

# LA CIENCIA DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus  
cincuenta años como Investigador del Derecho

Eduardo Ferrer Mac-Gregor  
Jorge Silvero Salgueiro  
(Coordinadores)



División de Investigación  
Legislación y Publicaciones



Corte Suprema  
de Justicia

Eduardo Ferrer Mac-Gregor  
Jorge Silvero Salgueiro  
(Coordinadores)

# LA CIENCIA DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

## *HOMENAJE PARAGUAYO*

A Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años  
como Investigador del Derecho



División de  
Investigación,  
Legislación y  
Publicaciones



Corte Suprema de Justicia

ASUNCIÓN - PARAGUAY  
2012

© CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
División de Investigación, Legislación y Publicaciones (DILP) del Centro  
Internacional de Estudios Judiciales.  
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma  
de México.

LA CIENCIA DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL. Edición 2012-603p

Alonso y Testanova. Asunción – Paraguay

Queda prohibida cualquier forma de reproducción, transmisión o archivo en  
sistemas recuperables, sea para uso privado o público por medios mecánicos,  
electrónicos, fotocopiadoras, grabaciones o cualquier otro sistema de archivo  
y recuperación de información total o parcial del presente ejemplar, con o  
sin finalidad de lucro, sin autorización expresa por escrito.

Primera Edición: 1000 ejemplares

340.1 COR	División de Investigación, Legislación y Publicaciones Publicaciones del Centro Internacional de Estudios de la Corte Suprema de Justicia. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.  LA CIENCIA DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL  Asunción – Paraguay. Edición 2012. 602p.
--------------	---

**ISBN 978-99953-41-13-8**

**COORDINACIÓN CORTE SUPREMA DE JUSTICIA:**

*Víctor Manuel Núñez Rodríguez*, Presidente

*Carmen Montanía Cibils*, Directora de la DILP

**ELABORACIÓN DE LA OBRA:**

*Rosa Elena Di Martino Ortiz*

*Marcos C. Villamayor Huerta*

*Gustavo Sánchez Paniagua*

**COORDINACIÓN INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS (UNAM):**

*Eduardo Ferrer Mac Gregor*

*Jorge Silvero Salgueiro*



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

VÍCTOR MANUEL NÚÑEZ RODRÍGUEZ  
**Presidente**

ALICIA PUCHETA DE CORREA  
**Vicepresidente 1º**

RAÚL TORRES KIRMSER  
**Vicepresidente 2º**

MIGUEL OSCAR BAJAC  
GLADYS ESTER BAREIRO DE MÓDICA  
SINDULFO BLANCO  
LUIS MARÍA BENÍTEZ RIERA  
ANTONIO FRETES  
CÉSAR GARAY ZUCCOLILLO  
**Ministros**



# ÍNDICE

NOTA PRELIMINAR	
Jorge Silvero Salgueiro	
Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México) .....	VII
PRÓLOGO GENERAL DE LA OBRA	
<i>Héctor Fix Fierro</i> .....	XIII
PREFACIO DE LA OBRA COMPLETA	
<i>Eduardo Ferrer Mac-Gregor</i>	
<i>Arturo Zaldívar Lelo de Larrea</i> .....	XXVII
SEMBLANZA DEL MAESTRO HÉCTOR FIX-ZAMUDIO	
<i>Eduardo Ferrer Mac-Gregor</i> .....	XXXVII
<b>JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL, PROCESOS Y DERECHOS HUMANOS</b>	
Héctor Fix-Zamudio y el origen científico al derecho procesal constitucional (1928-1956)	
<i>Eduardo Ferrer Mac-Gregor</i> .....	1
Héctor Fix-Zamudio: la defensa de los derechos humanos. Reflexiones sobre la Corte Interamericana	
<i>Sergio García Ramírez</i> .....	131
El tribunal constitucional y el control de la reforma constitucional	
<i>Jorge Carpizo</i> .....	155

La tutela directa de los derechos fundamentales por los tribunales constitucionales en América Latina <i>Giancarlo Rolla</i> .....	213
La protección de los derechos fundamentales frente a particulares <i>Diego Valadés</i> .....	237
Interpretación evolutiva de los derechos fundamentales <i>Raúl Canosa Usera</i> .....	267
La justicia cautelar como garantía de los derechos fundamentales <i>Marc Carrillo</i> .....	309
Tipología y efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional en los procedimientos de inconstitucionalidad ante la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español <i>Francisco Javier Díaz Revorio</i> .....	329
Las relaciones entre jurisdicción constitucional y justicia ordinaria a la luz de la experiencia alemana <i>Rainer Grote</i> .....	359
Justicia constitucional y amparo en Paraguay <i>Jorge Silvero Salgueiro</i> .....	379
La creciente internacionalización de las Constituciones iberoamericanas, especialmente en la regulación y protección de los derechos humanos <i>Héctor Fix-Zamudio</i> .....	395
Notas sobre la regulación de los medios masivos de comunicación en la Constitución de 1992 <i>Luis Lezcano Claude</i> .....	487
La garantía del Hábeas Corpus <i>Juan Carlos Mendonça Bonnet</i> .....	525

**NOTA INTRODUCTORIA AL  
HOMENAJE PARAGUAYO**





## NOTA INTRODUCTORIA AL HOMENAJE PARAGUAYO

En septiembre de 2008 se publicó la obra homenaje al Maestro HÉCTOR FIX-ZAMUDIO con motivo de sus *bodas de oro* académicas.<sup>1</sup> Debido a la dimensión de esa obra (XII tomos, en la que participaron 433 autores de 37 nacionalidades), y dada la dificultad que representa la distribución y difusión de la misma, se estimó oportuno publicar por separado en catorce países las colaboraciones nacionales.

Así aparecieron los respectivos homenajes nacionales (2008-2011) debido al impulso de los destacados juristas: ROBERTO O. BERIZONCE (*Argentina*);<sup>2</sup> JOSÉ AFONSO DA SILVA (*Brasil*);<sup>3</sup> JOSÉ ANTONIO RIVERA SANTIVÁÑEZ (*Bolivia*);<sup>4</sup> JAIRO PARRA QUIJANO (*Colombia*);<sup>5</sup> RUBÉN HERNÁNDEZ VALLE (*Costa Rica*);<sup>6</sup> HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ (*Chile*);<sup>7</sup> DOMINGO GARCÍA BELAUNDE (*Perú*);<sup>8</sup> GIUSEPPE DE VERGOTTINI y LUCA MEZZETTI (*Italia*);<sup>9</sup> ESCOBAR FORNOS y SERGIO CUAREZMA TERÁN (*Nicaragua*).<sup>10</sup>

También se publicó el *Homenaje Mexicano* en V extensos volúmenes;<sup>11</sup> quedando pendientes por publicarse los restantes homenajes,

---

<sup>1</sup> FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del derecho*, México, UNAM-Marcial Pons-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, XII tomos, 2008.

<sup>2</sup> Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, II tomos, 2009.

<sup>3</sup> Sao Paulo, Malheiros Editores-UNAM, 2009.

<sup>4</sup> Cochabamba, Kipus-UNAM, 2010.

<sup>5</sup> Bogotá, Temis-UNAM, 2009.

<sup>6</sup> San José, Editorial Juricentro-UNAM, 2008.

<sup>7</sup> Santiago, Editorial Librotecnia-UNAM, 2009.

<sup>8</sup> Lima, IDEMSA-UNAM, 2009.

<sup>9</sup> Padua, Cedam, 2011.

<sup>10</sup> Managua, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica-UNAM, 2010.

<sup>11</sup> México, Porrúa-UNAM, V tomos, 2009.

debido al generoso apoyo de ANDRY MATILLA (*Cuba*),<sup>12</sup> SALVADOR E. ANAYA (*El Salvador*),<sup>13</sup> JORGE MARIO GARCÍA LAGUARDIA (*Guatemala*),<sup>14</sup> y ALLAN R. BREWER CARÍAS (*Venezuela*).<sup>15</sup>

La presente obra constituye el *Homenaje Paraguayo* al doctor HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, en la que se recopilan algunos ensayos aparecidos en los XII tomos de la obra general que se estima resultan de interés para la comunidad jurídica de Paraguay.

Consideramos que las aportaciones de HÉCTOR FIX-ZAMUDIO al Derecho procesal constitucional han resultado fundamentales para su aceptación como disciplina autónoma<sup>16</sup>. Con su enfoque de insistir en el estudio de las garantías constitucionales a fin de lograr una mayor efectividad de los derechos fundamentales HÉCTOR FIX-ZAMUDIO nos ha mostrado el camino para una eficiente jurisdicción constitucional de los derechos humanos. Y desde su cargo de Ex Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos supo poner en práctica sus magníficas enseñanzas.

Esta publicación es la vez un buen motivo para impulsar el Derecho procesal constitucional en Paraguay. La Constitución de 1992 consagra las garantías constitucionales contenidas en los artículos 131-136 a fin de hacer efectivos los derechos consagrados en la Constitución. De esta forma se resalta que dichos instrumentos procesales y las jurisdicciones que atienden esos procesos están en función a implementar la Constitución y su mandato de respeto a los derechos fundamentales. Este rol trascendental de las garantías procesales en el sistema constitucional requiere necesariamente de un debate permanente y autónomo acerca de su conformación, reglamentación y desarrollo.

Agradecemos muy sinceramente a la Corte Suprema de Justicia de Paraguay su decidido apoyo para lograr esta publicación, conjuntamente con el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; instituciones que gracias al convenio de cooperación académica celebrado en 2009 han

---

<sup>12</sup> La Habana, Universidad de La Habana-UNAM, 2012 (en proceso).

<sup>13</sup> San Salvador, UCA-UNAM, 2011 (en proceso).

<sup>14</sup> Guatemala, UNAM, 2011 (en proceso).

<sup>15</sup> Caracas, Editorial Jurídica Venezolana-UNAM, 2011 (en proceso).

<sup>16</sup> Al respecto, véase: Ferrer Mac Gregor, Eduardo, *Derecho Procesal Constitucional. Origen científico (1928-1956)*, Marcial Pons, Madrid, 2008.

generado eventos académicos de relevancia. Hacemos extensivo nuestros agradecimientos a la División de Investigación, Legislación y Publicaciones de la Corte Suprema de Paraguay que tan eficientemente ha asumido la labor de publicación de este material.

Jorge SILVERO SALGUEIRO  
Eduardo FERRER MAC-GREGOR

*Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM  
Ciudad Universitaria, México  
Otoño de 2011*



## **PRÓLOGO GENERAL DE LA OBRA**



## PRÓLOGO

### HÉCTOR FIX-ZAMUDIO Y EL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM\*

Apenas hay palabras para expresar el orgullo que significa para mí —como hijo, como discípulo, como jurista mexicano, y como sucesor del homenajeado en la dirección del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM— escribir unas palabras de presentación para esta obra que debe considerarse excepcional por muchos motivos, lo que el lector descubrirá fácilmente. Tampoco las hay para describir la gran dificultad que significa este empeño, que fácilmente puede fracasar en mi caso, por exceso o por defecto, en la ponderación de los méritos académicos y personales de Héctor Fix-Zamudio y de todo lo que le debe nuestro Instituto. Ésa es una tarea que otros habrán de realizar con mejor fortuna. Por ello, deseo intentar una reflexión distinta, que estoy seguro que él mismo aprobaría, pues siempre ha insistido en que sus méritos son compartidos. Me pregunto entonces lo siguiente: ¿cuáles son los factores “estructurales” y “culturales”, y no solamente personales o circunstanciales, que ayudan a explicar por qué Héctor Fix-Zamudio representa mejor que nadie los valores académicos y éticos que cultiva el Instituto de Investigaciones Jurídicas? Y ¿por qué su figura y el Instituto han llegado a tener la influencia y el prestigio del que gozan actualmente en el mundo jurídico-político de México e Iberoamérica, principalmente?

En un interesante y provocador ensayo sobre la profesión jurídica mexicana y lo que llaman sus “estrategias internacionales”, dos sociólogos del derecho, Yves Dezalay y Bryant Garth, identifican al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (IIJ) como una institución forma-

\* Agradezco los benevolentes y útiles comentarios de Jacqueline Martínez, Sergio López-Ayllón y Juan Vega.



da por académicos que, por carecer de capital político y social, decidieron invertir en el “derecho puro”, es decir, en la revaloración del derecho como elemento autónomo del Estado, a partir de una concepción más técnica, abierta e internacional de los estudios jurídicos.<sup>1</sup> Dezalay y Garth señalan que Héctor Fix-Zamudio es la “figura clave” en el Instituto, y dicen de él lo siguiente:

Durante su periodo como director, el IIJ pasó de ser un pequeño centro a la sombra de la Facultad de Derecho de la UNAM a convertirse en una institución académica independiente y con más prestigio... Fix-Zamudio no provenía de una familia rica o bien relacionada; en cambio, decidió invertir plenamente en las ideas de la investigación jurídica de tiempo completo, la selección meritocrática y la apertura hacia los enfoques del exterior. Todavía activo en el IIJ, Fix-Zamudio mismo dio el tono y guió con el ejemplo, logrando considerable reconocimiento por su obra académica, especialmente en el campo del amparo.<sup>2</sup>

Más adelante, Dezalay y Garth señalan que varios miembros del IIJ, pertenecientes a una nueva generación, se incorporaron al gobierno en distintos momentos:

...el Instituto de Investigaciones Jurídicas había utilizado su producción académica para incrementar su prestigio relativo, y su estatus de élite contribuyó a atraer a algunos de los más talentosos y ambiciosos estudiantes de derecho, e incluso a algunos de los mejor relacionados... Sin embargo, en contraste con Héctor Fix-Zamudio, una nueva generación se ha aprovechado de los fenómenos internacionales y sus inversiones en el derecho para desarrollar una nueva política del derecho dentro de la élite gobernante del Estado.<sup>3</sup>

Con independencia de que se comparta o no la visión que tienen Dezalay y Garth de las “estrategias” de los académicos del Instituto para in-

<sup>1</sup> Dezalay, Yves y Bryant G. Garth, “De elite dividida a profesión cosmopolita. Los abogados y las estrategias internacionales en la construcción de la autonomía del derecho en México”, en Fix-Fierro, Héctor (ed.), *Del gobierno de los abogados al imperio de las leyes. Estudios sociojurídicos sobre educación y profesión jurídicas en el México contemporáneo*, México, UNAM, 2006, pp. 206 y ss. (la versión original de este ensayo se publicó en 1995 como documento de trabajo de la *American Bar Foundation*).

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 207.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 228.

fluir en la política del derecho, subsiste el hecho de que muchos de sus miembros, antiguos y actuales, han participado en la construcción y la reforma de algunas de las más importantes instituciones jurídicas del Estado mexicano a partir de la década de los ochenta. Resulta evidente que este hecho no se puede explicar únicamente por los méritos personales de los participantes, así como tampoco por las relaciones personales o políticas que hayan tenido con el grupo gobernante respectivo. Sin embargo, Dezalay y Garth sí apuntan a la interrelación de algunos de los factores explicativos, y sobre ellos conviene hacer una reflexión más amplia.

Dezalay y Garth sitúan en la gestión de Héctor Fix-Zamudio como director del IIJ (1966-1978) el inicio de la profesionalización de la investigación jurídica. En efecto, hasta mediados de la década de los sesenta no existía en nuestro país una carrera académica institucionalizada en el campo del derecho. Había muy pocos profesores de tiempo completo en las escuelas y facultades de derecho, por lo que los autores de los libros y manuales jurídicos más conocidos o prestigiados eran casi siempre profesores que tenían despacho propio o laboraban en alguna institución del sector público. Por tanto, no existía propiamente una carrera académica con dedicación exclusiva, porque la inversión que requería el “derecho puro” era de muy largo plazo y muy incierta, mucho más que ahora, en que las condiciones que la hacen posible han mejorado notablemente.

Varios factores institucionales y circunstanciales contribuyeron a la *profesionalización de la investigación jurídica* en el IIJ. En primer lugar, la autonomía del IIJ respecto de la Facultad de Derecho, que se reconoció en 1948, fue un elemento crucial. Hasta el día de hoy la investigación jurídica no ha logrado institucionalizarse ni profesionalizarse plenamente en nuestro país. En las escuelas de derecho, tanto públicas como privadas, la investigación es escasa, ya sea porque en general no se considera una actividad “rentable” y útil, o bien, porque los profesores de tiempo completo (los “profesores-investigadores”) son absorbidos casi totalmente por las actividades docentes.

En segundo lugar, durante el rectorado del doctor Ignacio Chávez (1961-1966) se inició en la Universidad Nacional un programa de formación del personal académico, programa que continuó bajo el rectorado del ingeniero Javier Barrios Sierra (1966-1970). Este programa permitió

el ingreso al IIJ de varios jóvenes becarios, muchos de los cuales realizaron posteriormente estudios de posgrado en el extranjero. Para todos ellos, Héctor Fix-Zamudio es, y sigue siendo, “El Maestro Fix”, con independencia de que hayan sido sus discípulos directos. A la distancia, resulta claro que esos jóvenes investigadores no conformaron simplemente un grupo de edades próximas, sino una verdadera *generación* —la primera generación como tal del Instituto— que compartía, y en mucho comparte todavía, una misma idea de la investigación y de las tareas de la política jurídica, en gran medida bajo el ejemplo y guía del Maestro Fix.<sup>4</sup> Y si bien muchos de ellos desempeñaron importantes funciones públicas en las décadas siguientes, varios han regresado a la vida académica en el IIJ. No hay duda de que debemos al Maestro Fix y a esa generación la creación del fuerte sentido de comunidad y pertenencia que caracteriza al Instituto y que comparten las nuevas generaciones, a pesar del considerable crecimiento de la planta académica en estos años.<sup>5</sup>

En tercer lugar, una clave del éxito del Instituto radica en la *continuidad*. En un país donde la vida de las instituciones es todavía bastante precaria, en parte porque existe escasa continuidad en los programas y las políticas institucionales, el Instituto destaca por haber mantenido una

<sup>4</sup> En una perspectiva sociológica, el concepto de “generación” tiene varios significados. Uno de ellos, que se remonta a Wilhelm Dilthey y Karl Mannheim, designa a un grupo que comparte una “posición” socio-histórica similar, lo que trae consigo una cierta identidad del pensamiento, la acción y el sentimiento. Así, las generaciones, o grupos dentro de ellas, pueden conformar en cierto modo actores colectivos en el acontecer sociohistórico. Véase Majce, Gerhard, voz “Generation” en Endruweit, Günter y Gisela Trommsdorff (eds.), *Wörterbuch der Soziologie*, Stuttgart, Enke-dtv, 1989, vol. 1, pp. 233 y 234. En el caso de esta primera generación del IIJ que nos ocupa, quedaría por explorar si sus integrantes pretendían lograr objetivos de cambio jurídico-institucional, y las razones por las que pensaban que podrían lograrlo a través de la labor académica.

<sup>5</sup> Así lo revela una encuesta realizada en febrero de 2007 entre los investigadores del Instituto. A la pregunta “¿Qué tanto se siente usted parte de la comunidad del Instituto de Investigaciones Jurídicas?”, 79.9% contestó que “mucho” y 16.3% que “algo”. Curiosamente, fue más elevado el porcentaje de quienes dijeron sentirse “parte de la UNAM” (95.1%), pero eso quizá pueda explicarse por el hecho de que es más fácil identificarse con un ente abstracto, y sobre todo, porque la pregunta no se refería a la “comunidad” de la Universidad.

Respecto al crecimiento de la planta académica, en 1966 había solamente cuatro investigadores de tiempo completo. En 1980 ya eran 26; en 2000, el número se había elevado a 71, y en la actualidad son más de 90. Véase *XL aniversario del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, México, UNAM, 1980 e *Instituto de Investigaciones Jurídicas. Sexagésimo aniversario*, México, UNAM, 2000.

misma orientación general de su quehacer. La continuidad no se refleja exclusiva, ni siquiera primordialmente, en el crecimiento constante de la planta académica, del número de eventos académicos y de títulos publicados. Sin duda esto ha ocurrido y de manera muy notable,<sup>6</sup> pero ello se debe, en parte al menos, a los procesos naturales de crecimiento de la sociedad y, por tanto, de los recursos dedicados a la educación superior. El valor más profundo de la continuidad radica sobre todo en la posibilidad de realizar proyectos de largo aliento, así como en la de innovar y construir sobre la base de lo existente.<sup>7</sup>

La continuidad y el creciente prestigio de una carrera en la investigación jurídica han sido, en cuarto término, un elemento que favorece la renovación generacional. Después de esa primera generación, entre mediados de la década de los ochenta y mediados de los noventa ingresó en el Instituto una nueva generación, y en estos momentos está incorporándose otra más. Cada una de estas generaciones se ha caracterizado por una formación cada vez más sólida y amplia, con estudios en distintos países del extranjero (España, Italia, Francia, Alemania, principalmente), lo que ha permitido la considerable ampliación de las redes y los contactos académicos del Instituto, dentro y fuera del país.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> Véanse los informes anuales de labores del director del IJ, publicados a partir de 1980 en el *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (consultables en [www.bibliojuridica.org](http://www.bibliojuridica.org)).

