitución colombiana promulgadas en diciembre de 1979, cuyos artículos 142 y 143 confirieron al procurador general de la nación (designado por la Cámara de Representantes de una terna enviada por el presidente de la República) entre otras, las funciones de defender los derechos humanos y la efectividad de los derechos sociales, para lo cual debía pronunciarse sobre las quejas que recibiera por la violación de dichos derechos y garantías por parte de los funcionarios y empleados públicos, verificarlas y darles el curso correspondiente. Sin embargo, este intento fracasó al ser anulada dicha reforma por vicios de procedimiento, según resolución pronunciada por la Corte Suprema de Justicia el 3 de noviembre de 1981.²⁷²

²⁷⁰ En las Jornadas Constitucionales organizadas por el Colegio de Abogados de Guatemala en mayo de 1984, Edgar Alfredo Balsells Tojo, presentó una ponencia proponiendo la creación del *procurador de los derechos humanos*, cuyo establecimiento fue aprobado por dicha reunión, con las funciones de un comisionado parlamentario de acuerdo con el modelo escandinavo. Cfr. Jorge Mario García Laguardia y Edmundo Vázquez Martínez, *Constitución y ordenamiento democrático*, Universidad de San Carlos, Guatemala, 1984, pp. 191-197. En la citada Constitución de 1985 se acogió dicha institución con el mismo nombre de *procurador de los derechos humanos* en sus artículos 274 y 275 como un comisionado del Congreso de la República para la defensa de los derechos humanos que la propia Constitución garantiza, con las facultades de supervisar la administración, ejerciendo el cargo por un periodo de cinco años y con la obligación de rendir un informe anual al pleno del Congreso, con el que se relacionará a través de la Comisión de Derechos Humanos.

²⁷¹ El libro del profesor Miguel M. Padilla mencionado en la nota 267 inspiró el proyecto presentado por varios legisladores argentinos encabezados por Carlos A. Auyero, a la Cámara de Diputados de la nación a mediados de 1975, para establecer la *Oficina del Comisionado del Congreso*, de acuerdo con el modelo escandinavo. Esta iniciativa no llegó a dictaminarse debido a la interrupción de la vida institucional a que dio lugar el golpe militar de 1976, por lo que al reanudarse el orden democrático, dicho proyecto fue reelaborado y presentado ante la misma Cámara de Diputados en el año de 1983. Con apoyo en estos documentos, el diputado nacional y destacado constitucionalista profesor Jorge Reinaldo A. Vanossi presentó una iniciativa ante la propia Cámara en 1985 para proponer la creación del *defensor del pueblo*, con facultades semejantes al modelo español, y a lo anterior debe agregarse 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 introducción de la *Defensoría del Pueblo*.

²⁷² Si bien ha quedado sin efecto dicha reforma constitucional, podemos citar, como ejemplo, el anteproyecto elaborado para reglamentar la estructura, funciones, atribuciones y organización de la Procuraduría General de la Nación, y en el mismo se proponía el establecimiento de una procuraduría delegada para la defensa de los derechos humanos, con facultades para recibir las quejas y reclamaciones sobre violación, por parte de

196. Un avance importante es la creación de la Procuraduría de los Derechos Humanos dentro de la Procuraduría General de la República de Costa Rica de acuerdo con la Ley Orgánica de esta última expedida por la Asamblea Legislativa y promulgada el 26 de septiembre de 1982, con la facultad esencial de tutelar los derechos humanos de los habitantes de Costa Rica, a través de las investigaciones que considere pertinentes, de acuerdo con las denuncias hechas contra funcionarios y autoridades administrativas o de policía.²⁷³

197. En México, aun cuando un sector de la doctrina ha propuesto el establecimiento de un organismo similar al *Ombudsman* con el nombre de procurador del ciudadano u otro similar, no se ha logrado su consagración legislativa hasta este momento, si bien podemos considerar como un antecedente a la Procuraduría General del Consumidor, establecida en 1976 (ver *supra* párrafo 76), la que realiza funciones de investigación respecto de los actos u omisiones de los proveedores de bienes y servicios.²⁷⁴ Así sea en un ámbito muy restrin-

autoridades e inclusive de 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; y al respecto, la citada Procuraduría podía hacer sugerencias y exigir las medidas que debían tomarse, dentro de un plazo razonable, entre otras actividades (artículos 28 y 34).