<sup>7</sup> Menciono como ejemplos de tales proyectos, entre otros, la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada* (1985, con 19 ediciones hasta 2006), el *Diccionario Jurídico Mexicano* (1982, dos ediciones y numerosas reimpresiones), la *Enciclopedia Jurídica Mexicana* (2002) y la *Latinoamericana* (2006), y los *Derechos del pueblo mexicano* (obra patrocinada por la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, también con varias ediciones).

<sup>8</sup> Esta actividad de expansión se ha manifestado, sobre todo, en la celebración de numerosos convenios de colaboración con instituciones nacionales y extranjeras, mediante los cuales se acuerdan diversas formas de cooperación académica, como la realización de congresos y otros eventos, la publicación de revistas y libros en coedición, la elaboración de estudios y análisis jurídicos, la impartición de diplomados y cursos de maestría y doctorado, etcétera.

En relación con lo anterior, resulta indispensable mencionar que la fundación del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional en México en 1975, así como el hecho de que la presidencia la han ocupado dos juristas mexicanos —Héctor Fix-Zamudio y Jorge Carpizo— y de que su sede se encuentra en el propio IJ, ha resultado crucial para cimentar el prestigio académico del IJ en el continente americano y en Europa occidental.

Hemos dicho que Dezalay y Garth insisten en la importancia de que en el Instituto se haya cultivado lo que ellos llaman el “derecho puro”, o “autónomo”, a partir de una visión más abierta e internacional de los estudios jurídicos. En realidad, ésta ha sido la vocación explícita del Instituto —que nació en 1940 con el nombre de Instituto de Derecho Comparado de México—, pues sus fundadores pretendían contribuir al perfeccionamiento del orden jurídico nacional a través del método comparativo. Esta visión, que puede parecer evidente en la actualidad, no lo era de ningún modo entonces en aquel tiempo, no sólo por las considerables dificultades de acceso al derecho extranjero, sino porque en el medio jurídico mexicano se iba introduciendo un creciente nacionalismo —reflejo del clima nacionalista imperante en el país— que propiciaba su aislamiento frente al exterior. Quizá no sea casualidad que haya sido un distinguido profesor español, don Felipe Sánchez Román, a quien se debe la iniciativa directa de fundar el Instituto, pero las autoridades de la entonces Escuela Nacional de Jurisprudencia sabían de la importancia que tenía contar con un instituto de estudios jurídicos de esta naturaleza y, sobre todo, estaban conscientes del avance del “nacionalismo jurídico” y sus peligros. En su discurso con motivo de la inauguración del Instituto el 7 de mayo de 1940, don Manuel Gual Vidal, director de la Escuela, señaló que la fundación del Instituto estaba referida “a la situación de México en el continente, a nuestras relaciones de espíritu, de idioma y de tradiciones jurídicas, y por otra parte, al hecho, también comprobado y doloroso, de que México se haya venido apartando cada vez más de las corrientes de ese derecho”.<sup>9</sup> Y continuó diciendo:

México, sin concurrir a los congresos que en Sudamérica se han celebrado; México, sin hacer estudios de derecho comparado, como no sea por el esfuerzo individual y personal de algunos estudiosos de la materia; México, que a pesar de tener el mérito de ser cabeza en este movimiento, ha abandonado hoy el movimiento mismo. Y lo encontramos totalmente aislado, sin conocer la legislación de otros países con los que nos liga la tradición jurídica, desorientado por las diversas influencias que han sufrido esos países. Es, pues, propósito definido y concreto del Instituto de Derecho Comparado de México, hacer una revisión de esos problemas, estudiar

<sup>9</sup> Véase “Discurso del Lic. Manuel Gual Vidal, Director de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, en la inauguración del Instituto de Derecho Comparado de México el 7 de mayo de 1940”, en Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto (ed.), *XXV Aniversario del Instituto de Derecho Comparado de México (1940-1965)*, México, UNAM, 1965, p. 140.

el derecho de otros países, pero especialmente del continente americano, con la tendencia, nada más la tendencia... de llegar a la unificación, en cada una de sus materias, del derecho americano.<sup>10</sup>

Puede decirse que, entre los investigadores del Instituto, fue Héctor Fix-Zamudio quien mejor recibió, de manos de su maestro más cercano y querido, don Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (1906-1985), y quien más profundizó, desde sus primeros trabajos, esta herencia fundacional, misma que muy pronto lo puso en contradicción con los juristas que rechazaban las “teorías jurídicas extranjerizantes” que se cultivaban en el Instituto. Entre ellos destaca don Ignacio Burgoa Orihuela, quien era un reconocido profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM y autor de un prestigioso manual sobre el juicio de amparo mexicano.<sup>11</sup> No se trataba de una mera diferencia de criterio jurídico, de la dilucidación de teorías jurídicas “correctas” o “falsas”, sino de una visión particular sobre el derecho y los estudios jurídicos mismos, y quizá en ello haya influido la mayor o menor distancia de los participantes frente al *establishment* jurídico-gubernamental de entonces. En todo caso, los comparatistas del Instituto no creían estar haciendo nada extraordinario, pues simplemente consideraban que había que tomar en cuenta los avances generales de la ciencia jurídica para entender mejor el derecho nacional. Después de todo, los creadores de las instituciones jurídicas nacionales más importantes habían sido juristas profundamente interesados en las experiencias de otras latitudes, y ellos mismos estaban conscientes de estar adaptando lo que creían mejor de esas experiencias para la solución de los problemas nacionales. Se entiende, por ello, que los representantes del nacionalismo jurídico hayan percibido como muy incómoda una actitud intelectual que, por ser meramente académica y no ideológica, constituía una crítica demoleadora de los mitos y prejuicios que sostenían.

<sup>10</sup> *Idem*. El licenciado Gual Vidal insistió en su discurso en que la fundación del Instituto pretendía contribuir también a la unificación del derecho nacional, igualmente a través de los estudios comparados.

<sup>11</sup> La reacción del profesor Burgoa, expresada, sin decir nombres, en el prólogo a su obra más conocida, resulta tanto más explicable, por cuanto Héctor Fix-Zamudio proponía —desde su tesis de licenciatura (1955), intitulada *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo*, y recogida más tarde en su libro *El juicio de amparo*, México, Porrúa, 1964— utilizar los conceptos de la teoría general del proceso —elaborada principalmente por juristas alemanes, italianos y españoles— para abordar la más nacional de las instituciones jurídicas mexicanas.

Irónicamente, ha sido esa herencia “extranjerizante” la que ha contribuido, con el tiempo, a hacer de Héctor Fix-Zamudio el estudioso de las instituciones jurídicas mexicanas, como el juicio de amparo, más conocido en el extranjero, y del Instituto de Investigaciones Jurídicas, un participante relevante en los procesos de reforma jurídica nacional. Fue en el Instituto donde se empezaron a estudiar, y de manera principal por el propio Maestro Fix, algunas de las instituciones que estaban teniendo gran desarrollo en el extranjero durante la segunda posguerra, como el *ombudsman*, el consejo de la judicatura, y los tribunales constitucionales,<sup>12</sup> las que más tarde se incorporarían en el derecho mexicano cuando se advirtió que resultaban imprescindibles para la renovación de la vida pública del país.

Todos los elementos anteriores, como ya se dijo, no son suficientes para entender por qué varios miembros del Instituto tuvieron un destacado papel en la preparación y elaboración de algunas de las reformas más importantes de las décadas de los ochenta y noventa. Además de las capacidades individuales y las relaciones personales que pudieron haber influido, se requiere un contexto social y político que explique la necesidad del cambio jurídico e institucional. En efecto, a partir de 1982 y con más fuerza en la década de los noventa, se produce una profunda transformación de las normas e instituciones del derecho mexicano, como consecuencia de la necesidad de encauzar, acompañar y consolidar jurídicamente la liberalización y la apertura de la economía mexicana, así como el proceso de democratización política.<sup>13</sup> Pero no se trataba de dar simplemente “forma jurídica” a los cambios políticos y económicos, sino que en este proceso el derecho empezó a asumir nuevas funciones de regulación y legitimación, hasta el punto en que puede hablarse del surgimiento de un nuevo modelo o paradigma de derecho, y de una verdadera

<sup>12</sup> En todos estos temas tiene Héctor Fix-Zamudio importantes obras precursoras en la doctrina mexicana, que se remontan a la década de los sesenta.

<sup>13</sup> De la amplia bibliografía que existe sobre los cambios jurídicos de estos años véase, desde una perspectiva más sociojurídica, López-Ayllón, Sergio, *Las transformaciones del sistema jurídico mexicano. La encrucijada entre tradición y modernidad*, México, UNAM, 1997; López-Ayllón, Sergio y Fix-Fierro, Héctor “«¡Tan cerca, tan lejos!» Estado de derecho y cambio jurídico en México (1970-2000)”, en Fix-Fierro, Héctor *et al.* (eds.), *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, México, UNAM, 2003, pp. 503-603. Véase también Cossío Díaz, José Ramón, *Cambio social y cambio jurídico*, México, ITAM-Miguel Ángel Porrúa, 2001.

“transición jurídica”, para calificar al proceso que le da origen y al contexto en el que se desarrolla.<sup>14</sup>

Cabe preguntarse ahora si la intervención de Héctor Fix-Zamudio y de otros miembros del Instituto en el proceso de cambio jurídico han tenido alguna orientación en particular, o si carece de un claro hilo conductor. Considérese, en este sentido, que los integrantes del Instituto participaron en la creación, reforma o desarrollo, entre otras, de las siguientes instituciones: la Defensoría de los Derechos Universitarios de la UNAM (1985); la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (1990); el Tribunal Federal Electoral (1990, ahora Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación); el Tribunal Superior Agrario (1992); la Suprema Corte de Justicia de la Nación (1987 y 1994) y el Consejo de la Judicatura Federal (1994); el Instituto Federal Electoral (1990); el Instituto Federal de Acceso a la Información (2002); el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (2004). Además, varios miembros (o ex miembros) del Instituto han intervenido en otros importantes proyectos de reformas constitucionales y legales (incluyendo los más recientes), tanto federales como de algunas entidades federativas, entre las que destacan varias en materia de procuración e impartición de justicia (como la introducción de los “juicios orales”).

La mayoría de las instituciones y reformas mencionadas tienen un elemento en común: los *derechos humanos* en un sentido amplio.<sup>15</sup> Inde-

<sup>14</sup> Sobre el concepto de transición en el campo del derecho, véase Fix-Fierro, Héctor y López-Ayllón, Sergio, “Legitimidad contra legalidad. Los dilemas de la transición jurídica y el Estado de derecho en México”, *Política y Gobierno*, México, vol. VIII, núm. 2, segundo semestre de 2001, pp. 347-393, y “Cambio jurídico y autonomía del derecho: un modelo de la transición jurídica en México”, en Caballero Juárez, José Antonio y Serna de la Garza, José María (eds.), *Transición y Estado de derecho en México*, México, UNAM, 2002, pp. 95-137. Véanse también los demás ensayos reunidos en este último volumen, así como en González, María del Refugio y López-Ayllón, Sergio (coords.), *Transiciones y diseños institucionales*, México, UNAM, 1999.

<sup>15</sup> En un sentido general, quizá habría que agregar aquí la *democracia*, pero se trata de un concepto menos unívoco, respecto del cual seguramente habría menos consenso entre los miembros del Instituto en cuanto a sus modalidades y alcances concretos. Por ello, me concentro en el eje de los derechos humanos, considerando que su defensa incluye la promoción de la democracia.

En cuanto a otros campos distintos de los derechos humanos, conviene mencionar que dos antiguos miembros del Instituto ejercieron importantes responsabilidades como asesores jurídicos en las negociaciones del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, entre México, los Estados Unidos y Canadá (1991-1993), pero en general el IJ ha te-



pendientemente de la necesidad “objetiva” de estudiar y promover estos derechos en el mundo contemporáneo, ante la naturaleza del régimen político entonces imperante, pero también debido a los ancestrales rezagos del país en la materia, en la elección de los derechos humanos, como instrumento de la política jurídica, radica una decisión estratégica (consciente o no) de gran fuerza y legitimidad, no sólo porque ese discurso es capaz de desarmar preventivamente cualquier resistencia política directa (¿quién puede estar abiertamente en contra de los derechos humanos?), sino también porque se trata de figuras que naturalmente están insertas en un contexto más amplio que el del Estado-nación.<sup>16</sup>

Como ya se ha señalado, tanto desde la perspectiva de los derechos humanos como desde el punto de vista del proceso más amplio de transición jurídica en México, el derecho acrecienta su relevancia no sólo como instrumento de la regulación social (en particular de la económica), sino también como factor de la legitimidad política. Ante el desgaste de los viejos modelos políticos (el presidencialismo), el sistema jurídico parece ofrecer una nueva legitimidad, caracterizada por la despolitización y la racionalización de los conflictos, así como por la imparcialidad de sus decisiones. En términos weberianos, se trata de la legitimidad que genera la legalidad (aunque deba ser una legalidad no puramente formal). Esto permite entender por qué la justicia en general, y los jueces y tribunales en particular, asumen una nueva relevancia en el nuevo modelo de derecho.<sup>17</sup>

Lo anterior requiere todavía un elemento más de explicación. Puesto que la transición jurídica mexicana no se produjo mediante ruptura, hay necesidad de legitimar internamente al nuevo derecho, sobre todo ante los antiguos operadores jurídicos, que tienen que entenderlo y aplicarlo en un contexto social más exigente. Es por ello que se recurre a la doctrina, cuya función es la de explorar y vincular al orden jurídico positivo con modelos filosóficos y teóricos más amplios, pero también a las capa-

nido una orientación menos fuerte hacia los temas económicos y, en general, del derecho privado.

<sup>16</sup> Esta es una de las razones por las que Dezalay y Garth hablan de “estrategias internacionales”.

<sup>17</sup> Sobre la legitimidad que ofrece el derecho en un contexto de transición, véase Fix-Fierro, Héctor y López-Ayllón, Sergio, “Legitimidad contra legalidad. Los dilemas de la transición jurídica y el Estado de derecho en México”, *Política y Gobierno*, *cit.*, nota 14.

ciudades operativas de los juristas académicos, pues ellos no sólo se han apropiado de esos nuevos modelos, sino que ofrecen la ventaja —la legitimidad, en una palabra— de estar desvinculados de los intereses creados y las prácticas habituales del viejo sistema. Es en este contexto que se revela, en todas sus dimensiones, la importancia de la profesionalización y la institucionalización de la investigación jurídica que se ha logrado en el IJ. En su lenguaje, tomado fundamentalmente de la sociología de Pierre Bourdieu (1930-2002), Dezalay y Garth dirían que, en el marco de los imperativos económicos y políticos que impone la globalización, el capital académico se transforma en capital jurídico-político, el que otorga tanta mayor influencia a sus detentadores cuanto más deseado es por una elite que desespera por recuperar, a través del derecho, parte de la legitimidad perdida.

Quiero terminar estas líneas en un tono más personal, que sólo puede ser de gratitud hacia Héctor Fix-Zamudio. Lo que el Instituto, la ciencia jurídica mexicana y la vida institucional del país le deben, se refleja, aunque pálidamente, en los párrafos anteriores. Él ha sido ejemplo constante y guía certera para todos nosotros; ha sido, en suma, el ancla de las generaciones del Instituto. La lista particular de lo que yo debo agradecerle, en cambio, es mucho más larga, pero para ello me faltan, y me sobran nuevamente, las palabras. Porque en mi vida yo he cosechado mucho de lo que no he sembrado, le pido ahora, con emoción, que reciba este homenaje como parte de la cosecha de lo que ha sembrado durante más de cincuenta años, y que todos deseamos que sean muchos más.

Héctor FIX-FIERRO\*

\* Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.



## PREFACIO

En el año de 1956 aparecen los primeros trabajos de Héctor Fix-Zamudio: “Derecho procesal constitucional”,<sup>1</sup> “La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana”,<sup>2</sup> “El proceso constitucional”,<sup>3</sup> “Estructura procesal del amparo”<sup>4</sup> y “La aportación de Piero Calamandrei al derecho procesal constitucional”.<sup>5</sup> En octubre de ese mismo año ingresó al entonces Instituto de Derecho Comparado (hoy de Investigaciones Jurídicas) de la Universidad Nacional Autónoma de México.

A cincuenta años de distancia se advierte la trascendencia de aquellas primeras publicaciones que representan el inicio de una brillante carrera académica. Y es por ello que en el año de 2006 comentamos con el doctor Diego Valadés, en aquel momento director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, la conveniencia de conmemorar las *bodas de oro* académicas del maestro Fix-Zamudio. El doctor Valadés no sólo acogió con beneplácito la idea sino que nos encomendó la delicada labor de la coordinación del proyecto, que luego respaldó con entusiasmo el actual director de ese Instituto, el doctor Héctor Fix-Fierro.

Se decidió que la obra homenaje tuviera como eje temático al *derecho procesal constitucional*, debido a que esa disciplina ha constituido una de sus preocupaciones fundamentales desde sus primeros ensayos y por representar su principal forjador en los últimos cincuenta años. Así, la presente obra se suma a los dos homenajes anteriores. El primero, publicado por el propio Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM en 1988, conmemorando sus treinta años de investigación en las ciencias ju-

<sup>1</sup> *La Justicia*, t. XXVII, núms. 309 y 310, enero y febrero de 1956, pp. 12300-12313 y 12361-12364.

<sup>2</sup> *Foro de México*, núm. XXXV, febrero de 1956, pp. 3-12.

<sup>3</sup> *La Justicia*, núm. 317, t. XXVII, septiembre de 1956, pp. 12625-12636.

<sup>4</sup> *La Justicia*, núm. 318, t. XXVII, octubre de 1956, pp. 12706-12712.

<sup>5</sup> *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. VI, núm. 24, octubre-diciembre de 1956, pp. 191-211.

rídicas;<sup>6</sup> y el segundo, publicado una década después, en 1998, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en reconocimiento a su destacada trayectoria en esa jurisdicción internacional.<sup>7</sup>

La labor de convocatoria y de recepción de los trabajos no fue sencilla. En principio se tuvo en consideración una lista inicial de los juristas más cercanos al doctor Fix-Zamudio, que nos proporcionó gentilmente la señora Evangelina Suárez, su eficiente secretaria de hace casi veinte años. Posteriormente la lista fue creciendo de manera importante debido a los muchos juristas que deseaban participar y que se enteraron del proyecto.

El resultado es el que el lector tiene en sus manos; la participación de más de cuatrocientos juristas a nivel mundial, en la que se unen académicos, profesores, jueces, servidores públicos, discípulos y condiscípulos de varias generaciones, lo que permite un enfoque plural y amplio de la materia central de la obra y también de otras disciplinas jurídicas.

Para mayor claridad sistemática, la obra se divide en doce tomos, distribuidos en cuarenta y seis capítulos, referidos en su mayoría a las temáticas de estudio de la *Ciencia del Derecho Procesal Constitucional* en su concepción amplia. De esta forma, la obra se compone de los siguientes tomos y capítulos:

TOMO I: TEORÍA GENERAL DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

*Capítulo I: Teoría general del derecho procesal constitucional*

TOMO II: TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y DEMOCRACIA

*Capítulo II: Tribunales, cortes y salas constitucionales*

*Capítulo III: Tribunal Constitucional y jurisdicción ordinaria*

*Capítulo IV: Tribunales constitucionales y democracia*

TOMO III: JURISDICCIÓN Y CONTROL CONSTITUCIONAL

*Capítulo V: Justicia y control constitucional*

<sup>6</sup> *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio, en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*, México, UNAM, III ts., 1988.

<sup>7</sup> *Liber amicorum: Héctor Fix Zamudio*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, II ts., 1998.

*Capítulo VI: Control difuso*  
*Capítulo VII: Control constitucional local*

TOMO IV: DERECHOS FUNDAMENTALES Y TUTELA CONSTITUCIONAL

*Capítulo VIII: Derechos fundamentales y jurisdicción constitucional*  
*Capítulo IX: Protección horizontal de los derechos fundamentales*  
*Capítulo X: Protección jurisdiccional de los derechos sociales*  
*Capítulo XI: Bloque de constitucionalidad*

TOMO V: JUEZ Y SENTENCIA CONSTITUCIONAL

*Capítulo XII: Juez constitucional*  
*Capítulo XIII: Sentencia constitucional*  
*Capítulo XIV: Jurisprudencia y precedente constitucional*

TOMO VI: INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y JURISDICCIÓN ELECTORAL

*Capítulo XV: Interpretación y argumentación constitucional*  
*Capítulo XVI: Interpretación constitucional y derecho internacional*  
*Capítulo XVII: Jurisdicción constitucional electoral*

TOMO VII: PROCESOS CONSTITUCIONALES DE LA LIBERTAD

*Capítulo XVIII: Hábeas corpus*  
*Capítulo XIX: Amparo*  
*Capítulo XX: Hábeas data y protección de datos personales*  
*Capítulo XXI: Ombudsman y procedimiento de investigación de la Suprema Corte*

TOMO VIII: PROCESOS CONSTITUCIONALES ORGÁNICOS

*Capítulo XXII: Control constitucional de leyes*  
*Capítulo XXIII: Conflictos entre poderes y órganos del Estado*  
*Capítulo XXIV: Inconstitucionalidad por omisión legislativa*  
*Capítulo XXV: Juicio político y fuero parlamentario*  
*Capítulo XXVI: Control jurisdiccional de la reforma constitucional*  
*Capítulo XXVII: Responsabilidad patrimonial del Estado*

## TOMO IX: DERECHOS HUMANOS Y TRIBUNALES INTERNACIONALES

*Capítulo XXVIII: Derecho internacional y jurisdicción constitucional transnacional*

*Capítulo XXIX: Corte Interamericana de Derechos Humanos*

*Capítulo XXX: Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

*Capítulo XXXI: Corte Penal Internacional*

*Capítulo XXXII: Corte Internacional de Justicia*

## TOMO X: TUTELA JUDICIAL Y DERECHO PROCESAL

*Capítulo XXXIII: Debido proceso y tutela judicial*

*Capítulo XXXIV: Actualidad procesal*

*Capítulo XXXV: Prueba*

*Capítulo XXXVI: Derecho procesal civil internacional*

## TOMO XI: JUSTICIA, FEDERALISMO Y DERECHO CONSTITUCIONAL

*Capítulo XXXVII: Administración y procuración de justicia*

*Capítulo XXXVIII: Estado federal y autonómico*

*Capítulo XXXIX: Actualidad constitucional*

TOMO XII: MINISTERIO PÚBLICO, CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
Y ACTUALIDAD JURÍDICA

*Capítulo XL: Ministerio Público y derecho penal*

*Capítulo XLI: Derecho (contencioso) administrativo*

*Capítulo XLII: Derecho de la información*

*Capítulo XLIII: Derecho fiscal*

*Capítulo XLIV: Derecho indígena*

*Capítulo XLV: Derecho laboral*

*Capítulo XLVI: Derecho privado, informática y telecomunicaciones*

Previamente a estos cuarenta y seis capítulos, en el tomo I aparece una breve semblanza y el *curriculum vitae* del doctor Fix-Zamudio. Asimismo, se incorpora un capítulo denominado *Epistolario*, que contiene setenta y cuatro “cartas” que escribieron para esta emotiva ocasión los juristas y discípulos cercanos al Maestro.

A continuación señalamos los cuatrocientos treinta y tres juristas, de treinta y siete nacionalidades que participan en la obra, por orden alfabético de países y autores:

**ALEMANIA:** Rainer *Grote*, Peter *Häberle*, Mathias *Herdegen*, Norbert *Lösing*, Dieter *Nohlen*, Nicolas *Nohlen* y Hans-Peter *Schneider*.

**ANDORRA:** Antoni *López Montanya*.

**ARGENTINA:** Víctor *Abramovich*, Alberto *Alvarado Velloso*, Karina *Ansolabehere*, Roland *Arazi*, Víctor *Bazán*, Roberto Omar *Berizonce*, Pedro J. *Bertolino*, Mario *Cámpora*, Walter F. *Carnota*, Juan *Cianciardo*, Christian *Courtis*, Alberto Ricardo *Dalla Vía*, Diego A. *Dolabjian*, Edgardo Alberto *Donna*, Enrique *Falcón*, Gustavo *Ferreya*, Lucas *Giardelli*, Osvaldo Alfredo *Gozáini*, Ricardo *Haro*, Juan Carlos *Hitters*, Adelina *Loianno*, Gualberto *Lucas Sosa*, Pablo *Manili*, Antonio *María Hernández*, Augusto M. *Morello*, Eduardo *Oteiza*, Jorge Walter *Peyrano*, Oscar *Puccinelli*, Humberto *Quiroga Lavié*, Guido *Risso*, Adolfo Armando *Rivas*, Jorge A. *Rojas*, Néstor Pedro *Sagüés*, María Sofía *Sagüés*, Gustavo *Szarangowicz*, Sebastián Diego *Toledo*, Fernando *Toller*, Carlos *Vallefn*, Jorge Reinaldo *Vanossi*, Alejandro C. *Verdaguer*, Rodolfo L. *Vigo*, Eugenio Raúl *Zaffaroni* y Alberto *Zuppi*.

**BÉLGICA:** Marcel *Storme*.

**BOLIVIA:** Jorge *Asbun*, René *Baldivieso Guzmán* y José Antonio *Rivera Santivañez*.

**BRASIL:** José *Afonso da Silva*, José Carlos *Barbosa Moreira*, Paulo *Bonavides*, Antônio Augusto *Cançado Trindade*, Ivo *Dantas*, Paulo Roberto de *Gouvêa Medina*, Ada *Pellegrini Grinover* y André *Ramos Tavares*.

**CABO VERDE:** Jorge Carlos *Fonseca*.

**COLOMBIA:** Jaime *Araujo Rentería*, Ramiro *Bejarano Guzmán*, Mario *Cajas Sarria*, Jaime *Córdoba Triviño*, Juan Carlos *Esguerra Portocarrero*, Ana *Giacomette Ferrer*, Diana *Guarnizo*, José Gregorio *Hernández Galindo*, Alexei *Julio Estrada*, Diego *López Medina*, Hernán Alejandro *Olano García*, Julio César *Ortiz Gutiérrez*, Néstor *Osuna Patiño*, Jairo *Parra Quijano*, Carlos *Restrepo Piedrahita*, Ernesto *Rey*



*Cantor*, Luis Carlos *Sáchica Aponte*, Juan Carlos *Upegui Mejía* y Rodrigo *Uprimny*.

**COSTA RICA:** Gilbert *Armijo*, Sergio *Artavia B.*, Rubén *Hernández Valle*, Ernesto *Jinesta L.*, Luis Paulino *Mora Mora*, Luis Fernando *Solano Carrera*, Ma. Auxiliadora *Solano Monge*, y Manuel E. *Ventura Robles*.

**CUBA:** Beatriz *Bernal Gómez* y Andry *Matilla Correa*.

**CHILE:** Andrés *Bordalí Salamanca*, José Luis *Cea Egaña*, Juan *Colombo Campbell*, Cecilia *Medina Quiroga*, Enrique *Navarro Beltrán*, Humberto *Nogueira Alcalá*, Miguel *Otero Lathrop*, Diego *Palomo*, Marisol *Peña Torres*, Hugo *Pereira Anabalón*, Lautaro *Ríos Álvarez* y Francisco *Zúñiga*.

**ECUADOR:** Hernán *Salgado Pesantes* y Santiago Efraín *Velázquez Coello*.

**EL SALVADOR:** Enrique *Anaya*, Roberto *Cuéllar M.*, Florentín *Meléndez* y Manuel *Montecinos*.

**ESPAÑA:** Eliseo *Ajá*, Miguel Ángel *Alegre Martínez*, José *Almagro Nose-te*, Manuel *Aragón Reyes*, Pedro *Aragoneses Alonso*, Rafael de *Asís Roig*, Manuel *Atienza*, Lorena *Bachmaier Winter*, Mónica *Beltrán Gaos*, Juan María *Bilbao Ubillos*, José *Bonet Navarro*, Joaquín *Brage Camazano*, Lorenzo M. *Bujosa Vadell*, Rafael *Bustos Gisbert*, Raúl *Canosa Usera*, Marc *Carrillo*, José Luis *Cascajo Castro*, Faustino *Cordón Moreno*, Luis M. *Cruz*, Pedro *Cruz Villalón*, Isabel *Davara F. de Marcos*, Miguel Ángel *Davara Rodríguez*, Francisco Javier *Díaz Revorio*, José Julio *Fernández Rodríguez*, Francisco *Fernández Segado*, Víctor *Ferreres Comella*, Ángela *Figueruelo Burrieza*, Eduardo *García de Enterría*, Marina *Gascón Abellán*, Vicente *Gimeno Sendra*, Jesús María *González García*, Jesús *González Pérez*, Pablo *Gutiérrez de Cabiedes Hidalgo de Caviedes*, Jorge *Lozano Miralles*, Rafael *Márquez Piñero*, Augusto *Martín de la Vega*, Fernando *Martín Díz*, José *Martín Ostos*, Juan *Montero Aroca*, Pablo *Morenilla*, Víctor *Moreno Catena*, Julio *Muerza Esparza*, Andrés de la *Oliva Santos*, Andrés *Ollero*, Emilio *Pajares Montolío*, Luciano *Parejo Alfonso*, Antonio-Enrique *Pérez Luño*, Javier *Pérez Royo*, Pablo *Pérez Tremps*, Joan *Picó I Junoy*, Luis *Prieto Sanchís*, Francisco *Ramos Méndez*, Fernando *Rey Martínez*, Juan Luis *Requejo Pagés*, Miguel *Revenga Sánchez*, Pedro *Rivas*, Sonia *Rodríguez Jiménez*, Patricia *Rodrí-*

*guez-Patrón, Fdo. Francisco Rubio Llorente, Carlos Ruiz Miguel, Pedro Serna, Javier Tajadura Tejada, Isabel Tapia Fernández, Antonio Torres del Moral, José Luis Vázquez Sotelo, Pedro de Vega y Carlos Vidal Prado.*

**ESLOVENIA:** Arne Marjan Mavčič.

**ESTADOS UNIDOS:** Martín Shapiro y Robert F. Williams.

**FRANCIA:** Jean-Claude Colliard.

**GRECIA:** Konstantinos D. Kerameus.

**GUATEMALA:** Mario Aguirre Godoy, Larry Andrade-Abularach, Mauro Chacón Dorado y Jorge Mario García Laguardia.

**HONDURAS:** Francisco Daniel Gómez Bueso.

**INGLATERRA:** John Anthony Jolowicz.

**ISRAEL:** Stephen Goldstein.

**ITALIA:** Italo Augusto Andolina, Paolo Biavati, Michelangelo Bovero, Federico Carpi, Alfonso Celotto, Sergio Chiarloni, Giuseppe de Vergottini, Luigi Ferrajoli, Tania Groppi, Paolo Grossi, Pierfrancesco Grossi, Ricardo Guastini, Luca Mezzetti, Marco Olivetti, Lucio Pegoraro, Alessandro Pizzorusso, Giancarlo Rolla, Roberto Romboli, Antonio Ruggeri, Michele Taruffo, Vincenzo Vigoritti y Gustavo Zagrebelsky.

**LITUANIA:** Egidijus Jarašiūnas y Stasys Stačiokas.

**MACAU:** Paulo Cardinal.

**MÉXICO:** Juan Manuel Acuña, Jorge Adame Goddard, Horacio Aguilar Álvarez de Alba, Miguel de Jesús Alvarado Esquivel, Emilio Álvarez Icaza Longoria, Walter Arellano Hobelsberger, Gonzalo Armienta Calderón, Juan Federico Arriola, Elisur Arteaga Nava, César Astudillo, Carlos Báez Silva, Daniel A. Barceló Rojas, Arturo Bárcena Zubieta, Manuel Barquín Á., José Barragán Barragán, Luis de la Barreda Solórzano, Manuel Becerra Ramírez, Adriana Berrueco García, Ingrid Brena Sesma, Luis Broderman Ferrer, Rodolfo Bucio Estrada, Néstor de Buen Lozano, José Antonio Caballero, José Luis Caballero Ochoa, Enrique Cáceres Nieto, Miguel Carbonell, Jaime Cárdenas, Jorge Ulises Carmona Tinoco, Jorge Carpizo, Constancio Carrasco Daza, Manlio Fabio Casarín León, Milton Emilio Castellanos Goût,

Juventino V. *Castro y Castro*, Cynthia *Chanut Esperón*, David *Cienfuegos*, Germán *Cisneros Farías*, Rafael *Coello Cetina*, Víctor Manuel *Colli Ek*, Lorenzo *Córdova Vianello*, Edgar *Corzo Sosa*, José Ramón *Cossío Díaz*, José de Jesús *Covarrubias Dueñas*, Óscar *Cruz Barney*, Osmar Armando *Cruz Quiroz*, Francisco José *De Andrea S.*, Enrique *Díaz Aranda*, José Hugo Augusto *Díaz-Estúa Avelino*, Luis *Díaz Müller*, Juan *Díaz Romero*, Javier *Dondé Matute*, Ma. Macarita *Elizondo Gasperín*, Miguel *Eraña Sánchez*, Rafael *Estrada Michel*, Jorge *Fernández Ruiz*, Eduardo *Ferrer Mac-Gregor*, Héctor *Fix-Fierro*, Imer B. *Flores*, José Fernando *Franco González Salas*, Flavio *Galván Rivera*, José *Gamas Torruco*, Máximo *Gámiz Parral*, Marco César *García Bueno*, Gumesindo *García Morelos*, Sergio *García Ramírez*, José Alfredo *García Solís*, Paula María *García-Villegas Sánchez-Cordero*, Raymundo *Gil Rendón*, Mara *Gómez Pérez*, Alonso *Gómez Robledo*, Genaro David *Góngora Pimentel*, Juan Luis *González Alcántara y Carrancá*, Carlos *González Blanco*, Héctor *González Chévez*, Jorge Alberto *González Galván*, Nuria *González Martín*, Manuel *González Oropeza*, Raúl *González Schmal*, José de Jesús *Gudiño Pelayo*, Juan Carlos *Gutiérrez*, Rodrigo *Gutiérrez*, Juan de Dios *Gutiérrez Baylón*, Iván Carlo *Gutiérrez Zapata*, Manuel L. *Hallivis Pelayo*, Ma. del Pilar *Hernández*, María Amparo *Hernández Chong Cuy*, Alfonso *Herrera García*, Carla *Huerta*, Francisco *Ibarra Palafox*, Olga *Islas de González Mariscal*, Alfredo *Islas Colín*, Patricia *Kurczyn Villalobos*, Mauricio *Lara Guadarrama*, Leoncio *Lara Sáenz*, José Manuel *Lastra Lastra*, Gerardo *Laveaga*, Andrés *Lira González*, Sergio *López-Ayllón*, Miguel Alejandro *López Olvera*, Margarita *Beatriz Luna Ramos*, Ana Laura *Magaloni Kerpel*, Daniel *Márquez*, Raúl *Márquez Romero*, Fabiola *Martínez Ramírez*, Edgardo *Martínez Rojas*, Mario *Melgar Adalid*, Ricardo *Méndez Silva*, Jorge *Meza Pérez*, Javier *Mijangos y González*, Gonzalo *Moctezuma Barragán*, César de Jesús *Molina*, Cecilia *Mora-Donatto*, Carlos A. *Morales-Paulín*, Jorge *Nader Kuri*, José Ramón *Narváez*, Carlos F. *Nataren*, César *Nava Escudero*, Salvador *Olimpo Nava Gomar*, Santiago *Nieto Castillo*, Alfonso *Oñate*, Jorge R. *Ordóñez E.*, José Emilio *Rolando Ordóñez Cifuentes*, Lina *Ornelas Núñez*, J. Jesús *Orozco Henríquez*, José *Ovalle Favela*, Ruperto *Patiño Manffer*, Raúl *Pérez Johnston*, Valeriano *Pérez Maldonado*, Carlos *Pérez Vázquez*, Raúl

*Plascencia Villanueva, José Luis Prado Maillard, Elvia Arcelia Quintana Adriano, Alejandro Quijano Álvarez, Karla I. Quintana Osuna, Emilio Rabasa Gamboa, Laura M. Rangel Hernández, Gabriela Ríos Granados, José Roldán Xopa, Alberto Saíd, Pedro Salazar Ugarte, Javier Saldaña, Luis Gerardo Samaniego Santamaría, Alfredo Sánchez Castañeda, Olga Sánchez Cordero de García Villegas, Rubén Sánchez Gil, Ulises Schmill, Ricardo J. Sepúlveda I., José Ma. Serna de la Garza, Fernando Serrano Migallón, Dora María Sierra Madero, Juan Carlos Silva Adaya, Fernando Silva García, José Luis Soberanes Fernández, Humberto Suárez Camacho, Evangelina Suárez Estrada, Julio Téllez Valdés, Karla Beatriz Templos Núñez, Rodolfo Terrazas Salgado, Pedro Torres Estrada, Francisco Tortolero Cervantes, José Juan Trejo Orduña, Jean Claude Tron Petit, Gonzalo Uribarri Carpintero, Diego Valadés, Clemente Valdés, Salvador Valencia Carmona, Sergio Armando Valls Hernández, Francisco Vázquez-Gómez Bisogno, Rodolfo Vázquez, Juan Vega Gómez, Ernesto Villanueva, Jorge Witker y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.*

**NICARAGUA:** Iván Escobar Fornos y Francisco Rosales Arguello.

**PANAMÁ:** Arturo Hoyos y Sebastián Rodríguez Robles.

**PARAGUAY:** Jorge Silvero Salgueiro.

**PERÚ:** Samuel B. Abad Yupanqui, Ernesto Blume Fortini, Edgar Carpio Marcos, Susana Ynes Castañeda Otsu, Luis Castillo Córdova, Jorge Danós Ordóñez, Francisco Eguiguren Praeli, Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, Gerardo Eto Cruz, Domingo García Belaunde, Diego García Sayán, Víctor García Toma, Carlos Hakansson Nieto, César Landa, Juan Monroy Gálvez, José F. Palomino Manchego, Carlos Parodi Remón, Elvito A. Rodríguez Domínguez y Fernando Vidal Ramírez.

**POLONIA:** Krystian Complak.

**PORTUGAL:** Jorge Miranda.

**REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DEL CONGO:** Jean Cadet Odimba.

**REPÚBLICA DOMINICANA:** Eduardo Jorge Prats y Olivo A. Rodríguez Huertas.

**SUDÁFRICA:** Wouter L. de Vos.

**URUGUAY:** Augusto *Durán Martínez*, Eduardo G. *Esteva Gallicchio*, Jaime *Greif*, Héctor *Gros Espiell*, Ángel *Landoni Sosa* y Leslie *Van Rompaey*.

**VENEZUELA:** Alirio *Abreu Burelli*, Carlos *Ayala Corao*, Alberto *Baumeister Toledo*, Alberto *Blanco-Uribe Quintero*, Allan R. *Brewer Carías*, Jesús M. *Casal H.*, José Vicente *Haro García*, Ricardo *Henríquez La Roche*, Michael *Núñez Torres* y Mariolga *Quintero Tirado*.

Como podrá advertir el lector, se trata de un esfuerzo colectivo a nivel mundial. La calidad y cantidad de los trabajos sólo pudo haberse logrado por la autoridad moral e intelectual del convocante, que tanto ha contribuido al desarrollo del derecho público de nuestro tiempo y especialmente a la consolidación de la *Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*.

A nombre del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, de la editorial Marcial Pons y del Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, agradecemos a cada autor su entusiasta colaboración. Con profunda admiración y cariño la comunidad jurídica internacional se une para honrar a uno de los juristas de habla hispana más querido, respetado y reconocido en el mundo, con motivo de sus cincuenta años (1956-2006) de continua y fructífera labor intelectual.

¡Enhorabuena *Maestro* Héctor Fix-Zamudio!