²⁷³ Debe tomarse en consideración que de acuerdo con lo establecido por el artículo 10 de dicha Ley Orgánica, el procurador general será designado por el Consejo de Gobierno, pero su nombramiento deberá ser ratificado por la Asamblea Legislativa. Dura en su encargo seis años y puede ser reelecto por el mismo procedimiento pero su remoción sólo puede hacerse con base en causa justa, que deberá ser comprobada en el expediente llevado por el Consejo de Gobierno el que requiere la aprobación de la propia Asamblea Legislativa. Por lo que se refiere a las facultades del procurador de los Derechos Humanos, como parte de la citada Procuraduría General, consisten en defender los derechos humanos de los habitantes de la República, para lo cual podrá realizar las investigaciones que considere pertinentes y recibirá las denuncias hechas por cualquier persona contra funcionarios y autoridades administrativas o de policía (artículo 3o., inciso k).

²⁷⁴ Cfr. *El consumidor y los derechos humanos*, Instituto Nacional del Consumidor y Academia Mexicana de Derechos Humanos, México, 1985, 97 pp.; Jorge Barrera Graf, "La ley de protección al consumidor"; María de Lourdes Codinach, "Protección al consumidor", ambos trabajos publicados 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; José Ovalle Favela, "Algunos problemas procesales de la protección al consumidor en México", *Anuario Jurídico V*, 1978, UNAM, México, 1979, pp. 37-54, reproducido posteriormente en su libro *Estudios de derecho procesal*, UNAM, México, 1981, pp. 253-279. Debe tomarse en consideración que recientemente se ha iniciado en México el desarrollo de la institución a partir del ámbito municipal, en virtud de que, debido al acuerdo del ayuntamiento de la ciudad de Colima, en el estado del mismo nombre, de 21 de noviembre de 1983, se creó al procurador de vecinos, designado por el cabildo, a propuesta del presidente municipal, con las atribuciones de recibir 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

gido, consideramos como un paso significativo la creación por el Consejo Universitario de la UNAM en su sesión de 29 de mayo de 1985, de la Defensoría de los Derechos Universitarios, que siguió de cierta manera, pero con perfiles propios, el ejemplo de varias universidades de Canadá y de los Estados Unidos.²⁷⁵

198. Según el artículo primero del estatuto respectivo:

La Defensoría de los Derechos Universitarios es el órgano de carácter independiente que tiene por finalidad esencial recibir las reclamaciones individuales de los estudiantes y de los miembros del personal académico de la UNAM, por la afectación de los derechos que les otorga la legislación universitaria; realizar las investigaciones necesarias, ya sea a petición de parte o de oficio, y proponer, en su caso, soluciones a las autoridades de la propia Universidad.²⁷⁶

XII. CONCLUSIONES

199. De acuerdo con las reflexiones anteriores, podemos llegar a las conclusiones siguientes:

200. *Primera.* El tema de las garantías institucionales para la eficacia del proceso forma parte de una disciplina de confluencia situada de manera equidistante entre el estudio del derecho constitucional y del procesal, disciplina que podemos calificar como "derecho constitucional procesal", y que consiste en el análisis de los principios, conceptos e instituciones de carácter procesal que están consagrados en las normas de las cartas fundamentales. Dentro de esta rama jurídica de frontera podemos descubrir dos grandes sectores: el primero se refiere a las normas constitucionales que regulan la organización y funcionamiento de los tribunales, a las que podemos denominar "garantías

tendrán carácter imperativo, y además deberán 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 la actividad de la mencionada administración pública local. Esta institución del procurador de vecinos se institucionalizó en la Ley Orgánica Municipal del Estado de Colima publicada el 8 de diciembre de 1984, en sus artículos 94 y 95.

²⁷⁵ Entre otros pueden mencionarse: Donald C. Rowat, "Provisions for local and University Ombudsman", en el libro de este autor *The Ombudsman Plan*, The Carlton Library, Toronto, 1973, pp. 300-307; James D. Rust, "The Ombudsman Office of Michigan State University", en la obra coordinada por Stanley V. Anderson, *Ombudsman Papers: american experience and proposals*, Department of Political Science, The College of Wooster, Wooster, Ohio, 1969, pp. 319-335.

²⁷⁶ Debe tomarse en consideración que la Universidad Nacional Autónoma de México proporciona educación de bachillerato, licenciatura y de posgrado a más de trescientos mil estudiantes y en ella prestan sus servicios aproximadamente veinte mil profesores de todos los niveles, tanto de asignatura como de carrera.

judiciales"; y en segundo término, los instrumentos relativos a la eficacia del proceso, que abarcan los derechos de las partes y el debido proceso.