Eduardo FERRER MAC-GREGOR  
Arturo ZALDÍVAR LELO DE LARREA

*Ciudad de México, Primavera de 2008*

## SEMBLANZA DEL MAESTRO HÉCTOR FIX-ZAMUDIO

Eduardo FERRER MAC-GREGOR

Héctor Fix-Zamudio nació en el centro histórico de la ciudad de México el 4 de septiembre de 1924. Su abuelo paterno, Lucien Fix, llegó de Francia en el siglo XIX. Es el primer hijo del matrimonio de don Felipe Fix y Ruiz de Velasco originario de Cuernavaca, Morelos, y doña Ana María Zamudio Cantú, que procedía de Ciudad Victoria, Tamaulipas. Sus hermanos menores se llamaron Graciela, Jorge y René. Le sobrevive su hermana Margarita, con quien mantiene una estrecha relación.

Estudió principalmente en escuelas públicas. La primaria la realizó en dos instituciones: una anexa a la Normal de Maestros y otra denominada República de Brasil. La secundaria en la Escuela Secundaria número 4: Moisés Sáenz, ubicada en Santa María la Ribera, en pleno centro de la ciudad de México. En esa época tuvo como maestros a José Calvo (literatura española), Ofelia Garza de del Castillo (español) y Carlos Pellicer (historia universal), que influyeron en su formación humanista.

El bachillerato lo cursó en la Escuela Nacional Preparatoria en el Antiguo Colegio de San Ildefonso, también en el centro histórico de la ciudad de México (1940-1942). Fue en esa época donde definió su clara vocación por la historia y el derecho, al optar por el bachillerato en el área de “Humanidades”. Influyeron sensiblemente en su formación Erasmo Castellanos Quinto (literatura universal), Joaquín Ramírez Cabañas (historia), Hilario Medina (historia universal), Agustín Yáñez (literatura), Adolfo Menéndez Samará (introducción a la filosofía) y Juan Sánchez Navarro (introducción a la historia del derecho).

Estudió derecho en la Escuela Nacional de Jurisprudencia (hoy Facultad de Derecho) de la UNAM (1942-1949). Entre sus maestros figuran juristas de la talla de Juan Sánchez Navarro y Peón (introducción al estudio del derecho), Javier de Cervantes (derecho romano), José Castillo

Larrañaga (derecho procesal), Mario de la Cueva (teoría del Estado), Manuel Marván (derecho del trabajo), José Campillo Sáinz (derecho del trabajo), José Castro Estrada (derecho administrativo), Leopoldo Aguilar (derecho civil), Salvador Azuela (derecho constitucional), Antonio Martínez Báez (derecho constitucional), Antonio Carrillo Flores (derecho administrativo) y Vicente Peniche López (juicio de amparo). Desde estudiante afloró su predilección por el estudio del juicio de amparo, asistiendo como oyente a las clases impartidas por Alfonso Noriega Cantú.

Se tituló con mención honorífica el 18 de enero de 1956, con la tesis denominada *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo*, que había concluido en 1955. El jurado del examen estuvo integrado por Lucio Cabrera Acevedo, José Castillo Larrañaga, Mariano Azuela Rivera y Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Dedicó cinco años a la elaboración de este trabajo, que fue dirigido por los procesalistas José Castillo Larrañaga y Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Este último jurista español, radicado por más de treinta años en México (1946-1976), influyó en su dedicación a la investigación y docencia. Fix-Zamudio se convirtió en uno de sus principales discípulos dentro de la honda escuela que forjó.

Su inicial trabajo tuvo una gran repercusión en los años siguientes. Lo publicó parcialmente en diversas revistas en ese mismo año (1956) y luego de manera íntegra como parte de su primer libro: *El juicio de amparo* (México, Porrúa, 1964). Constituye, por una parte, el primer estudio sistemático sobre la ciencia del derecho procesal constitucional como disciplina jurídico procesal. Por la otra, inicia la etapa que él mismo denomina como de “reivindicación procesal del amparo”, entendiendo que la máxima institución procesal mexicana debía estudiarse fundamentalmente como proceso constitucional y no sólo como institución política.

En 1960 casó con María Cristina Fierro González, originaria de la ciudad de México. Compañera inseparable que durante cuarenta y tres años apoyó su trayectoria en funciones judiciales y como investigador jurídico. Tuvieron cuatro hijos: Héctor Felipe, María Cristina, Carlos Enrique e Imelda; y seis nietos: Valentina, Fabián, Markel, Verena, Adrián y Héctor Daniel. Su familia ha representado un estímulo permanente de aliento en sus labores académicas. Su primogénito, Héctor Fix- Fierro, siguiendo los

pasos de su padre, es un reconocido investigador y actualmente director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Realizó sus estudios de posgrado en la División de Estudios Superiores de la Facultad de Derecho de la propia UNAM (1964-1965), obteniendo el grado de doctor el 1o. de marzo de 1972, con la mención *Magna Cum Laude*. El jurado estuvo integrado por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, en calidad de director, Luis Recaséns Siches, Alfonso Noriega Cantú, Antonio Carrillo Flores y Antonio Martínez Báez. Su tesis de grado fue ampliada en los años siguientes y publicada en España con el nombre de *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales* (Madrid, Civitas, 1982).

Su actividad profesional se ha bifurcado en dos senderos: la función judicial y la actividad académica. Han sido sus dos “vocaciones”, como él mismo lo ha señalado. Siendo estudiante laboró durante breve tiempo en una notaría e ingresó a la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 8 de junio de 1945, como auxiliar en la Secretaría de Acuerdos de la Segunda Sala. Durante diecinueve años laboró en el Poder Judicial de la Federación, ocupando diversos cargos judiciales: actuario con funciones de secretario de Juzgado de Distrito (1957), secretario de Tribunal Colegiado de Circuito (1956-1957), hasta secretario de Estudio y Cuenta adscrito al Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (1958-1964). Renunció el 30 de julio de 1964 para dedicarse de tiempo completo a la enseñanza e investigación jurídicas. Esa decisión vocacional marcó su futuro académico, que ha mantenido a pesar de ofrecimientos en varias ocasiones para ocupar el cargo de ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Ingresó como investigador por contrato al Instituto de Derecho Comparado (hoy de Investigaciones Jurídicas) en octubre de 1956 y de tiempo completo en agosto de 1964. Fue director de ese Instituto por doce años (1966-1978) y designado *investigador emérito* del mismo por el Consejo Universitario en 1987. Ha sido miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI) desde su creación en 1984, e *investigador emérito* del mismo sistema desde 1996.

Como universitario ha tenido una destacada participación en momentos difíciles de la UNAM, al redactar las bases jurídicas que llevaron a superar el conflicto laboral de 1972. Contribuyó a los festejos de la autonomía universitaria en 1979 y a la creación de la Defensoría de los Dere-



chos Universitarios en 1985. Formó parte de la Junta de Gobierno de la UNAM (1981-1988).

Ha sido profesor de la asignatura Juicio de Amparo en su *alma mater*, la Facultad de Derecho de la UNAM, durante treinta y dos años ininterrumpidos (1964-1996). Además de impartir cátedra en la División de Estudios de Posgrado de la misma Facultad (1966-1994), ha impartido cursos y participado en numerosos congresos y seminarios en universidades nacionales y del extranjero.

Es miembro de un importante número de asociaciones científicas nacionales e internacionales, destacando la Academia Mexicana de Ciencias; El Colegio Nacional; la Academia Internacional de Derecho Comparado; la Asociación Internacional de Derecho Procesal; la Unión de Profesores para el Estudio del Derecho Procesal Internacional; la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas de Argentina; el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal; el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional (presidente honorario desde 2003) y el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, del cual fue Presidente titular (1975-1992) y actualmente presidente *honorario vitalicio* (desde 1992).

Entre sus principales premios y distinciones destacan: el Premio de la Academia de la Investigación Científica (1963); el Premio Nacional de Historia, Ciencias Sociales y Filosofía (1982); el Premio Internacional conferido por la UNESCO sobre la enseñanza de los derechos humanos (1986); la Medalla al Mérito Universitario en el campo de la investigación (1990); el Premio Universidad Nacional en Investigación en Ciencias Sociales (1992); el Premio Nacional de Jurisprudencia, otorgado por la Barra Mexicana, Colegio de Abogados (1994); la Medalla Belisario Domínguez, otorgada por el Senado de la República (2002), y el Premio Internacional “Justicia en el Mundo” otorgado por la Unión Internacional de Magistrados (Madrid, 2004).

Ha recibido el doctorado *Honoris Causa* por la Universidad de Sevilla, España (1984); la Universidad de Colima, México (1992); la Universidad Externado de Colombia (1998); la Pontificia Universidad Católica de Perú (2001); la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla (2002); la Universidad Complutense de Madrid (2003); la Universidad Los Andes en Huancayo, Perú (2007), y el Centro de Investigación y Desarrollo del Estado de Michoacán (2007).

Durante más de cincuenta años sus investigaciones, siempre caracterizadas por la utilización del método histórico comparativo, se han centrado en tres ejes fundamentales: el derecho procesal, el derecho constitucional y los derechos humanos. De manera particular, representa el principal forjador de una nueva disciplina jurídica que se encuentra en la actualidad en pleno desarrollo: *la ciencia del derecho procesal constitucional*, que da nombre precisamente a la presente obra colectiva en su honor y en la que participan más de cuatrocientos juristas de treinta y siete nacionalidades.

Tiene más de cuatrocientas publicaciones, entre las que figuran libros, artículos, ensayos monográficos, traducciones, prólogos y presentaciones, en el ámbito nacional como internacional. Autor de más de veinte libros: *Tres estudios sobre el mandato de seguridad brasileño (et al., 1963)*; *El juicio de amparo (1964)*; *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional. 1940-1965 (1968)*; *Constitución y proceso civil en Latinoamérica (1974)*; *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos (1980, 2a. ed., 1985)*; *Metodología, docencia e investigación jurídicas (1981, 13a. ed., 2006)*; *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales (1982)*; *Introducción a la justicia administrativa en el ordenamiento mexicano (1983)*; *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos (1988)*; *Protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos (1991, 2a. ed., 1999)*; *Derecho procesal (con José Ovalle Favela, 1991, 2a. ed., 1993)*; *Ensayos sobre el derecho de amparo (1993, 3a. ed., 2003)*; *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos (1993, 2a. ed., 2001)*; *Comentarios a la Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (1995)*; *El Poder Judicial en el ordenamiento mexicano (con José Ramón Cossío, 1996, 3a. reimp., 2003)*; *El consejo de la judicatura (con Héctor Fix-Fierro, 1996)*; *México y la declaración de derechos humanos (coord., 1999)*; *México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2a. ed., 1999)*; *Derecho constitucional mexicano y comparado (con Salvador Valencia Carmona, 1999, 5a. ed., 2007)*; *Introducción al derecho procesal constitucional (2002)*; *Función constitucional del Ministerio Público. Tres ensayos y un epílogo (2004)*; *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano (1994, 3a. ed., 2005)*; y *El derecho de amparo en el mundo (coord. con Eduardo Ferrer Mac-Gregor, 2006)*.

En el ámbito internacional destacó como juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1986-1998), siendo su presidente durante dos periodos consecutivos (1990-93 y 1995-97); y miembro de la Subcomisión para la Prevención de Discriminaciones y la Protección de Minorías de la ONU (suplente desde 1988 y titular 1998-2001), en Ginebra, Suiza.

El maestro Héctor Fix-Zamudio tiene innumerables discípulos entre los cuales se encuentran los principales juristas de nuestro país. Su escuela se ha extendido allende las fronteras y su pensamiento está presente en los cambios legislativos, jurisprudenciales e institucionales de Latinoamérica. Es considerado en la actualidad el jurista mexicano más reconocido en el mundo y uno de los humanistas iberoamericanos de mayor influencia, querido y respetado, en el derecho público de nuestro tiempo.

## HÉCTOR FIX-ZAMUDIO Y EL ORIGEN CIENTÍFICO DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL (1928-1956)

Eduardo FERRER MAC-GREGOR\*

“Nos encontramos en el comienzo, en el amanecer de una disciplina procesal que promete un florecimiento inusitado, por la trascendencia que sus principios tienen para la salvaguardia de la Constitución, de cuya integridad depende la vida misma de la sociedad y la de sus instituciones más preciadas”.

Héctor FIX-ZAMUDIO (enero de 1956)<sup>1</sup>

SUMARIO: I. *Exordio*. II. *Justicia constitucional y derecho procesal constitucional. ¿Desarrollos paralelos: Europa-Latinoamérica?* III. *¿Convergencia o convivencia?* IV. *Hacia la consolidación de una disciplina autónoma*. V. *La ciencia procesal y la ciencia constitucional*. VI. *El derecho procesal constitucional como fenómeno histórico-social y como ciencia*. VII. *Kelsen: ¿fundador del derecho procesal constitucional? (1928-1942)*. VIII. *Alcalá-Zamora y el bautizo de la disciplina (1944-1947)*. IX. *Couture y las garantías consti-*

\* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM ([eferrerm@ervidor.unam.mx](mailto:eferrerm@ervidor.unam.mx)); profesor de Derecho procesal constitucional en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la misma Universidad; director de la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*.

<sup>1</sup> “El derecho procesal constitucional”, *La Justicia*, enero de 1956, pp. 12300-12313, en p. 12302. Este artículo reproduce el “capítulo III” de su tesis de licenciatura denominada *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo*, México, UNAM, 1955. La cita se encuentra en la p. 62.

*tucionales del proceso (1946-1948). X. Calamandrei y su contribución dogmática procesal-constitucional (1950-1956). XI. Cappelletti y la jurisdicción constitucional de la libertad (1955). XII. La tesis conceptual y sistemática de Fix-Zamudio. (1955-1956). XIII. Epílogo.*

## I. EXORDIO

El año 2006 se encuentra cargado de significación histórica para el derecho procesal constitucional. Confluyen cinco aniversarios importantes. Por una parte se conmemora el centenario del natalicio de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (1906-1985), que como veremos más adelante fue el primer jurista en visualizar la existencia de una nueva disciplina jurídica y otorgarle su *nomen iuris*.

También se cumplen cincuenta años del fallecimiento de dos eminentes procesalistas, Eduardo J. Couture (1904-1956) y Piero Calamandrei (1889-1956). Ambos pertenecientes a la mejor corriente del procesalismo científico, que desde diversos ángulos abordaron su disciplina teniendo en cuenta el fenómeno de la constitucionalización del ordenamiento jurídico, lo que les permitió realizar contribuciones esenciales a la dogmática procesal-constitucional. El último de ellos, incluso, con una participación directa en la actual Constitución democrática italiana de 1947 y en la creación de la *Corte Costituzionale*, que celebra, asimismo, su quincuagésimo aniversario de funcionamiento (1956-2006)<sup>2</sup> y de su primera sentencia que fue pronunciada el 14 de junio de ese mismo año.<sup>3</sup>

Como un azar del destino otro acontecimiento se suma a los anteriores: las “bodas de oro” en la producción científica de Héctor Fix-Zamudio (1956-2006). Sus aportaciones al derecho procesal constitucional han resultado fundamentales para su aceptación como disciplina autónoma,

<sup>2</sup> Cfr. varios autores, *1956-2006: Cinquant' anni di Corte Costituzionale*, Roma, Corte Costituzionale, 2006, 3 ts. Su funcionamiento real se considera tuvo lugar a partir del discurso pronunciado por el presidente de la Corte, Enrico de Nicola, en la audiencia inaugural del 23 de abril de 1956 en presencia Giovanni Gronchi, presidente de la República. Véase la colección de libros *Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana* que está publicando la editorial Scientifche Italiane en Nápoles, sobre la jurisprudencia constitucional de este tribunal en sus primeros cincuenta años.

<sup>3</sup> Sobre este histórico fallo, véase Calamandrei, Piero, “La prima sentenza della Corte Costituzionale”, *Rivista di Diritto Processuale*, 1956-II, pp. 149-160.

como lo hemos puesto de relieve en un trabajo anterior.<sup>4</sup> El presente ensayo tiene por objeto analizar el origen científico del derecho procesal constitucional a la luz de la vigencia del planteamiento realizado por Fix-Zamudio desde el emblemático año de 1956. Fecha significativa no sólo por la aparición de sus primeras publicaciones, sino por representar el último eslabón en la configuración científica de la disciplina que se iniciara con Kelsen en 1928, siendo el jurista mexicano el primero en definir su naturaleza y desarrollar con claridad sistemática al derecho procesal constitucional desde una perspectiva de autonomía procesal.

De esta forma, con este trabajo pretendemos unirnos al muy sentido homenaje que a nivel mundial se realiza a través de esta obra colectiva a uno de los juristas de mayor influencia en el derecho público del siglo XX y uno de los forjadores indiscutibles de la ciencia del derecho procesal constitucional.

## II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL. ¿DESARROLLOS PARALELOS: EUROPA-LATINOAMÉRICA?

El derecho procesal constitucional, como cualquier rama del derecho, tiene una doble significación. Por un lado expresa el conjunto normativo diferenciado dentro del ordenamiento y por otro aquella disciplina jurídica especializada en su estudio. Como lo señala Rubio Llorente, la delimitación de estos dos aspectos entre las diversas disciplinas jurídicas es en buena medida resultado de la convención y por lo tanto objeto de debate.<sup>5</sup>

La ciencia del derecho procesal constitucional, es decir, considerado en su segunda connotación, se encuentra en franca expansión y desarrollo. Por lo menos en Latinoamérica. Estamos conscientes de que esto no sucede en el continente europeo, donde han arraigado las expresiones “justicia constitucional” o “jurisdicción constitucional”. Mientras que esta última postura se ha desarrollado de manera notable en la dogmática constitucional debido a la expansión y consolidación de los tribunales

<sup>4</sup> Cfr. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Aportaciones de Héctor Fix-Zamudio al derecho procesal constitucional”, en Vega Gómez, Juan y Corzo Sosa, Edgar (coords.), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 187-210.

<sup>5</sup> Cfr. Rubio Llorente, Francisco, voz “Derecho constitucional”, *Enciclopedia jurídica básica*, Madrid, Civitas, 1995, t. II, p. 2206.

constitucionales, la corriente que podemos denominar “latinoamericana” viene paulatinamente abriéndose paso en las últimas décadas con distinto perfil. No se refiere a un simple cambio de nomenclatura. Se trata de una posición científica de dimensión sustantiva, para referirse a la nueva parcela del derecho público que se encarga del estudio sistemático de las garantías constitucionales y de la magistratura que las conoce.

Este movimiento de autonomía científica no es pacífico en la actualidad. Los pocos e importantes autores europeos contemporáneos que de manera consciente han incursionado en el estudio de la naturaleza del derecho procesal constitucional, le otorgan una clara especificidad constitucional (Häberle);<sup>6</sup> o tienen dudas de su configuración, si bien la aceptan como una modalidad “muy *sui generis*” (Zagrebelsky).<sup>7</sup> Otros, al reflexionar sobre este movimiento latinoamericano, prefieren mantener la denominación de “justicia constitucional” sobre otras connotaciones y enfoques, al estimarla “más dúctil y omnicomprensiva” (Pegoraro);<sup>8</sup> siendo escasas las posturas desde una visión más cercana a la teoría procesal (Marilisa D’Amico).<sup>9</sup>

Es común entre los juristas europeos utilizar la expresión “derecho procesal constitucional” como sinónimo de “justicia constitucional” (Pizzorusso-Romboli-Ruggeri-Spadaro),<sup>10</sup> por sólo mencionar la importante

<sup>6</sup> Häberle, Peter, “El derecho procesal constitucional concretizado frente a la judicatura del Tribunal Federal Constitucional alemán”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 1, enero-junio de 2004, pp. 15-44.

<sup>7</sup> Zagrebelsky, Gustavo, “Diritto processuale costituzionale?”, *Giudizio a quo e movimento del processo costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1990. Existe traducción al español, junto con otros trabajos: *¿Derecho procesal constitucional? y otros ensayos de justicia constitucional*, México, FUNDAp, 2004. También utilizan la expresión con diferentes connotaciones y alcances.

<sup>8</sup> Pegoraro, Lucio, *Giustizia costituzionale comparata*, 2a. ed., Turín, G. Giappichelli, 2007. Particularmente, véase en el capítulo V el tema “Scienza giuridica e giustizia costituzionale: le proposte per un diritto processuale costituzionale”, pp. 193-197.

<sup>9</sup> D’Amico, Marilisa, “Dalla giustizia costituzionale al diritto processuale costituzionale: spunti introduttivi”, *Giurisprudenza italiana*, Parte Quarta, Dottrina e varietà giuridiche, 1990, pp. 480-504.