201. *Segunda.* En relación con los lineamientos constitucionales que regulan el proceso, debemos tomar en consideración que recientemente se ha logrado el análisis conjunto de varias instituciones bajo la denominación de "acceso a la justicia" con una acepción más amplia que la estrictamente procesal, según el monumental proyecto coordinado por el profesor Mauro Cappelletti.

202. *Tercera.* Comprendido por el género de acceso a la justicia se encuentra el derecho de acción procesal, que tradicionalmente se ha considerado como un derecho individual de los gobernados, consignado generalmente en los textos constitucionales, y a través del cual se puede exigir al Estado, a través de los tribunales, la realización del servicio público jurisdiccional. Desde el ángulo del propio acceso a la justicia, la acción procesal se aprecia en la actualidad como un derecho fundamental que no sólo implica la exigencia de la jurisdicción, sino que posee un contenido material de proyección social, y por ello se le considera como *derecho a la justicia*.

203. *Cuarta.* Este derecho de acción procesal se encuentra vinculado al nuevo Estado de derecho social o Estado de bienestar, y dentro de su proyección contemporánea podemos destacar dos aspectos esenciales: el asesoramiento judicial y la protección de intereses difusos, transpersonales o fragmentarios. El primero tuvo su origen en una concepción moderna del contradictorio o de la igualdad real de las partes, en virtud de que un sector de los justiciables con escasos recursos económicos y deficiente preparación cultural se encuentra en situación de inferioridad procesal respecto de aquellos que tienen asesoramiento profesional adecuado.

204. *Quinta.* En esta segunda posguerra se originó un movimiento para proporcionar auxilio jurídico a las personas que no pueden acudir a los abogados privados, incluyendo la defensa judicial, con la tendencia a transformar esa tutela en una institución de seguridad social. Si bien existen varios sistemas de asesoramiento, consideramos adecuado aquel que combina la prestación de servicios profesionales por conducto de oficinas públicas o a través de colegios y de abogados independientes, pero con financiamiento del Estado, el cual, dentro de sus funciones de seguridad social, debe proporcionar a los justiciables tanto asesoramiento como también los medios económicos para lograr acceso efectivo a la jurisdicción.

205. *Sexta.* El otro sector importante del derecho de acción se refiere a la tutela de los derechos e intereses legítimos de sectores

sociales no organizados, y que por lo mismo, no se encuentran en condiciones de acudir directamente al proceso. Nos referimos a los consumidores; a los afectados por la contaminación; a los interesados en la preservación o mejoramiento de las zonas urbanas; a todos aquellos que pretenden conservar el patrimonio histórico y cultural, y otros similares. Aun cuando también se han establecido diversos instrumentos para lograr ese acceso al proceso, consideramos que debe modificarse el concepto tradicional de la legitimación procesal, con objeto de que puedan iniciar y continuar el proceso tanto el ministerio público como personas y asociaciones que demuestren su capacidad de defender estos sectores difusos.

207. *Séptima.* Otro sector importante de efectividad del proceso se refiere al debido proceso legal o derecho de defensa judicial, el que sólo artificialmente y para efectos de estudio podemos separar de la acción procesal, puesto que ambas categorías poseen carácter bilateral, tomando en cuenta que la acción no sólo sirve de fundamento a la iniciación del procedimiento, sino también a su continuación hasta la ejecución y carecería de contenido sin los diversos aspectos del debido proceso.

207. *Octava.* Aun cuando bajo este nombre de debido proceso o derecho de defensa judicial se comprenden diversos instrumentos, entre los cuales destacan el carácter público del procedimiento; la igualdad efectiva de las partes; la oportunidad probatoria; las providencias cautelares; la fundamentación del fallo, y el control constitucional del proceso, varias de estas instituciones están consagradas en los textos constitucionales iberoamericanos o bien, en los pactos internacionales que han sido ratificados por la mayor parte de nuestros países, y que por lo mismo, forman parte de su derecho interno. Sin embargo, es preciso lograr el perfeccionamiento de todos estos instrumentos, pues de su correcta regulación constitucional y legal depende el funcionamiento efectivo del servicio público jurisdiccional con una verdadera proyección de justicia social, que en muchos supuestos está todavía lejos de alcanzar.

208. *Novena.* Entre los sectores relacionados con el derecho a la justicia podemos señalar el relativo al plazo razonable de terminación del proceso, que ha sido establecido en varios preceptos constitucionales de Iberoamérica y también en los pactos internacionales de derechos humanos, como un instrumento que pretende combatir el cáncer del proceso moderno: el rezago. La superación del propio rezago no depende sólo de un mandato legislativo sino de factores muy complejos, entre los cuales podemos señalar el creciente costo del proceso, que no resulta sencillo contrarrestar, puesto que es insuficiente la de-

claración de gratuidad del proceso prohibiendo las costas judiciales, sino que es preciso proporcionar a los justiciables sin recursos suficientes, los medios económicos para participar efectivamente en el procedimiento.

209. *Décima.* Debemos señalar la necesidad de lograr el correcto cumplimiento de las resoluciones judiciales, sin el cual resulta inútil o teórico todo el proceso. La experiencia nos indica que se deben superar numerosos obstáculos para lograr la ejecución de las sentencias desfavorables a las autoridades administrativas, y en otros supuestos se encuentra una fuerte resistencia en grupos organizados o de gran poder económico. Para ello las constituciones iberoamericanas han establecido la obligación de todas las autoridades para cumplir con los fallos que los afectan o prestar su auxilio para lograr su cumplimiento de otros sectores sociales, exigiendo la responsabilidad de los que se nieguen a cumplir estas obligaciones.

210. *Decimaprimer.* Un aspecto esencial del Estado social de derecho o de bienestar es su responsabilidad patrimonial por la errónea o defectuosa prestación de uno de los servicios públicos esenciales, es decir, la jurisdicción. Se advierte una clara evolución en los textos constitucionales iberoamericanos a partir de la responsabilidad personal del juzgador, hacia la directa del propio Estado (pasando por la de carácter subsidiario), particularmente en la materia penal, que es la que tiene mayor repercusión social. Aun cuando existe resistencia al pleno reconocimiento de esta responsabilidad directa, sin ella quedarían restringidos los derechos de acción y de defensa judicial.

211. *Decimosegunda.* En los últimos años se han renovado los estudios sobre los equivalentes jurisdiccionales, especialmente el arbitraje y la conciliación con medios para complementar y auxiliar a la función jurisdiccional, tomando en cuenta que el primero ha tenido un resurgimiento en materia de conflictos surgidos en el comercio internacional y que la segunda se ha diversificado para encomendarse a organismos técnicos que realizan una labor de prevención de conflictos, y dentro del proceso, para resolver rápidamente las controversias sin necesidad de continuar el procedimiento. En todo caso, se ha considerado preferible, para lograr su efectividad, que esta función mediadora se atribuya a conciliadores profesionales con preparación adecuada y no encomendarse al juzgador, quien solamente debe fiscalizar sus resultados.

212. *Decimotercera.* Uno de los instrumentos preventivos que ha tenido expansión acelerada en esta segunda posguerra es el organismo calificado genéricamente como *Ombudsman*, debido a su origen escandinavo. Designado por el órgano parlamentario o por el gobierno,

pero con autonomía, posee entre sus facultades esenciales las de recibir las quejas y reclamaciones de los gobernados contra los actos u omisiones de las autoridades administrativas que afectan sus derechos o intereses legítimos; procurar una solución inmediata a estos conflictos, y de no lograrlo, realizar las investigaciones necesarias para proponer medidas reparadoras a las propias autoridades. Además, estos organismos poseen la obligación de rendir un informe periódico y público de sus actividades en el cual pueden recomendar reformas legislativas o del procedimiento administrativo, con objeto de mejorar los servicios públicos.

213. *Decimocuarta.* El *Ombudsman* ha sido consagrado, siguiendo el modelo escandinavo y ampliando sus facultades, en las constituciones de Portugal de 1976 (promotor de la justicia) y España de 1978 (defensor del pueblo), con resultados satisfactorios no obstante su introducción reciente, para complementar y auxiliar a la jurisdicción administrativa. Los juristas latinoamericanos han tomado como ejemplos a estas instituciones y han propuesto en varias ocasiones su introducción en las cartas fundamentales de nuestros países, y si bien no se han logrado resultados importantes, será inevitable su consagración, en virtud de que la institución cumple una función esencial de tutela de los gobernados frente a una administración crecientemente intervencionista, lo que resulta inevitable en el Estado contemporáneo, y frente a la cual es insuficiente la protección judicial.