<sup>10</sup> Cfr., entre otros, Pizzorusso, A., “Uso ed abuso del diritto processuale costituzionale”, *Diritto giurisprudenziale*, a cura di M. Bessone, Turín, G. Giappichelli, 1996; también publicado en Miranda, J. (coord.), *Perspectivas constitucionais. Nos 20 años da Constituição de 1976*, vol. 1, pp. 889-908; Romboli, R. (a curi di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale*, Turín, G. Giappichelli, 1990-2002; Ruggeri, A. y Spadaro, A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*, 3a. ed., Turín, G. Giappichelli, 2004, p. 6.

corriente italiana y especialmente al *Gruppo di Pisa*, cuyos encuentros científicos desde la década de los noventa han tenido repercusiones importantes sobre la *giustizia costituzionale*. Su estudio se realiza esencialmente desde la óptica estrictamente de la ciencia constitucional, circunstancia que explica sean los constitucionalistas sus principales cultivadores y no obstante el reconocimiento de la existencia de un “proceso constitucional” y que en la actuación de la Corte Constitucional existen manifestaciones propias del derecho procesal.<sup>11</sup>

Esta perspectiva entiende que la “jurisdicción o justicia constitucional”, “*justice constitutionnelle*” o “*giustizia costituzionale*” (como se prefiere denominar, respectivamente, en países como España,<sup>12</sup> Francia<sup>13</sup>

<sup>11</sup> Cfr. el influyente estudio de Zagrebelsky, Gustavo, voz “Processo costituzionale”, en *Enciclopedia del Diritto*, Milán, Giuffrè, 1987, vol. XXXVI, pp. 522 y ss.

<sup>12</sup> Además de los importantes ensayos de Manuel Aragón y F. Rubio Llorente, véanse entre otros, los siguientes libros: Ferreres Comella, V., *Justicia constitucional y democracia*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007; Espín Templado, Ed. et al., *La reforma de la justicia constitucional*, Pamplona, Aranzadi, 2006; Alonso García, R. et al., *Justicia constitucional y Unión Europea*, Madrid, Civitas, 2005; Ahumada Ruiz, M., *La jurisdicción constitucional en Europa*, Madrid, Thomson-Civitas, 2005; Pegoraro, L., *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*, Madrid, Dykinson, 2004; Fernández Rodríguez, José J., *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, Madrid, Tecnos, 2002; Almagro Nosete, J., *Justicia constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992 (si bien este autor utilizó por primera vez la expresión “derecho procesal constitucional” en España en 1979); Lösing, N., *La jurisdiccionalidad en Latinoamérica*, Madrid, Dykinson, 2002; Caamaño Domínguez, F. et al., *Jurisdicción y procesos constitucionales*, 2a. ed., Madrid, McGraw-Hill, 2000; Fernández Segado, Francisco, *La jurisdicción constitucional en España*, Madrid, Dykinson, 1997; García Belaunde, Domingo y Fernández Segado, Francisco (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997; Montoro Puerto, Miguel, *Jurisdicción constitucional y procesos constitucionales*, Madrid, Colex, 1991, 2 vols.

<sup>13</sup> Entre las obras publicadas en Francia destacan: Grewe et al. (coords.), *La notion de “justice constitutionnelle”*, París, Dalloz, 2005; Fromont, Michel, *La justice constitutionnelle dans le monde*, París, Dalloz, 1996; Moderne, Franck, *Sanctions administratives et justice constitutionnelle*, Economica-P.U.A.M., 1993; Rousseau, Dominique, *La justice constitutionnelle en Europe*, París, Montchrestien, 1992; Poullain, Bernard, *La pratique française de la justice constitutionnelle*, París, Ed. Economica, 1990; Bon, Pierre, Moderne, Franck y Rodríguez, Yves, *La justice constitutionnelle en Espagne*, París, Ed. Economica-P.U.A.M., 1984; Eisenmann, Charles, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d’ Autriche*, París, L.G.D.J., 1928; además del *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, Economica Presses Universitaires d’ Aix-Marseille-P.U.A.M. publicado desde 1985 bajo la dirección de Louis Favoreu y del “Groupe d’Etudes et de Recherches sur la Justice Constitutionnelle”, en *Aix-en-Provence*.



e Italia<sup>14</sup>) forma parte del derecho constitucional y dentro de ella debe ser estudiada, sin que exista preocupación o ánimo alguno por considerarla “rama autónoma del derecho constitucional”, es decir, que pueda tener

<sup>14</sup> Las obras publicadas en Italia que utilizan esa denominación, entre otras, Cerri, A., *Corso di giustizia costituzionale*, 5a. ed., Milán, Dott. A. Giuffrè, 2007; Pegoraro, L., *Giustizia costituzionale comparata*, Turín, G. Giappichelli, 2007; Malfatti, E. et al., *Giustizia costituzionale*, 2a. ed., Turín, G. Giappichelli, 2007; Modugno, F., *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Nápoles, Editoriale Scientifica, 2007; Balduzzi, R. y Costanzo, P. (coords.), *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sulle leggi*, Turín, G. Giappichelli, 2007; Mezzetti, L. et al., *La giustizia costituzionale*, Padua, Cedam, 2007; Cicconetti, Stefano Maria, *Lezioni di giustizia costituzionale*, 3a. ed., Turín, G. Giappichelli, 2006; Rolla, G., *Scritti sulla giustizia costituzionale*, Génova, ECIG, 2006; varios autores, *L'accesso alla giustizia costituzionale. Caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006; Pasquino, P. y Randazzo, B., *La giustizia costituzionale ed i suoi utenti. Atti del Convegno internazionale (Milano, 14 aprile 2005)*, Milán, Dott. A. Giuffrè, 2006; Marini, Francesco Saverio, *Appunti di Giustizia costituzionale*, Turín, G. Giappichelli, 2005; Ruggeri, A. y Spadaro, A., *Lineamenti di giustizia costituzionale*, 3a. ed., Turín, G. Giappichelli, 2004; Teresi, F., *Elementi di giustizia costituzionale*, Bari, Cacucci, 2004; Di Gregorio, Á., *La giustizia costituzionale in Russia. Origini, modelli, giurisprudenza*, Milán, Dott. A. Giuffrè, 2004; Olivetti, M. y Groppi, T. (coords.), *La giustizia costituzionale in Europa*, Milán, Dott. A. Giuffrè, 2003; Fernández Segado, F., *La giustizia costituzionale nel XXI secolo. Il progresivo avvicinamento dei sistema americano ed europeo-kelseniano*, CCSDD, Bolonia, Bonomo, 2003; Saitta, N., *La camera di consiglio nella giustizia costituzionale*, Milán, Dott. A. Giuffrè, 2003; D'amico, M., *Lezioni di giustizia costituzionale. Il giudizio in via incidentale*, Milán, CUSL, 2003; Crivelli, E., *La tutela dei diritti fondamentali e l'accesso alla giustizia costituzionale*, Padua, CEDAM, 2003; Martines, T., *Fonti del diritto e giustizia costituzionale*, Milán, Dott. A. Giuffrè, 2000; De Vergottini, G. (coord.), *Giustizia costituzionale e sviluppo democratico nei Paesi dell'Europa Centro-Orientale*, Turín, G. Giappichelli, 2000; Tarchi, Rolando (coord.), *Esperienze di giustizia costituzionale*, Turín, G. Giappichelli, 2000, 2 vols.; Morelli, Mario R., *Funzioni della norma costituzionale, meccanismi di attuazione, procedure di garanzia. Il sistema italiano di giustizia costituzionale*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2000; Häberle, P., *La verfassungsbewertung im system der justiz konstuzionale deutsche*, Milán, Dott. A. Giuffrè, 2000; Luther, Jorg et al., *La giustizia costituzionale in Europa Orientale*, Padua, CEDAM, 1999; Pinna, P., *La costituzione e la giustizia costituzionale*, Turín, G. Giappichelli, 1999; Pegoraro, L., *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Turín, G. Giappichelli, 1998; Sorrentino, F., *Lezioni sulla giustizia costituzionale*, Turín, G. Giappichelli, 1998; D'amico, Marilisa y Onida, Valerio, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi. Materiali di giustizia costituzionale. Il giudizio in via incidentale*, Turín, G. Giappichelli, 1997; Andrioli, Virgilio, *Studi sulla giustizia costituzionale*, Milán, Dott. A. Giuffrè, 1992; Zagrebelsky, Gustavo, *La giustizia costituzionale*, 2a. ed., Turín, Il Mulino, 1988; Kelsen, Hans, *La giustizia costituzionale*, Turín, G. Giappichelli, 1981; Angelici, Mario, *La giustizia costituzionale*, Milán, Dott. A. Giuffrè, 1974.

“autonomía científica constitucional”. Dicho en palabras de L. Pegoraro “no hay ningún interés en diferentes o nuevos enfoques sobre el tema”.<sup>15</sup> Al reflexionar sobre la cuestión, Zabrebelsky señala “por cuanto me consta, la fórmula «derecho procesal constitucional» aunque no es usada con frecuencia, no ha entrado hasta ahora en el léxico jurídico utilizado habitualmente. Además en los casos en los cuales se hace uso de ésta, no aparece que sea con una particular e intencional riqueza conceptual”.<sup>16</sup> Y bajo ese tamiz de pertenencia a lo estrictamente constitucional aparece como un apartado en los libros de texto, en los programas de estudio universitarios o en los congresos generales sobre derecho constitucional.<sup>17</sup>

La tendencia se advierte también en el ámbito iberoamericano, desde el *II Coloquio Iberoamericano de Derecho Constitucional*, cuya temática central fue *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, celebrado en la ciudad de Sochogota, Colombia, del 7 al 11 de noviembre de 1977;<sup>18</sup> y de los Congresos Iberoamericanos<sup>19</sup> o Congresos Mundiales<sup>20</sup> de Derecho Constitucional, al abordar en sus temáticas a la justicia constitucio-

<sup>15</sup> Cfr. la encuesta que respondió a la obra García Belaunde, Domingo y Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy, *Encuesta sobre derecho procesal constitucional*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2006, p. 72.

<sup>16</sup> Zabrebelsky, G., *¿Derecho procesal constitucional?...*, cit., nota 7, p. 16.

<sup>17</sup> Así sucede también en otros países, por ejemplo, en Portugal, donde el *direito procesal constitucional* es considerado por importantes constitucionalistas como un apartado del derecho constitucional. Cfr., entre otros, Miranda, Jorge, *Manual de direito constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, 7a. ed., t. I, p. 18 y t. VI; 2a. ed., pp. 60-63; y Gomes Canotilho, Jose Joaquim., *Direito constitucional e teoria da constituição*, 2a. reimp. de la 7a. ed., Coimbra, Almedina, 2003, especialmente el título 6, capítulo 3: *Direito procesal constitucional*, pp. 965-975.

<sup>18</sup> Véase la memoria de este evento: *II Coloquio Iberoamericano de Derecho Constitucional. La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1984.

<sup>19</sup> Hasta la fecha se han realizado IX Congresos Iberoamericanos: I: Ciudad de México (1975); II: Ciudad de México (1980); III: Ciudad de México (1985); IV: Madrid (1988); V: Querétaro (1994); VI: Bogotá (1998); VII: Ciudad de México (2002); VIII: Sevilla (2003); IX: Curitiba, Brasil (2006). El X Congreso Iberoamericano tendrá lugar en Lima, Perú, en 2009. En general, sobre la historia del Instituto y las temáticas desarrolladas, véase el trabajo de Carpizo, Jorge, *Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 1974-2004*, México, UNAM, 2004.

<sup>20</sup> Los Congresos Mundiales de Derecho Constitucional se organizan por la *International Association of Constitutional Law*, fundada en 1981. Hasta la fecha se han realizado VII Congresos. Los dos últimos tuvieron lugar en Santiago de Chile (12-16 de enero, 2004) y en Atenas, Grecia (11-15 de junio, 2007). El VIII Congreso se realizará en la ciudad de México en 2010.

nal o *judicial review* como parte de esta disciplina. No obstante, en el *I Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional* (México, 1975) se enfatizó en la necesidad de la vinculación entre las ramas del derecho constitucional y del derecho procesal, al reflejarse en una de las conclusiones del evento: “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 corresponden a las zonas de confluencia entre ambas disciplinas y que tienen relación directa con la función del organismo judicial”.<sup>21</sup>

Desde el campo del procesalismo se le ha prestado poca atención, como se advierte de los congresos mundiales<sup>22</sup> e iberoamericanos<sup>23</sup> de derecho procesal. Algunos coloquios o congresos internacionales se han relacionado con la temática debido a la influencia de Couture o Cappelletti.<sup>24</sup> En las Jornadas Iberoamericanas se ha estudiado especialmente el tema del amparo o las garantías constitucionales del proceso, lo que propició

<sup>21</sup> Cfr. Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 5a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2007, p. 227.

<sup>22</sup> Hasta la fecha se han realizado XIII Congresos Mundiales, organizados por la Asociación Internacional de Derecho Procesal: I: Florencia (1950); II: Viena (1953); III: Munich (1957); IV: Atenas (1967); V: México (1972); VI: Gante (1977); VII: Wurzburg (1983); VIII: Utrecht (1987); IX: Coimbra-Lisboa (1991); X: Taormina (1995); XI: Viena (1999); XII: México (2003); XIII: Bahía (2007). El XIV Congreso Mundial se desarrollará en Berlín en 2011.

<sup>23</sup> Las primeras Jornadas se realizaron en Montevideo en 1957, al año de fallecimiento de Eduardo J. Couture y como homenaje a su memoria. Actualmente se denominan Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, auspiciadas por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Se celebran por lo general cada dos años. Las Jornadas se han efectuado en: I: Montevideo (1957); II: México (1960); III: São Paulo (1962); IV: Caracas-Valencia (1967); V: Bogotá-Cartagena de Indias, (1970); VI: Valencia, Venezuela (1978); VII: Guatemala (1981); VIII: Quito (1982); IX: Madrid (1985); X: Bogotá (1986); XI: Rio de Janeiro (1988); XII: Mérida, España (1990); XIII: Cuernavaca (1992); XIV: La Plata (1994); XV: Bogotá (1996); XVI: Brasilia (1998); XVII: San José (2000); XVIII: Montevideo (2002), XIX: Caracas (2004); XX: Málaga (2006). Las XXI Jornadas Iberoamericanas tendrán lugar en octubre de 2008 en Lima, Perú.

<sup>24</sup> Uno de los temas del II Congreso Mundial de Derecho Procesal, celebrado en Viena, del 5 al 8 de octubre de 1953, fue “Las garantías constitucionales del proceso” con la participación de Couture. El VII Congreso Mundial celebrado en Wurzburg (1983) tuvo como eje central “La efectividad de la protección judicial y el orden constitucional”, promovido por Cappelletti. Y también promovido por este jurista destaca en 1988 la celebración del congreso Extraordinario en ocasión del Noveno Centenario de la Universidad de Bolonia, relativo a “La protección judicial de los derechos humanos a nivel nacional e internacional”.

incluso que se propusieran unas “Bases uniformes para un amparo latinoamericano”,<sup>25</sup> o unas “Bases constitucionales para un proceso civil justo”.<sup>26</sup> Sólo en las *XIX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal* celebradas en Caracas (2004) uno de los temas específicos fue “El derecho procesal constitucional”,<sup>27</sup> y en las *XXI Jornadas Iberoamericanas* se dedicará un apartado a los “procesos constitucionales”.<sup>28</sup> El poco interés y desarrollo mostrado por los procesalistas resulta paradójico si se tiene en consideración que los orígenes científicos de la disciplina fueron establecidos por eminentes procesalistas, como veremos más adelante, que advirtieron el fenómeno de la constitucionalización del ordenamiento jurídico y de la creación de procesos y jurisdicciones especializadas en lo constitucional, lo que provocó su acercamiento a la ciencia constitucional, a la luz del penetrante pensamiento que iniciara Kelsen en su famoso artículo de 1928.

Ante estas dos posturas de “apoderamiento” y de “ausencia”, en el nuevo milenio se aprecia un acercamiento creciente entre constitucionalistas y procesalistas al tratar de consolidar al derecho procesal constitucional como disciplina jurídica autónoma. En ese diálogo interdisciplinario, que trata de abrir nuevos enfoques a la disciplina, se pueden advertir en general dos posturas de autonomía. La vertiente que la considera “autónoma mixta”, al estimar que debe construirse bajo los conceptos, métodos y estructuras del derecho constitucional y del derecho procesal. Esta postura, atractiva sin lugar a dudas, nos debe llevar a la reflexión de si existen en

<sup>25</sup> Véase la propuesta de Héctor Fix-Zamudio en las IV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, celebradas en Caracas y Valencia, Venezuela, los últimos días de marzo y primeros de abril de 1967, para unas “Bases Uniformes para un amparo Latinoamericano”. Propuesta también encabezada por Adolfo Rivas y Augusto M. Morello, véase de este último “El amparo. Una ley uniforme para Hispanoamérica”, *XIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, México, UNAM, 1993, pp. 575-580.

<sup>26</sup> Véase la ponencia presentada por José Ovalle Favela, en las XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, celebradas en Málaga, en octubre de 2006.

<sup>27</sup> Si bien con un enfoque más cercano al “derecho constitucional procesal” propiamente dicho, que al “derecho procesal constitucional”, ya que sólo se abordó el debido proceso como garantía constitucional. *Cfr.* las ponencias de Almagro Nosete, José, “Garantía del proceso justo (o debido)” y Baumeister Toledo, Alberto, “Garantías procesales de un proceso justo”, *Temas de derecho procesal. XIX Jornadas Iberoamericanas y V Congreso Venezolano de Derecho Procesal. Homenaje a José Rodríguez Urraca y José Gabriel Sarmiento Núñez*, Caracas, Invedepro, 2004, pp. 87-115 y 117-143.

<sup>28</sup> Las *XXI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal* tendrán lugar en Lima, en octubre de 2008.

realidad disciplinas jurídicas “mixtas” o bien si la tendencia contemporánea de cualquier materia es el enfoque multidisciplinario, con independencia de su propia naturaleza de pertenencia a una particular rama jurídica.

Una segunda corriente, la expuesta por Fix-Zamudio desde 1955-1956, defiende la “autonomía procesal” tratando de establecer los principios y cimientos como rama de naturaleza procesal, de tal suerte que sea tan autónoma como el derecho procesal civil o procesal penal lo son del derecho civil o penal. Esta postura, en general, estima que si bien el derecho procesal constitucional comparte los conceptos tradicionales de la teoría del proceso, existen particularidades y categorías propias que deben construirse y diferenciarse especialmente del tradicional proceso civil que contribuyó a sentar las bases generales del proceso, y de ahí avanzar en las categorías que caracterizan al proceso constitucional. Bajo este último enfoque, incluso, se distinguen las posturas tradicionales y las que pretenden introducir nuevas variantes a la teoría del proceso, tratando de “compartir” o establecer “categorías comunes” entre las dos disciplinas tradicionales o bien construir “categorías propias”, utilizando las existentes en el derecho procesal y con un acercamiento importante al derecho constitucional, en aras de abonar en la formación científica y autónoma del derecho procesal constitucional.

### III. ¿CONVERGENCIA O CONVIVENCIA?

De lo dicho en el epígrafe anterior se advierten las dos posturas dominantes sobre la naturaleza del derecho procesal constitucional: 1) *la europea*, que sin entrar en el deslinde con el procesalismo científico la considera como parte de estudio de la ciencia constitucional con la denominación mayoritaria de “justicia constitucional”; y 2) *la latinoamericana*, que defiende su autonomía científica con dos vertientes: a) “autonomía mixta”, al estimar deben considerarse los principios, instituciones, metodología y técnicas del derecho constitucional y del derecho procesal; y b) “autonomía procesal”, que partiendo de la teoría general del proceso deben construirse sus propias categorías, principios e instituciones, si bien con un acercamiento importante al derecho constitucional. Esta última postura es la más aceptada y la que se ha ido paulatinamente consolidando. Si bien es una disciplina procesal, los vasos comunicantes con el derecho constitucional son intensos, incluso con mayores proyecciones que las demás ramas procesales respecto a las materias sustantivas

(procesal civil o penal, respecto al derecho civil o penal, por ejemplo), debido a que en muchas ocasiones sus categorías se encuentran en la propia Constitución.

No es el momento de entrar al análisis detallado de cada postura. La primera pertenece a la ciencia constitucional. La segunda reivindica su autonomía científica. El objeto de estudio de ambas, sin embargo, se aproxima a tal grado que en algunas ocasiones parece ser el mismo y todo depende del enfoque con el cual se analice.

Ante este panorama debemos preguntarnos si en realidad ¿son excluyentes? o bien ¿pueden coexistir estas dos posturas? Esta es una cuestión de fondo sobre la cual poco se ha reflexionado.

Pareciera que en el horizonte se vislumbran dos posibilidades: la convergencia o la convivencia.

A) ¿Se puede llegar a una única postura? Y si es así ¿cómo la denominaríamos y cuál sería su contenido y encuadre científico?, ¿será procesal, constitucional o mixta?, ¿en realidad existen las disciplinas mixtas? O más bien se debe utilizar el moderno enfoque interdisciplinario en el estudio de las disciplinas, con independencia de su naturaleza jurídica.

El llegar a una convergencia entre las dos corrientes descritas también podría llevar a la aceptación convencional de una sobre la otra. Por ejemplo, la aceptación del derecho procesal constitucional como la última fase del desarrollo científico del fenómeno de lo que en un primer momento se denominó jurisdicción constitucional. Esta es la postura que Domingo García Belaunde defiende y ha dado a conocer desde hace tiempo. Su tesis queda reflejada en un libro que lleva el sugestivo título *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*.<sup>29</sup> Postura que bajo diferente enfoque desde Italia advertía Marilisa D'Amico, en su ensayo denominado precisamente "Dalla giustizia costituzionale al diritto processuale costituzionale: spunti introduttivi".<sup>30</sup> En este último ensayo la autora enfatiza sobre el origen procesal de la justicia constitucional y realiza consideraciones importantes sobre las particularidades de los procesos constitucionales y del derecho procesal constitucional a la luz de la teoría procesal.<sup>31</sup>

<sup>29</sup> Esta obra cuenta con cuatro ediciones. Las últimas dos ediciones aparecen en México (Fundap, 2004) y Perú (Grijley, 2003).

<sup>30</sup> *Giurisprudenza italiana, cit.*, nota 9.

<sup>31</sup> *Cfr. op. ult. cit.*, especialmente el apartado sobre "Giustizia costituzionale" o "diritto processuale costituzionale?", pp. 490-495.

O también pudiera suceder al revés, que el fenómeno adquiriera tal caracterización científica desde la dogmática constitucional que prevalezca y sea convencionalmente aceptada en el campo de estudio de la ciencia constitucional y la ciencia procesal, a manera de una etapa evolutiva de lo que hasta ahora se ha desarrollado especialmente en el viejo continente a través de la denominada justicia constitucional. Esto implicaría, a la vez, que la pretendida emancipación del derecho procesal constitucional quede mermada y como un mero intento científico que nunca logró cuajar lo suficiente.

B) También puede suceder que no se llegue a una convergencia, sino a una aceptación mutua de las posturas. Esto ocurriría si ambas adquieren madurez científica, de tal suerte que su construcción sea simultánea y convencionalmente aceptada por la ciencia constitucional y la dogmática procesal. Implica que al margen del importante desarrollo dogmático constitucional que los especialistas en derecho constitucional han realizado de la “justicia constitucional”, se inicie una genuina etapa reivindicatoria en la construcción teórica del proceso constitucional desde el procesalismo científico. Lo cual no ha sucedido hasta el momento. Parece ser una “zona vedada” para el desarrollo científico procesal (por lo menos así se advierte en Europa, salvo excepciones), no obstante los avances incuestionables del proceso civil y del proceso penal, así como la construcción de otras ramas como el proceso administrativo y laboral, o los que se encuentran en fase de desarrollo como el proceso electoral. El desarrollo científico del proceso constitucional pareciera uno de los pendientes inaplazables que deben afrontar los procesalistas. Este desarrollo podría llevar a esta convivencia si se lograran acuerdos mutuos de aceptación de lo que es estrictamente procesal y de lo que es materia constitucional, o bien aceptando un solo camino compartido de desarrollo científico. De lo contrario la convergencia llevaría a la imposición de una visión sobre la otra, lo cual de suyo no es malo si se acepta convencionalmente.

La disyuntiva entre la “convergencia” (con la consecuencia de la posible desaparición o asimilación de una hacia otra) o la “convivencia” de ambas está latente y el tiempo dará la respuesta. En el fondo la “convivencia”, como sucede en la actualidad, debería llevar a la “convergencia” de posturas (no de rechazo de la existencia de una u otra) y así reconducir los planteamientos hacia posibles encuentros que posibiliten hablar de

categorías compartidas. Por ejemplo, las categorías “proceso constitucional” y “jurisdicción constitucional” ¿deben ser exclusivas de alguna de ellas? O más bien pertenecen a ambas, aunque con enfoques distintos. La “jurisdicción constitucional” como el “proceso constitucional”, en tanto “proceso” y “jurisdicción” son instituciones procesales fundamentales de la dogmática procesal y que han alcanzado un desarrollo importante en otras ramas procesales. Sucede también que los “procesos constitucionales” y las “jurisdicciones constitucionales” (tribunales constitucionales, salas constitucionales, etcétera) están previstos en las propias leyes supremas, lo que significa que deben ser tratadas por la ciencia constitucional, por ser la Constitución su objeto de estudio. ¿Puede la ciencia constitucional o la dogmática procesal apropiarse de estas categorías? Alcalá-Zamora y Castillo apuntaba cómo, por ejemplo, podemos saber lo que es la “jurisdicción”, pero no sabemos donde está, si en el campo procesal o en el constitucional.<sup>32</sup>

Entendemos, por consiguiente, que en el futuro pudiera convencionalmente llegar a aceptarse el reconocimiento de una “justicia constitucional” en clave constitucionalista, es decir, como enfoque de estudio de la dogmática constitucional, como se ha venido estudiando especialmente a partir de la consolidación de los tribunales constitucionales europeos después de la segunda posguerra. Y también la existencia de un “derecho procesal constitucional” como disciplina autónoma procesal (con ascendencia constitucional, en mayor o menor medida) que tenga su propio objeto y perspectiva. Lo importante —y a la vez complicado— será delimitar las “zonas límites” o “zonas compartidas” del derecho procesal constitucional con respecto a la justicia constitucional y viceversa.

Si esta “convivencia” se acentúa, debemos entonces avanzar hacia la delimitación entre la “justicia constitucional” y el “derecho procesal constitucional”, teniendo en consideración que ambas forman parte del derecho público y como una fase de desarrollo en la separación metodológica de las disciplinas jurídicas, que iniciara en el siglo XIX. La distinción entre una y la otra radica en que la primera es ciencia constitucional y la segunda es ciencia procesal. La justicia constitucional es parte del objeto del derecho constitucional, a manera de uno de sus elementos que lo conforman. El derecho procesal constitucional pertenece a la dogmática pro-

<sup>32</sup> Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa (contribución al estudio de los fines del proceso)*, 3a. ed., México, UNAM, 1991, p. 103.



cesal, con la misma autonomía que han alcanzado sus diversas ramas y bajo la unidad de la teoría o los principios generales del proceso, si bien con una estrecha relación con el derecho constitucional en la medida en que en muchos casos sus categorías se encuentran en los textos constitucionales. La justicia constitucional, como parte de un todo, debe limitar su superficie a los propios de la disciplina que la contiene. El derecho procesal constitucional, como una disciplina autónoma procesal, necesariamente tendrá una cobertura mayor en su objeto de estudio y con enfoques diversos, debiendo crear sus propios conceptos, categorías e instituciones que la distinguan de las demás ramas procesales. En todo caso, debe privilegiarse el estudio interdisciplinario de la disciplina constitucional y la procesal para llegar a posturas más avanzadas en su desarrollo.

En este sentido, desde la mejor dogmática contemporánea (procesal y constitucional) se han realizado esfuerzos muy serios para iniciar el deslinde de las ciencias procesal y constitucional, con respecto al “derecho procesal constitucional”. Por una parte, Fix-Zamudio, apoyándose en las ideas de Couture sobre las garantías constitucionales del proceso civil, elaboró la tesis relativa a la existencia de una nueva disciplina limítrofe denominada “derecho constitucional procesal” (como parte del derecho constitucional) que comprende aquellas instituciones procesales elevadas a rango constitucional. Esta postura fue trazada para delinear lo que es propiamente objeto de estudio del “derecho procesal constitucional” (como rama procesal), de aquella que corresponde a la ciencia constitucional y a pesar de tratarse de categorías procesales. Sobre el particular volveremos más adelante y sólo advertimos por el momento que la distinción ha sido acogida por un buen número de juristas no sin ciertas dudas también por un sector de la doctrina. El propio Fix-Zamudio también distingue entre las connotaciones de “justicia constitucional” y “derecho procesal constitucional”. Considera que no son incompatibles y más bien resultan complementarios en la medida que la “justicia constitucional” se refiere al conjunto de instrumentos tutelares que conforman el contenido del “derecho procesal constitucional”, siendo esta última la disciplina científica que los estudia.<sup>33</sup>

<sup>33</sup> Véanse, entre otros, las palabras que pronunció en la inauguración del I Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional. *Cfr.* Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, *Procesos constitucionales. Memoria del I Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, México, UNAM, 2007, p. XVIII.

Otro esbozo (con poco eco hasta ahora) lo ha realizado Zagrebelsky desde la teoría de la justicia constitucional. En un importante seminario realizado en el *Palazzo della Consulta* en Roma, los días 13 y 14 de noviembre de 1989, se preguntaba si es posible hablar y en qué términos de un derecho procesal constitucional. Partiendo de una concepción del “proceso constitucional” diferenciada del “procedimiento”, de la *lex* (derecho objetivo) y *iura* (derecho subjetivo), llega a visualizar los dos bienes tutelados en el proceso constitucional: los derechos constitucionales y la constitucionalidad del derecho objetivo; y advierte la tensión de los mismos cuando se trata de la resolución de controversias constitucionales. Señala la tendencia de la “visión objetiva” del juicio constitucional, entendida como institución para la garantía de la coherencia del ordenamiento respecto a la Constitución, más que como instrumento directo de defensa de los derechos constitucionales. El profesor de derecho constitucional de la Universidad de Turín, si bien analiza específicamente a la Corte Constitucional italiana, resalta que las cortes constitucionales no deben ser sólo instrumentos del aparato de gobierno, sino órganos de las expectativas de justicia que provienen de la sociedad, enfatizando que “no existe expectativa posible sin un proceso. No se puede ni siquiera imaginar a un juez sin un derecho procesal: sería un gestor arbitrario de las posiciones sobre las cuales se encuentra decidiendo pero, si así fuera, no podríamos considerarlo un juez, si a esta palabra queremos dar un sentido y un valor”.<sup>34</sup>

El hoy presidente emérito de la Corte Constitucional italiana pone el dedo en la llaga cuando advierte y reconoce que “ha faltado una reivindicación, coherente en los resultados, de autonomía de la reflexión constitucionalista con relación a la procesalista”. Termina su reflexión respondiendo afirmativamente sobre la existencia de esta disciplina:

Un derecho procesal constitucional, sí, pero *sui generis* —es más: muy *sui generis*—, que comprenda en sí pluralidad de perspectivas, que deben reconstruirse alrededor de bienes jurídicos múltiples. Un derecho procesal capaz de comprender las razones no siempre coincidentes de la tutela sub-

<sup>34</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *¿Derecho procesal constitucional? y otros ensayos de justicia constitucional*, cit., nota 7, p. 38.

jetiva de los derechos constitucionales, pero también las razones de la tutela objetiva de la Constitución.<sup>35</sup>

A partir de estas premisas podría iniciarse un encuentro reflexivo entre constitucionalistas y procesalistas para abonar en la madurez científica de sus disciplinas, que en ocasiones parecieran dos puntas de iceberg aislados aunque unidos debajo del mismo mar.

#### IV. HACIA LA CONSOLIDACIÓN DE UNA DISCIPLINA AUTÓNOMA

Con independencia del enfoque con el cual se mire al fenómeno en cuestión, que dependerá en gran medida de la formación personal que se tenga y de la intención pretendida, lo cierto es que la “autonomía científica” del derecho procesal constitucional se abre paso hacia su consolidación. Lo anterior se advierte, por lo menos, desde tres ángulos vinculados estrechamente a su carácter científico, a saber, en la creación de institutos o asociaciones, en la enseñanza del derecho y en la doctrina jurídica.

##### 1. *Asociaciones científicas*

Por una parte se han creado institutos y asociaciones científicas para su estudio. Desde la década de los ochenta del siglo pasado se creó el *Centro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional* (1989),<sup>36</sup> que luego se transformó en el *Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional* (2003),<sup>37</sup> con motivo de la celebración del *I Encuentro* celebrado en la ciudad de Rosario, Argentina, conjuntamente con las *VII Jornadas Argentinas de Derecho Procesal Constitucional*.<sup>38</sup>

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 57.

<sup>36</sup> Impulsado por Néstor Pedro Sagüés. El antecedente es el *Centro Interdisciplinario de Derecho Procesal Constitucional*, creado en 1987-1991 y cuya sede es la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

<sup>37</sup> El acta constitutiva del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, puede consultarse en la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 1, enero-junio de 2004, pp. 311 y 312. La página electrónica del Instituto es [www.iidpc.org](http://www.iidpc.org).

<sup>38</sup> Véase la reseña de este evento en Palomino Manchego, José F., “Crónica del I Encuentro Latinoamericano de Derecho Procesal Constitucional (Rosario, Argentina, 21 y 22 de agosto de 2003)”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 1, *op. ult. cit.*, pp. 305-310.

El *Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional* ha realizado *IV Encuentros*.<sup>39</sup> También se han creado asociaciones nacionales, como en Argentina,<sup>40</sup> Chile,<sup>41</sup> Colombia,<sup>42</sup> México<sup>43</sup> y Perú,<sup>44</sup> organizando periódicamente congresos sobre la materia.

<sup>39</sup> Son los siguientes: I Encuentro, Rosario, Argentina (2003); II Encuentro, San José, Costa Rica (2004); III Encuentro, La Antigua, Guatemala (2005); IV Encuentro, Santiago de Chile (2006). El V Encuentro se realizará en Cancún, México, en mayo de 2008.

<sup>40</sup> El Centro Argentino de Derecho Procesal Constitucional ha realizado hasta la fecha IX Encuentros. El último tuvo lugar en la Universidad del Salvador, en Buenos Aires, el 7 y 8 de septiembre de 2006. Se dedicó a la memoria de Germán J. Bidart Campos.

<sup>41</sup> Se creó la *Asociación Chilena de Derecho Procesal Constitucional* en julio de 2004 por la propuesta de Humberto Nogueira Alcalá, que ha impulsado la materia desde hace muchos años a través de congresos y seminarios internacionales, con el apoyo de la Universidad de Talca y como presidente de la *Asociación Chilena de Derecho Constitucional*. El IV Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional se llevó a cabo en la Universidad Diego Portales en Santiago, con la denominación: “Los desafíos del derecho procesal constitucional a inicios del siglo XXI”.

<sup>42</sup> Como la *Asociación Colombo-Venezolana de Derecho Procesal Constitucional*, en la ciudad de Cúcuta, Colombia, promovida por Ernesto Rey Cantor. En época reciente, también Anita Giacomette Ferrer organizó un congreso internacional sobre la materia en la Universidad de Rosario, en Bogotá, los días 2 y 3 de junio de 2005. Actualmente, se encuentra en fase de formación el Instituto Colombiano de Derecho Procesal Constitucional. Lo anterior, con independencia del dinamismo y consolidación que tiene el Instituto Colombiano de Derecho Procesal, que preside el destacado procesalista Jairo Parra y que en sus Congresos anuales se abordan cuestiones de derecho procesal constitucional.

<sup>43</sup> Se creó el *Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional* con motivo del Coloquio Internacional sobre la materia, celebrado en la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, en Monterrey (23-25 de septiembre de 2004). El acta constitutiva del Instituto y la crónica de dicho evento pueden verse en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 3, enero-junio de 2005, pp. 491-498 y 499-500. El Instituto Mexicano ha celebrado: el *I Congreso*, también en Monterrey, en la misma Universidad (8-10, septiembre, 2005) y el *II Congreso* (29 de mayo al 1o. de junio de 2007) en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Las “crónicas” de ambos eventos aparecen en la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 5, enero-junio de 2006, pp. 427-435; y núm. 8, julio-agosto de 2007, pp. 565-580.

<sup>44</sup> En el Perú se creó una “sección” dentro del Instituto Peruano de Derecho Constitucional. Esta asociación fue impulsada por Domingo García Belaunde y actualmente la preside Francisco J. Eguiguren Praeli. Se han efectuado dos congresos peruanos sobre la materia, ambos realizados por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad “Los Andes” en la ciudad de Huancayo, Perú, debido a su decano doctor Miguel Vilcapoma Ignacio. El I Congreso (18-20, noviembre de 2004) se dedicó a la memoria de Germán J. Bidart Campos y el II Congreso (24-26, mayo de 2007), dedicado a Héctor Fix-Zamudio.

## 2. Enseñanza universitaria

Este florecimiento de la disciplina también ha repercutido en su enseñanza.<sup>45</sup> En época reciente, los planes de estudio de las escuelas, facultades y departamentos de derecho han sido objeto de revisión y actualización, para incorporar de manera específica una nueva asignatura denominada “derecho procesal constitucional”. Esta tendencia se aprecia con claridad en la currícula de pregrado y posgrado que se han incluido varias universidades latinoamericanas, especialmente en Argentina,<sup>46</sup> Bolivia,<sup>47</sup>

<sup>45</sup> *Cfr.* nuestra ponencia “El derecho procesal constitucional en las universidades. Necesidad y variables”, presentada en el III Congreso Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, La Antigua, Guatemala, 7-9 de diciembre de 2005.

<sup>46</sup> Se debe a Néstor Pedro Sagüés la inauguración en 1982 del primer curso de posgrado en Argentina sobre Derecho Procesal Constitucional, que impartió en la Universidad de Belgrano. En 1986, la primera cátedra en la Universidad Notarial Argentina y en 1988 como curso de doctorado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Rosario, de la Universidad Católica Argentina. *Cfr.* la obra de Sagüés, *Derecho procesal constitucional*, t. I, así como el relato de Sebastián R. J. Franco, en la reseña que hace a los 4 tomos de Sagüés, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 2, julio-diciembre de 2004, p. 379. Actualmente esa materia se imparte como asignatura optativa en varias universidades, como: Pontificia Universidad Católica Argentina, Universidad Nacional de Rosario, en Tucumán, en Mar deL Plata o en el ciclo profesional orientado en la Universidad de Buenos Aires, como nos relatan Sagüés y Gozaíni, en García Belaunde, D. y Espinosa-Saldaña Barrera, E. (coords.), *Encuesta sobre derecho procesal constitucional, cit.*, nota 15, pp. 27 y 28. También desde el 2000 se imparte a nivel pregrado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, a cargo del profesor Jorge Horacio Gentile.

<sup>47</sup> De conformidad con la información de José Antonio Rivera Santivañez, la materia inició a impartirse a nivel pregrado en 2001 (en octavo semestre y en calidad de obligatoria) en la Universidad Privada de Santa Cruz (UPSA) y a partir de 2003 en la Universidad Técnica de Santa Cruz (UTEPSA). Se imparte la maestría en “Derecho Procesal Constitucional y Derecho Constitucional” en la Universidad Andina Simón Bolívar (en Sucre y La Paz), en la Universidad San Simón de Cochabamba, en la Universidad Mayor Gabriel René Moreno de Santa Cruz de la Sierra (aunque con la denominación de Instituciones Privadas y Procesos Constitucionales). Además de los diplomados específicos sobre la materia impartidos por la Universidad Privada Domingo Savio. *Cfr.* García Belaunde, D. y Espinosa-Saldaña Barrera, E. (coords.), *Encuesta sobre derecho procesal constitucional, cit.*, nota 15, p. 34. Asimismo, se imparte en el séptimo semestre de la Universidad Privada Franz Tamayo. *Cfr.* <http://unifranz.edu.bo/descargas/files/derecho.pdf> (consulta 29 de agosto de 2007).

Brasil,<sup>48</sup> Chile,<sup>49</sup> Colombia,<sup>50</sup> Costa Rica,<sup>51</sup> Guatemala,<sup>52</sup> El Salvador,<sup>53</sup> Panamá<sup>54</sup> y Perú,<sup>55</sup> destacando el desarrollo notable que han experimentado Argentina y Perú.

<sup>48</sup> Si bien se sigue enseñando dentro de la currícula de derecho constitucional, en los últimos años se ha incorporado en varias universidades. *Cfr.* las respuestas de Ivo Dantes, Regis Frota Araujo y Andrés Ramos Tabares, a la encuesta de la obra coordinada por García Belaunde, D. y Espinosa-Saldaña Barrera, E. (coords.), *op. cit.*, nota 15, pp. 35-47.