INDICE

	Pág.
PRESENTACIÓN	5
PRÓLOGO	9
<i>Capítulo I</i>	
DIVERSOS SIGNIFICADOS JURÍDICOS DEL AMPARO EN EL DERECHO IBERO-AMERICANO	17
I. Genealogía del vocablo	19
II. Acepciones en el derecho hispánico	23
III. El amparo en el derecho indiano	26
IV. Trascendencia del amparo en el derecho iberoamericano ...	27
A) <i>Como recurso o medio de impugnación de las resoluciones judiciales.</i>	27
B) <i>Como interdicto posesorio</i>	29
C) <i>El amparo de pobreza</i>	31
D) <i>Como procedimiento sumario para proteger los derechos de la persona humana</i>	32
V. Complejidad del amparo mexicano	40
VI. Posibilidad de establecer un amparo americano	50
<i>Capítulo II</i>	
LA PROTECCIÓN PROCESAL DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES EN AMÉRICA LATINA	53

	Pág.
I. Concepto de garantía individual: Terminología tradicional y significado actual	55
II. La jurisdicción constitucional de la libertad	60
III. <i>Habeas corpus</i>	63
IV. Mandamiento de seguridad	68
V. Acción o recurso de inconstitucionalidad	72
VI. Acción, recurso o juicio de amparo	76
VII. La protección de los derechos del hombre y las situaciones de emergencia	87
VIII. Bases uniformes para un amparo latinoamericano	89
IX. El amparo como instrumento de protección internacional ..	92
 <i>Capítulo III</i>	
ALGUNOS ASPECTOS DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES EN MÉXICO Y LATINOAMÉRICA	99
I. Planteamiento del problema	101
II. El delito de violación de garantías	104
III. La tutela respecto de los grupos profesionales y económicos.	106
IV. Necesidad de instrumentos procesales eficaces	118
V. El amparo contra actos de particulares, grupos sociales y organismos autónomos	120
VI. Conclusiones	128
 <i>Capítulo IV</i>	
INFLUENCIA DEL DERECHO ANGLOAMERICANO EN LA PROTECCIÓN PROCESAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA LATINA	131
I. <i>Habeas corpus</i>	133
II. Evolución en Inglaterra	135
III. Transformación del <i>habeas corpus</i> en Estados Unidos	137
IV. Algunos aspectos del <i>habeas corpus</i> en Latinoamérica	139
V. La revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes ...	144
VI. Los <i>writs</i> de <i>injunction</i> y <i>mandamus</i>	150
VII. Su influencia en los mandamientos de ejecución y prohibición del derecho argentino	152
 <i>Capítulo V</i>	
LA PROTECCIÓN PROCESAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA LATINA Y LAS SITUACIONES DE EMERGENCIA	155

Pág.

I. Planteamiento del problema	157
II. Los instrumentos de protección procesal de los derechos humanos	158
III. Los instrumentos específicos en Latinoamérica	160
IV. Las situaciones de emergencia y la seguridad del Estado ...	169
V. Criterio general de la legislación, la doctrina y la jurisprudencia	171
VI. Los tribunales ordinarios y las situaciones de emergencia ..	177
VII. Intervención de los tribunales militares	178
VIII. Seguridad nacional y derechos humanos	180

Capítulo VI

EL PENSAMIENTO DE EDUARDO J. COUTURE Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL PROCESAL	185
I. Introducción	187
II. Derecho constitucional y derecho procesal	189
III. Nacimiento de una nueva disciplina: el derecho constitucional procesal	190
IV. Sectores que la integran	201
V. La jurisdicción como función esencial del Estado moderno. Las garantías judiciales	203
VI. El proceso y la tutela de los derechos humanos. Las garantías de los justiciables	208
VII. El acceso a la jurisdicción	212
VIII. Conclusiones	218

Capítulo VII

FUNCIÓN DEL PODER JUDICIAL EN LOS SISTEMAS CONSTITUCIONALES LATINOAMERICANOS	221
I. Introducción	223
II. Derecho procesal y derecho constitucional	224
III. La jurisdicción como función esencial del Estado moderno ..	227
IV. El organismo judicial y su situación frente a los otros departamentos del poder	229
V. Justicia administrativa y Poder Judicial	234
VI. Ministerio Público y Judicatura	238
VII. Abogacía y función judicial	241
VIII. Las garantías judiciales y de las partes	243