<sup>49</sup> En Chile se ha impartido un cursillo en la licenciatura en ciencias jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Central, impartida por los profesores Francisco Zúñiga Urbina y Alfonso Perramont Sánchez, como así lo manifiestan en su texto introductorio preparado para los estudiantes: *Introducción al derecho procesal constitucional*, Santiago, Universidad Central de Chile, 2002, III vols. (primera reimpresión del vol. I, 2003). También existió una asignatura a nivel pregrado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca (1998-2002) y se ha planteado como parte de la maestría que imparte su Centro de Estudios Constitucionales con sede en Santiago. *Cfr.* Nogueira Alcalá, Humberto, en García Belaunde, Domingo y Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy (coords.), *op. cit.*, nota 15, p. 56.

<sup>50</sup> Se imparte como uno de los módulos en la Especialidad de Derecho Constitucional en la Universidad Autónoma de Bucaramanga. Asimismo, como materia en la Maestría en Derecho Procesal en la Universidad de Medellín.

<sup>51</sup> Rubén Hernández Valle señala que se impartió por primera vez por él a nivel posgrado en el año de 1990, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y asevera que en la actualidad se imparte de manera obligatoria en pregrado en la mayoría de las universidades. *Cfr.* García Belaunde, D. y Espinosa-Saldaña Barrera, E. (coords.), *op. cit.*, nota 15, p. 52. Asimismo, integra la currícula de grado de bachiller en derecho en la Escuela Libre de Derecho, así como de la carrera de derecho en la Universidad Autónoma de Centroamérica, en ambos casos se imparte en el sexto cuatrimestre. *Cfr.* <http://www.uescuelalibre.ac.cr/planes.html>, así como <http://www.carreras.co.cr/view.php?doc=p&i=15&carrera=1810&categoria=71> (consultas 14 de septiembre de 2007).

<sup>52</sup> Se imparte en décimo semestre como “Derecho procesal constitucional y administrativo” en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Mesoamericana. *Cfr.* <http://mesoamericana.edu.gt/Carreras/derecho.html> (consulta 14 de septiembre de 2007).

<sup>53</sup> Se imparte como obligatoria en el décimo semestre de la Universidad de El Salvador, así como en séptimo semestre en la Universidad Capitán General Gerardo Barrios. También integra la currícula en de la carrera de derecho del Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”.

<sup>54</sup> Se imparte en el noveno cuatrimestre en la *Universidad Cristiana de Panamá*. *Cfr.* [http://www.ucp.ac.pa/plan\\_lic.en\\_derechocienciaspoliticas.htm](http://www.ucp.ac.pa/plan_lic.en_derechocienciaspoliticas.htm) (consulta 27 de agosto de 2007).

<sup>55</sup> Se debe a Domingo García Belaunde la inclusión de la asignatura “Garantías constitucionales” en la Pontificia Universidad Católica del Perú desde 1980 (cuyo contenido comprendía al derecho procesal constitucional). A partir de 2003 se cambió su denomi-

En México, no obstante las enseñanzas de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, y de las penetrantes publicaciones de Héctor Fix-Zamudio desde hace cincuenta años, las reformas a los planes de estudio iniciaron en 1999 y se intensificaron a partir del nuevo milenio. Lo anterior se explica por la tradicional corriente de considerar al juicio de amparo mexicano en su dimensión “omnicomprensiva” al representar en realidad una “federación de instrumentos” que en otros países tienen autonomía, como acertadamente lo ha destacado Fix-Zamudio,<sup>56</sup> provocando que durante el siglo XX se convirtiera en la práctica en el único mecanismo efectivo de protección constitucional. A partir de las reformas constitucionales de diciembre de 1994 y agosto de 1996, mediante las cuales se incorporan nuevos instrumentos jurisdiccionales de protección, se revitalizan otros y se amplían las facultades de la Suprema Corte de Justicia, se avanza hacia un sistema integral de defensa constitucional, lo que provoca la necesidad de reformar los planes de estudio en los departamentos, escuelas y facultades de derecho.

Progresivamente en el primer lustro del presente milenio la asignatura “Derecho procesal constitucional” se incorpora en la currícula de licenciatura y/o posgrado en importantes centros de enseñanza públicos y privados del país. Así sucede en la Universidad Nacional Autónoma de México,<sup>57</sup> y

nación a “derecho procesal constitucional”. En la Universidad Nacional Mayor de San Marcos se reformó el plan de estudios para incorporarla con esa denominación y como curso obligatorio en el sexto año desde 1992, según relato de Elvito A. Rodríguez. A partir de 1996 se incorpora en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Trujillo, y en la Universidad Privada “Antenor Orrego” de la misma ciudad, al parecer por la insistencia de Gerardo Eto Cruz y Víctor Julio Ortecho Villena, y luego se reproduce también en las Universidades César Vallejo y Privada del Norte. En la actualidad se ha incorporado a nivel pregrado y posgrado por numerosas universidades, debido al reciente Código Procesal Constitucional que entró en vigor el 10 de diciembre de 2004. *Cfr.* Rodríguez Domínguez, Elvito A., *Manual de derecho procesal constitucional*, 3a. ed., Lima, Grijley, 2006, p. 120; así como la respuesta que dieron Samuel B. Abad Yupanqui, Gerardo Eto Cruz, Víctor Julio Ortecho Villena, José F. Palomino Manchego y Aníbal Quiroga León, en García Belaunde, Domingo y Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy (coords.), *op. cit.*, nota 15, pp. 91-106.

<sup>56</sup> *Cfr.*, entre otros, su libro *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 3a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2003.

<sup>57</sup> En el posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM se enseña desde el año 2003 dentro de la maestría en Derecho Constitucional. A nivel licenciatura, se aprobó el 7 de julio de 2004 por el Consejo Universitario, conforme al nuevo plan de estudios y se impartirá por primera vez en el año 2008. Es de carácter electiva y dentro del área IV: Derecho constitucional y amparo.

en las Universidades Autónoma de Baja California,<sup>58</sup> Autónoma Benito Juárez de Oaxaca,<sup>59</sup> Autónoma de Chiapas,<sup>60</sup> de Colima,<sup>61</sup> Guadalajara,<sup>62</sup> Autónoma de Nuevo León,<sup>63</sup> Autónoma de Tlaxcala,<sup>64</sup> Autónoma de Sinaloa,<sup>65</sup> Autónoma de Yuactán,<sup>66</sup> Panamericana,<sup>67</sup> Iberoamericana,<sup>68</sup> Anáhuac,<sup>69</sup> La Salle,<sup>70</sup> Modelo,<sup>71</sup> Americana de Acapulco,<sup>72</sup> entre otras.

<sup>58</sup> Las Facultades de Derecho en Tijuana y Mexicali, de la Universidad Autónoma de Baja California, fueron las primeras en el país en introducir la materia con carácter obligatorio conforme su plan de estudios de 1999. Se divide en dos cursos semestrales. La tradicional materia “juicio de amparo” quedó subsumida en uno de los cursos de “derecho procesal constitucional”.

<sup>59</sup> Se impartirá a partir del año 2008 como obligatoria, conforme al nuevo plan de estudios.

<sup>60</sup> En el Campus San Cristóbal de las Casas se imparte como obligatoria en octavo semestre.

<sup>61</sup> Se imparte actualmente en el sexto semestre en calidad de obligatoria.

<sup>62</sup> Se imparte como optativa.

<sup>63</sup> La Facultad de Derecho y Criminología incorporó en su nuevo plan de estudios de 2005 la asignatura con carácter obligatoria en dos semestres (séptimo y octavo), de tal suerte que la tradicional materia “juicio de amparo”, queda subsumida en uno de los dos cursos de “derecho procesal constitucional”. Asimismo se implementó la maestría en Derecho Procesal Constitucional en tres semestres.

<sup>64</sup> A nivel licenciatura se imparte en el séptimo semestre conforme al plan de estudios de 2003. Sin embargo, a nivel posgrado se incorporó en el plan de estudios de 1993, como asignatura en la maestría en Derecho Constitucional y Amparo.

<sup>65</sup> Se imparte como obligatoria en octavo semestre a partir de la reforma al plan de estudios de 2002.

<sup>66</sup> Se imparte la maestría en derecho, con opción en “Derecho procesal constitucional y amparo”.

<sup>67</sup> Se impartirá a partir del año 2008 como obligatoria en quinto semestre de acuerdo a su nuevo plan de estudios de 2006 (campus México, Guadalajara y Aguascalientes), si bien se impartió como optativa desde el año 2002. A nivel posgrado existe desde 2003 en la ciudad de México la maestría en derecho procesal constitucional con duración de dos años, con cinco generaciones hasta el año 2007. Fue la primera maestría con esa denominación en el país con reconocimiento oficial.

<sup>68</sup> Se imparte como obligatoria del área mayor en los diversos planteles de la República mexicana.

<sup>69</sup> Se imparte como obligatoria en los diversos planteles de la República mexicana, a partir de su nuevo plan de estudios de 2004.

<sup>70</sup> Se imparte como obligatoria en octavo semestre, a partir de su nuevo plan de estudios de 2004.

<sup>71</sup> Impartida por la Escuela de Derecho de dicha Universidad en la ciudad de Mérida, Yucatán. Se imparte en cuatro semestres.

<sup>72</sup> Se imparte en noveno semestre como electiva.



Al margen de los múltiples diplomados, coloquios y seminarios organizados por distintas instituciones, entre las que destaca el Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia, A. C.,<sup>73</sup> y las Casas de la Cultura Jurídica de ese Tribunal en toda la república mexicana.<sup>74</sup>

Incluso en Europa se inician los cursos con esta denominación en Italia, Portugal y España. En Italia, recientemente, se ha incorporado el curso “Diritto processuale costituzionale”, diferenciado de la materia “Giustizia costituzionale”, en el *Dipartimento di Diritto Costituzionale Italiano e Comparato* de la *Facoltà di Giurisprudenza* de la *Università degli Studi di Napoli, Federico II*;<sup>75</sup> así como en la *Facoltà di Giurisprudenza* de la *Università degli Studi di Bari*.<sup>76</sup> En Portugal, el Instituto de Ciencias Jurídico-Políticas de la Universidad de Lisboa imparte el “Curso de pós-graduação de atualização em direito processual constitucional”.<sup>77</sup> En España, la Facultad de Derecho de la Universidad de Alicante imparte la materia en la licenciatura,<sup>78</sup> mientras que la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Jaén como optativa en el segundo ciclo.<sup>79</sup>

<sup>73</sup> Este Colegio, en conmemoración de su 30 aniversario, realizó el *Primer Seminario sobre Derecho Procesal Constitucional*, del 20 de septiembre al 31 de octubre de 2000; evento que tuvo una repercusión importante en la difusión y aceptación de la disciplina. A partir de entonces, el Colegio ha realizado múltiples diplomados sobre la temática en Universidades y Tribunales Superiores de Justicia de la República mexicana.

<sup>74</sup> A partir del año 2003 se imparte con regularidad un Diplomado sobre Derecho Procesal Constitucional, en las más de cuarenta Casas de la Cultura Jurídica de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

<sup>75</sup> Cfr. [www.dirittocostituzionale.unina.it/Insegnamenti/Diritto%20processuale%20costituzionale.html](http://www.dirittocostituzionale.unina.it/Insegnamenti/Diritto%20processuale%20costituzionale.html) (consulta 15 de agosto de 2007). El profesor Sandro Staiano imparte la materia.

<sup>76</sup> La materia “Diritto processuale costituzionale” se imparte dentro del área de “Diritto costituzionale”, señalada en el plan de estudios como “N08X”. Cfr. [http://sito.cineca.it/murst-daus/settori97/sett\\_n.htm](http://sito.cineca.it/murst-daus/settori97/sett_n.htm) (consulta 20 de agosto de 2007).

<sup>77</sup> El coordinador es el profesor Paulo Otero.

<sup>78</sup> En el plan de estudios 2002, reformado, aparece desde 2004 como de elección libre (código 9953), dentro del Área de Derecho Constitucional y del Departamento Estudios Jurídicos del Estado. Actualmente se imparte por los profesores Cristina González Álvarez-Bugallal y Ricardo Andrés Medina Rubio.

<sup>79</sup> Se imparte como optativa en el segundo ciclo y se denomina “Derecho procesal constitucional, internacional y comunitario”, de conformidad con su plan de estudios 2002. Cfr. [http://www.ujaen.es/serv/vicord/secretariado/secplan/planest/csyj/1102/Programa\\_1102\\_8549.pdf](http://www.ujaen.es/serv/vicord/secretariado/secplan/planest/csyj/1102/Programa_1102_8549.pdf) (consulta 20 de agosto de 2007).

### 3. Obras especializadas

Mientras que en Latinoamérica la primera expresión en el título de un libro aparece en Argentina, en la obra de Alcalá-Zamora y Castillo denominada *Ensayos de derecho procesal (civil, penal y constitucional)*, publicada en 1944;<sup>80</sup> en Europa sucede debido a la obra *Derecho procesal constitucional*, del procesalista español Jesús González Pérez en 1980,<sup>81</sup> no obstante que un año antes José Almagro Nosete la utilizara en un ensayo.<sup>82</sup>

A partir de la década de los ochenta del siglo XX, con independencia de los ensayos en revistas y obras colectivas, aparecen libros con la precisa denominación de derecho procesal constitucional en Europa: Alemania,<sup>83</sup> España,<sup>84</sup> y Portugal.<sup>85</sup> Y, especialmente, en Latinoamérica: en Argentina,<sup>86</sup>

<sup>80</sup> Buenos Aires, Revista de Jurisprudencia Argentina, 1944.

<sup>81</sup> *Derecho procesal constitucional*, Madrid, Civitas, 1980.

<sup>82</sup> Almagro Nosete, José, “Tres breves notas sobre el derecho procesal constitucional”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, Madrid, núms. 3-4, 1979, pp. 681-692.

<sup>83</sup> Cfr. Sachs, M., *Verfassungsprozessrecht*, 2a. ed., UTB, Heidelberg, 2007; Hillgruber, Christian y Goos, Christoph, *Verfassungsprozessrecht*, 2a. ed., Heidelberg, C. F. Müller, 2006; Fleury, R., *Verfassungsprozeßrechts*, 6a. ed., Munich, Luchterhand, 2004; Benda, E. y Klein, E., *Lehrbuch des Verfassungsprozeßrechts*, 2a. ed., Heidelberg, C. F. Müller, 2001; Gerdsdorf, H., *Verfassungsprozeßrecht und Verfassungsmäßigkeitsprüfung*, 2a. ed., Heidelberg, C. F. Müller, 2000; Pestalozza, C., *Verfassungsprozessrecht*, 3a. ed., Munich, C.H. Beck, 1991.

<sup>84</sup> Cfr. González Pérez, J., *Derecho procesal constitucional*, Madrid, Civitas, 1980; Fairén Guillén, V., *Estudios sobre derecho procesal civil, penal y constitucional*, Madrid, Ederesa, 3 ts., 1983-1992; Calvo Sánchez, María del Carmen et al., *Prácticas de derecho procesal penal y constitucional*, Forum, 1992; Almagro Nosete, J., *Lecciones de derecho procesal: laboral, contencioso administrativo, constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1991.

<sup>85</sup> Cfr. Fonseca, G. da y Domingos, I., *Breviário de direito processual constitucional (Recurso de constitucionalidade)*, 2a. ed., Coimbra, Coimbra editora, 2002.

<sup>86</sup> Cfr. Sagüés, N., *Derecho procesal constitucional. Logros y obstáculos*, Buenos Aires, Ad Hoc-Fundación Konrad Adenauer, 2006; id., *Derecho procesal constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 4 ts., 1995-2002; García Morelos, G., *Introducción al derecho procesal constitucional*, Platense, Mar de Plata, 2007; Gozaíni, O. A., *Introducción al derecho procesal constitucional*, Buenos Aires-Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006; id., *Derecho procesal constitucional. Hábeas data. Protección de datos personales (decreto 15558/2001)*, Buenos Aires-Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2003; id., *Derecho procesal constitucional. Amparo. Doctrina y jurisprudencia*, Buenos Aires-Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2002; id., *Derecho procesal constitucional*, Buenos Aires, Universidad de Belgrano, 1999; Masciotra, M. (dir.) y Carelli, E. A. (coord.), *Derecho procesal constitucional*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2006; Manili, Pablo Luis (coord.), *Derecho procesal constitucional*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2005; varios autores, *Ele-*

Bolivia,<sup>87</sup> Brasil,<sup>88</sup> Costa Rica,<sup>89</sup> asimismo, Colombia,<sup>90</sup> Chile,<sup>91</sup> Ecuador,<sup>92</sup>

*mentos de derecho procesal constitucional*, Córdoba, Advocatus, 2004-2005, 2 ts.; Rivas, Adolfo A. (dir.) y Machado Pelloni, F. M. (coord.), *Derecho procesal constitucional*, Buenos Aires, Ad-hoc, 2003; Moneey, Alfredo Eduardo, *Derecho procesal constitucional*, Córdoba, La Docta, 2002; Sagüés, N. y Serra, Ma. M., *Derecho procesal constitucional en la provincia de Santa Fe*, Buenos Aires-Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1998.

<sup>87</sup> Cfr. Rivera Santivañez, José Antonio, *Temas de derecho procesal constitucional*, Cochabamba, Kipus, 2007; Baldivieso Guzmán, René, *Derecho procesal constitucional*, Santa Cruz, Gráficas Sirena, 2006; Castañeda Otsu, Susana (coord.), *Derecho procesal constitucional*, Cochabamba, Kipus, 2004; Asbun, Jorge *et al.*, *Derecho procesal constitucional boliviano*, Santa Cruz, Academia Boliviana de Derecho Constitucional, 2002; Decker Morales, José, *Derecho procesal constitucional*, Cochabamba, 2002.

<sup>88</sup> Cfr. Gonçalves Correia, Marcus Orione, *Direito processual constitucional*, 3a. ed., São Paulo, Saraiva, 2007; Siqueira Junior, Paulo Hamilton, *Direito processual constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2006; Baracho, Jose Alfredo de Oliveira, *Direito processual constitucional: Aspectos contemporâneos*, Belo Horizonte, Fórum, 2006; Medina, Paulo Roberto de Gouveia, *Direito processual constitucional*, 3a. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2005; Guerra, Gustavo Rabay, *Direito processual constitucional*, Recife, Nossa Livraria, 2005; Cantonni de Oliveira, Marcelo, *Direito processual constitucional*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2004; Guerra Filho, Willis Santiago, *Introdução ao direito processual constitucional*, Porto Alegre, Sintese, 1999; Rosas, Roberto, *Direito processual constitucional*, 3a. ed., São Paulo, Editorial Revista dos Tribunais, 1999.

<sup>89</sup> Cfr. Hernández Valle, R., *Derecho procesal constitucional*, 2a. ed., San José, Juricentro, 2001.

<sup>90</sup> Cfr. Henao Hidrón, J., *Derecho procesal constitucional. Protección de los derechos constitucionales*, Bogotá, Temis, 2003; Rey Cantor, E., *Derecho procesal constitucional, derecho constitucional procesal, derechos humanos procesales*, Colombia, Ediciones Ciencia y Derecho, 2001; de este mismo autor, *Introducción al derecho procesal constitucional (controles de constitucionalidad y legalidad)*, Cali, Ed. Universidad Libre, 1994; y García Belaunde, D., *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, Temis, 2001.

<sup>91</sup> En la Revista *Estudios Constitucionales*, año 4, núm. 2, que edita el Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca y dirigida por Humberto Nogueira Alcalá, se dedica a las memorias del IV Congreso Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, cuyo título es: “Desafíos del derecho procesal constitucional en la alborada del siglo XXI”, Santiago, 2006; Bordalí Salamanca, A., *Temas de derecho procesal constitucional*, Santiago de Chile, Fallos del mes, 2003; Zúñiga Urbina, F. y Perramont Sánchez, A., *Introducción al derecho procesal constitucional*, vol I: *Proceso de amparo de derechos fundamentales*; vol. II: *Proceso de constitucionalidad*, y vol. III: *Teoría del derecho procesal constitucional*, Santiago, Universidad Central de Chile, 2002-2003; si bien no con este título, la materia también es abordada por Zúñiga Urbina, F., *Elementos de jurisdicción constitucional*, Santiago, Universidad Central de Chile, 2002, 2 ts.