	Pág.
IX. Los tribunales como garantes de la Constitución	245
X. Las cuestiones políticas	250
XI. Los estados de emergencia	253
XII. El Consejo Judicial	257
XIII. Facultades colegislativas	259
XIV. Autonomía financiera	259
XV. Lentitud y onerosidad procesales	261
XVI. El acceso a la jurisdicción	265
XVII. Actividad y pasividad judicial	267
XVIII. Conclusiones	269
 <i>Capítulo VIII</i>	
EL JUICIO DE AMPARO EN LATINOAMÉRICA	273
I. Necesidad del estudio comparativo	275
II. Significado jurídico del vocablo "amparo" en las legislaciones de Latinoamérica	278
III. Diversa amplitud protectora del juicio de amparo	281
IV. El juicio de amparo en Chile, Argentina, Venezuela y Perú ..	282
V. El amparo en Centroamérica y Panamá	291
VI. El amparo en las legislaciones más recientes: Bolivia, Paraguay y Ecuador	295
VII. El mandamiento de seguridad brasileño	296
VIII. El amparo contra actos de los grupos sociales	299
IX. El amparo y las situaciones de emergencia	303
X. El amparo latinoamericano	308
 <i>Capítulo IX</i>	
BREVES REFLEXIONES SOBRE LOS INSTRUMENTOS DE ARMONIZACIÓN JURÍDICA EN AMÉRICA LATINA	311
I. Introducción	313
II. Unificación y armonización del derecho en América Latina ..	316
III. Algunos ensayos de armonización por parte de organismos oficiales. El Comité Jurídico Interamericano	323
IV. Modelo de Código Tributario para América Latina	324
V. Los proyectos de armonización provenientes de organismos privados y académicos	326
VI. Proyecto de Código Penal Tipo Latinoamericano	326
VII. Código Aeronáutico Latinoamericano	329

Pág.

VIII. Propositiones para la armonización jurídica aprobadas en las jornadas latinoamericanas de derecho procesal	331
IX Conclusiones	334

Capítulo X

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN IBEROAMÉRICA Y LA DECLARACIÓN GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD	337
I. Introducción	339
II. Los sistemas americano y austriaco de justicia constitucional	341
III. La situación en Iberoamérica	346
IV. Ventajas e inconvenientes de la declaración general	360
V. Los tribunales constitucionales en Iberoamérica	371
VI. Los problemas de la interpretación constitucional	377
VII. Futuro de la justicia constitucional en los ordenamientos iberoamericanos	381
VIII. Conclusiones	390

Capítulo XI

JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y RÉGIMEN DEMOCRÁTICO EN IBEROAMÉRICA	393
I. Introducción	395
II. Justicia y Constitución	398
III. Sectores de la justicia constitucional	403
IV. Diversos sistemas	406
V. Preeminencia del sistema americano	408
VI. Creciente influencia de los tribunales constitucionales	414
VII. El modelo socialista del régimen constitucional cubano ...	423
VIII. Las tendencias predominantes de la justicia en los ordenamientos latinoamericanos	426
IX. Conclusiones	437

Capítulo XII

POSIBILIDAD DEL OMBUDSMAN EN EL DERECHO LATINOAMERICANO	441
I. Introducción	443
II. Doctrina latinoamericana sobre la institución	445
III. Proyecto de reforma constitucional o de carácter legislativo ..	449
IV. Instituciones paralelas: procuradurías del consumidor y Ministerio Público	452

	Pág.
V. La creación de los primeros instrumentos: especialmente en el ámbito local	456
VI. Las procuradurías de los derechos humanos en la legislación de Costa Rica y en la Constitución de Guatemala de 1985 ..	459
VII. Conclusiones	460
 <i>Capítulo XIII</i>	
EJERCICIO DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES SOBRE LA EFICACIA DEL PROCESO	463
I. Introducción	465
II. El derecho constitucional procesal	467
III. El acceso a la justicia	471
IV. La acción como derecho fundamental a la justicia	474
V. El debido proceso legal	493
VI. El plazo razonable y el rezago	514
VII. El costo del proceso	516
VIII. La ejecución del fallo	518
IX. La responsabilidad del Estado por la defectuosa prestación de la función jurisdiccional	520
X. Los equivalentes jurisdiccionales: el arbitraje y la conciliación	524
XI. El Ombudsman	529
XII. Conclusiones	538

Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos, terminó de imprimirse durante el mes de junio de 1988. La edición sobre papel de fabricación especial de 75 gr. consta de 1000 ejemplares más sobrantes para reposición y estuvo al cuidado de
MIGUEL ÁNGEL PORRÚA





Γρyπο Εδiτορiαl
Amargura 4, San Angel



Miγuel Angel Πορρiα, S.A.
Villa Alvaro Obregón, 01000, México, D.F.