<sup>92</sup> Cfr. Pérez Tremps, Pablo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, Quito, Editora Nacional, 2005. Si bien con diversa denominación, debe mencionarse la obra de Salgado Pesantes, Hernán, *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Quito, Corporación Editora Nacional, 2004.

México,<sup>93</sup> Nicaragua,<sup>94</sup> Panamá<sup>95</sup> y Perú.<sup>96</sup> Además de los libros, debe agregarse la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*<sup>97</sup> (la primera en su género con esa denominación), así como el apar-

<sup>93</sup> Cfr. Landa, César, *Estudios sobre derecho procesal constitucional*, México, Porrúa-IMDPC, 2006; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 5a. ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A. C., 2006, 4 ts.; de este mismo autor, *Ensayos sobre derecho procesal constitucional*, México, Porrúa-Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2004; García Belaunde, Domingo y Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy (coords.), *op. cit.*, nota 15; Hernández Valle, Rubén, *Introducción al derecho procesal constitucional*, México, Porrúa-IMDPC, 2005; Escobar Fornos, Iván, *Introducción al derecho procesal constitucional*, México, Porrúa-IMDPC, 2005; Zagrebelsky, Gustavo, *¿Derecho procesal constitucional?*, *cit.*, nota 7; Gil Rendón, Raymuindo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, Querétaro, Fundap, 2004; Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción al derecho procesal constitucional*, México, Fundap-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A. C., 2002; Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *El derecho procesal constitucional y los derechos humanos (vínculos y autonomías)*, México, UNAM, 1995.

<sup>94</sup> Cfr. Escobar Fornos, Iván, *Derecho procesal constitucional*, Managua, Hispamer, 1999.

<sup>95</sup> Cfr. Barrios González, Boris, *Derecho procesal constitucional*, 2a. ed., Panamá, Portobelo, 2002; González Montenegro, Rigoberto, *Curso de derecho procesal constitucional*, 2a. ed., Panamá, Litho Editorial Chen, 2003; Rodríguez Robles, Sebastián, *Derecho procesal constitucional panameño*, Panamá, Universidad de Panamá, 1993.

<sup>96</sup> Cfr. García Belaunde, Domingo y Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy (coords.), *Encuesta sobre derecho procesal constitucional*, Lima, Jurista Editores, 2006; Rodríguez Domínguez, Elvito A., *Manual de derecho procesal constitucional*, 3a. ed., Lima, Grijley, 2006; Palomino Manchego, José F. (coord.), *El derecho procesal constitucional peruano. Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*, Lima, Gijley, 2005, 2 ts.; Espinosa-Saldaña Barrera, Eloy (coord.), *Derechos fundamentales y derecho procesal constitucional*, Lima, Jurista Editores, 2005; Quiroga León, Aníbal, *Derecho procesal constitucional y el Código Procesal Constitucional*, Lima, Ara, 2005; Abad Yupanqui, Samuel B., *Derecho procesal constitucional*, Lima, Gaceta Jurídica, 2004; Castañeda Otsu, Susana (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 2a. ed., Lima, Jurista Editores, 2004, 2 vols.; Castillo Córdova, Luis, *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, 2a. ed., Lima, Palestra, 2006, 2 ts.; García Belaunde, Domingo, *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*, 4a. ed., Lima, Grijley, 2003; de este mismo autor, *Derecho procesal constitucional*, Trujillo, Marsol, 1998; Landa Arroyo, César, *Teoría del derecho procesal constitucional*, Lima, Palestra Editores, 2003; Palomino Manchego, José F. et al., *Syllabus de derecho procesal constitucional*, Lima, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, 2003; Eto Cruz, Gerardo, *Breve introducción al derecho procesal constitucional*, Trujillo, Derecho y Sociedad, 1992.

<sup>97</sup> Con ocho números hasta la fecha de aparición semestral (2004-2007), publicada en México por la Editorial Porrúa y el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional.

tado (desde la edición de 2002) que sobre la materia aparece en el *Anuario Latinoamericano de Derecho Constitucional*, publicada por la Fundación Konrad Adenauer;<sup>98</sup> que se unen a las importantes publicaciones especializadas relativas al *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, que se publica desde 1985, debido al impulso del recién desaparecido constitucionalista francés Louis Favoreu (1936-2004) que dirigió el “Groupe d’Etudes et de Recherches sur la Justice Constitutionnelle”, en Aix-en-Provence;<sup>99</sup> así como el *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, que inició en 1997, con 11 números a la fecha, dirigido por Francisco Fernández Segado y editado por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de España.

En este sendero de publicaciones existen dos colecciones especializadas. En Argentina, los *Estudios de derecho procesal constitucional*, con tres números (2002-2007);<sup>100</sup> y en México, la *Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional*, con veinte títulos (2004-2007).<sup>101</sup>

<sup>98</sup> Este Anuario se publicó primero en Buenos Aires y en años recientes en Montevideo. Hasta la fecha se han editado 12 números, el último correspondiente al año 2006. A partir de la edición de 2002 aparece un apartado específico sobre “Derecho procesal constitucional”.

<sup>99</sup> Actualmente este importante grupo de investigación es dirigido por André Roux, con publicaciones importantes sobre la justicia constitucional a nivel mundial.

<sup>100</sup> El director de la colección es el destacado jurista argentino Julio B. J. Maier y se publica en Buenos Aires por la Editorial Ad Hoc y la Fundación Konrad Adenauer. Los tres libros que hasta el momento la integran son: Viturro, Paula, *Sobre el origen y fundamento de los sistemas de control de la constitucionalidad*, núm. I, 2002; Córdoba, Gabriela E., *El control abstracto de constitucionalidad en Alemania*, núm. II, 2003; Lozano, Luis F., *La declaración de inconstitucionalidad de oficio*, núm. III, 2007.

<sup>101</sup> Dirigida por quien escribe y publicada por la Editorial Porrúa y el *Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*. Los autores y títulos son: Sagüés, Néstor Pedro, *El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina*, núm. 1, 2004; Nogueira Alcalá, H., *La jurisdicción constitucional y los tribunales constitucionales de Sudamérica en la alborada del siglo XXI*, núm. 2, 2004; Hesse, Konrad y Häberle, Peter, *Estudios sobre la jurisdicción constitucional (con especial referencia al Tribunal Constitucional Alemán)*, núm. 3, 2005; Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Los problemas de legitimación en los procesos constitucionales*, núm. 4, 2005; Brage Camazano, Joaquín, *La jurisdicción constitucional de la libertad (Teoría general, Argentina, México, Corte Interamericana de Derechos Humanos)*, núm. 5, 2005; Hernández Valle, Rubén, *Introducción al derecho procesal constitucional*, núm. 6, 2005; Castro y Castro, Juventino V., *El amparo social*, núm. 7, 2005; Pérez Tremps, Pablo, *Escritos sobre justicia constitucional*, núm. 8, 2005; Escobar Fornos, Iván, *Introducción al derecho procesal constitucional*, núm. 9, 2005; Celotto, Alfonso, *La Corte Constitucional en Italia*, núm.

Este desarrollo inusitado que ha experimentado el derecho procesal constitucional, en las tres vertientes mencionadas, se debe a múltiples factores. En primer lugar, a la importancia que tiene la protección de la Constitución en los Estados democráticos contemporáneos, propiciando la incorporación y aumento de instrumentos procesales para su tutela. En segundo lugar y como consecuencia, se ha generado una intensa tarea de codificación, acompañada del auge en la creación de magistraturas especializadas para resolver los conflictos constitucionales, sea a través de tribunales constitucionales autónomos (dentro o fuera del Poder Judicial), sean salas constitucionales o bien mediante las nuevas facultades de las cortes supremas, que paulatinamente se han transformado en guardianes e intérpretes supremos de los valores, principios y normas constitucionales.

Ante este estado de cosas, parece evidente que estamos en un proceso franco de expansión y consolidación de una nueva disciplina jurídica, lo que nos lleva a preguntarnos ¿cuándo surge el derecho procesal constitucional?, ¿en qué momento se puede ubicar su nacimiento científico?, ¿existe un fundador de la disciplina?

Para poder responder a estas interrogantes es necesario distinguir dos realidades: el derecho procesal constitucional como fenómeno histórico social y el derecho procesal como ciencia. Esta dualidad fenomenológica se refleja con mayor precisión si previamente analizamos la manera en que surge el estudio científico del “derecho procesal” y del “derecho constitucional”.

#### V. LA CIENCIA PROCESAL Y LA CIENCIA CONSTITUCIONAL

La ciencia del derecho es una sola. Tradicionalmente se ha dividido en dos grandes ramas: derecho público y derecho privado. Así ha prevaleci-

10, 2005; Carpizo, J., *Propuestas sobre el Ministerio Público y la función de investigación de la Suprema Corte*, núm. 11, 2005; Narváez Hernández, José Ramón, *Breve historia del ombudsman en México*, núm. 12, 2006; Pegoraro, L., *Ensayos sobre justicia constitucional y la descentralización y las libertades*, núm. 13, 2006; Olano García, Hernán Alejandro, *Interpretación y neoconstitucionalismo*, núm. 14, 2006; Landa, César, *Estudios sobre derecho procesal constitucional*, núm. 15, 2006; Rolla, Giancarlo, *Garantía de los derechos fundamentales y justicia constitucional*, núm. 16, 2006; Cruz, Luis M., *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*, núm. 17, 2006; Mijangos y González, J., *Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, núm. 18, 2007; Colombo Campbell, J., *El debido proceso constitucional*, núm. 19, 2007; Brewer-Carías, A. R., *La justicia constitucional (Procesos y procedimientos constitucionales)*, núm. 20, 2007.

do desde Roma, no sin cierta polémica, en el que la división entre el *ius privatum* y el *ius publicum* ha dominado a partir de la fórmula de Ulpiano: *publicum ius est, quod ad statum rei romanae spectat; privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet* (derecho público es el que afecta a la utilidad del Estado; derecho privado el que se refiere a la utilidad de los particulares). A partir de esta concepción han surgido teorías y criterios para tratar de distinguir estas grandes ramas jurídicas, atendiendo a los aspectos materiales (contenido de intereses tutelados), formales (norma externa de las relaciones jurídicas) subjetivos (sujetos dotados de imperio), entre otros.<sup>102</sup>

No es el momento para advertir detenidamente esta evolución y la manera en que han aparecido nuevos enfoques y tendencias, al surgir un *tertium genus*, como el derecho social, hasta quienes niegan la utilidad de esas distinciones. Por lo que aquí interesa, debemos señalar que es corriente mayoritaria la aceptación relativa a que el derecho procesal y el derecho constitucional forman parte del derecho público y su autonomía científica inicia bajo el perfil del derecho público alemán en la segunda mitad del siglo XIX y se consolidan en el siglo XX.

A) El derecho procesal como parte de la ciencia jurídica, es decir, la moderna ciencia procesal como disciplina autónoma, tiene su origen a partir de la doctrina de los pandectistas alemanes a mediados del siglo XIX. Se afirma por la mejor doctrina procesal que para lograr su autonomía científica influyeron dos acontecimientos. Por una parte, la famosa polémica entre Windscheid y Muther (1856-1857),<sup>103</sup> al confrontar la primitiva *actio* romana con la *klage* germánica, lo que provocó la concepción de la acción como derecho subjetivo diferenciado del derecho material. Como lo expresara Couture, “la separación del derecho y de la

<sup>102</sup> Para una aproximación a esta distinción, véase la voz “Derecho público y derecho privado”, en Bodo, Ricardo N., *Enciclopedia jurídica Omeba*, Buenos Aires, Driskill, 1979, t. VIII, pp. 166-171. Asimismo, la voz “Derecho público”, en el *Diccionario de derecho público (administrativo, constitucional y fiscal)*, de Emilio Fernández Vázquez, Buenos Aires, Astrea, 1981, pp. 217 y 218.

<sup>103</sup> Respecto de esta polémica: *Polemica intorno all' actio: Windscheid-Muther*, traducción del alemán de Ernst Heinitz y Giovanni Publiese, Florencia, Sansón, 1954. Sobre las posturas de la polémica Windscheid-Muther, así como las corrientes contemporáneas sobre la acción procesal, véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Sobre la naturaleza jurídica de la acción”, *Cuadernos Procesales. Órgano de divulgación del Colegio de Profesores de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la UNAM*, México, año III, núm. 5, julio de 1999, pp. 1-9.

acción constituyó un fenómeno análogo a lo que representó para la física la división del átomo”, siendo a partir de ese momento “que el derecho procesal adquirió personalidad y se desprendió del viejo tronco del derecho civil”.<sup>104</sup> Por la otra, se ha estimado fundamental la aparición de la obra de Oskar von Bülow (1868) sobre la *Teoría de las excepciones procesales y de los presupuestos procesales*,<sup>105</sup> al marcar el inicio del derecho procesal como ciencia.<sup>106</sup> A decir de Alcalá-Zamora y Castillo, la obra de Bülow vendría a significar para el derecho procesal lo que Becarria para el derecho penal.<sup>107</sup> Esta obra marca el inicio de un desarrollo dogmático nuevo, por dos razones fundamentales: primero, por haber encauzado la naturaleza del proceso en una corriente publicista, cuyas interpretaciones privatistas (contrato o cuasicontrato) quedaron arrumbadas; y segundo, por haber provocado todo un movimiento científico de gran calado, primero en Italia y seguida con renovación en el mundo.<sup>108</sup> Bülow estudia al proceso como una relación jurídica, postura que fue seguida por Kohler en su obra *El proceso como relación jurídica* (1988). En esos años se va consolidando la nueva concepción del derecho procesal, seguida con autores como Stein, Degenkolb y la trascendental obra de Adolf Wach, *La pretensión de declaración: un aporte a la teoría de la pretensión de protección del derecho*.<sup>109</sup>

A partir de entonces y especialmente con el desarrollo posterior del procesalismo científico italiano a principios del siglo XX encabezado por Giuseppe Chiovenda, en su famosa prolucción leída en la Universidad de Bolonia en 1903,<sup>110</sup> la ciencia del derecho procesal adquiere su florecimiento, alcanzando su consagración durante la primera mitad del mismo siglo. Discípulos y condiscípulos continuaron el desarrollo de la dogmá-

<sup>104</sup> Couture, Eduardo J., *Fundamentos de derecho procesal*, pp. 63 y 64.

<sup>105</sup> Traducción de Miguel Ángel Rosas Lichtschein, Buenos Aires, EJE, 1964. La obra original: *Die Lehre von den Processenreden und die Processvoraussetzungen*, publicado por Emil roth en Giesen, 1868.

<sup>106</sup> Goldschmidt, James, *Teoría general del proceso*, trad. de Leonardo Prieto Castro, Barcelona, Labor, 1936, p. 15; Chiovenda, Giuseppe, *Principios de derecho procesal civil*, trad. de José Casais y Santaló, Madrid, Reus, 1922, t. I, p. 83.

<sup>107</sup> Cfr. “Evolución de la doctrina procesal”, en su obra *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, México, UNAM, 1992, t. II, núms. 12-13, p. 293.

<sup>108</sup> *Ibidem*, p. 308.

<sup>109</sup> Traducción de Juan M. Semon, Buenos Aires, EJE, 1962.

<sup>110</sup> *La acción en el sistema de los derechos*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Valparaíso, Edeval, 1922 (*L'azione nel sistema dei diritti*, Bolonia, 1903).



tica procesal, como Francesco Carnelutti, Piero Calamandrei, Enrico Redenti, Enrico Tulio Liebman, Salvatore Satta, Enrico Allorio, Ugo Rocco, Vincenzo Manzini, Emilio Betti, Marco Tulio Zanzuchi, Vittorio Denti, Virgilio Andrioli, Eugenio Florian, Mauro Cappelletti, sólo por mencionar a juristas italianos de gran calado intelectual, sin menoscabo del desarrollo en Alemania (Wach, Kohler, Hellwig, Schönke, Stein, Kisch, Rosenberg, Goldschmidt, etcétera) y posteriormente en España (Francisco Beceña, Leonardo Prieto-Castro, Jaime Guasp, Manuel de la Plaza, Emilio Gómez Orbaneja y Miguel Fenech, entre otros).

En Latinoamérica la corriente científica del proceso se conoció y desarrolló por juristas exiliados, de la talla de Rafael de Pina Milán y especialmente Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (en México), Santiago Sentís Melendo y Marcello Finzi (en Argentina), Enrico Tulio Liebman (en Brasil) y James Goldschmith (en Uruguay). Entre las figuras latinoamericanas que coadyuvaron notablemente al desarrollo científico procesal, se encuentran Eduardo Juan Couture (Uruguay), Ramiro Podetti, Hugo Alsina, Eduardo B. Carlos, Jorge A. Clariá Olmedo (Argentina) y Alfredo Buzaid (Brasil), entre otros.

Así, el fenómeno histórico social o, si se prefiere, el hecho histórico “de lo procesal” o “procedimental” existió desde la antigüedad. En cambio el estudio científico de dicho fenómeno ocurrió a partir de su autonomía con las áreas sustantivas. Esto no significa que no deban estudiarse dichos antecedentes, sino más bien se quiere hacer énfasis en que el derecho procesal nace, como ciencia, a partir de la segunda mitad del siglo XIX y no con los procesos y procedimientos, o las magistraturas o jurisdicciones que los resolvían instituidas desde la antigüedad. Alcalá-Zamora y Castillo de manera gráfica lo expone diciendo “el proceso como *realidad* es muy anterior al proceso como *literatura*”<sup>111</sup> y así realiza una clasificación de las cinco etapas de la evolución del pensamiento procesal, desde el periodo primitivo, etapa judicialista, escuela practicista, periodo del procedimentalismo, hasta la fase actual de evolución en la que nos encontramos denominada procesalismo científico.<sup>112</sup>

<sup>111</sup> “Evolución de la doctrina procesal”, *op. cit.*, nota 107, p. 308.

<sup>112</sup> *Cfr. op. cit.*, nota 107, pp. 293-325. Esta clasificación ha sido ampliamente acogida. La utilizan, entre otros, Gómez Lara, Cipriano, *Teoría general del proceso*, 10a. ed., México, Oxford, 2004, pp. 67-78; José Ovalle Favela, José, *Teoría general del proceso*, 6a. ed., México, Oxford, pp. 43-35; Briseño Sierra, Humberto, *Derecho procesal*, 2a. ed.,

Este movimiento científico, que iniciara bajo la concepción del derecho público alemán de la segunda mitad del siglo XIX (especialmente con Windscheid, Muther, Bülow, Kohler y Wach), y se forjara a principios del siglo XX en Italia a partir de Giuseppe Chiovenda (1872-1937) y desarrollada por su escuela: Carnellutti, Calamandrei, Liebmann, etcétera, condujo en la segunda mitad de dicho siglo a la adopción de una teoría general del proceso (fervientemente defendida por Carnellutti) o, como lo prefiere denominar Alcalá-Zamora y Castillo, de una teoría general del derecho procesal, concebida como la exposición de los conceptos, instituciones y principios comunes a las distintas ramas del enjuiciamiento, que incluso se adoptó como asignatura universitaria.<sup>113</sup>

Como puede apreciarse, si bien es cierto que se suele considerar la obra de Bülow (1868) como el inicio de la moderna ciencia procesal, lo cierto es que la construcción científica es un eslabón en el pensamiento al ir construyendo, con base en los predecesores e influjos sociales, políticos y jurídicos del momento, nuevas concepciones y teorías. El propio Alcalá-Zamora que ha estudiado como pocos la evolución de la doctrina procesal, reconoce que las etapas culturales no son compartimientos estancos sino momentos capitales enlazados entre sí, de tal suerte que antes de Bülow hay un Wetzell, existe una polémica Windscheid-Muther y aún antes, en pleno siglo XVII, se encuentra un Benedicto Carpzov.<sup>114</sup> Incluso, sin desconocer el mérito de Bülow, señala Alcalá que en realidad su teoría constituye un desenvolvimiento de las ideas de Hegel, que la vislumbra y de Hollweg que la sustenta. Incluso, la obra de Bülow no fue de exposición sistemática, como si lo fue la de Wach (1885).<sup>115</sup> Y concatenando eslabones “La influencia de Wach y de Klein sobre Chiovenda”<sup>116</sup>

Harla, 1995, p. 306. Véanse los textos más contemporáneos de Armienta Calderón, Gonzalo, *Teoría general del proceso (principios, instituciones y categorías procesales)*, México, Porrúa, 2003, pp. 25-29; Saíd, Alberto y González Gutiérrez, Isidro M., *Teoría general del proceso*, México, Iure Editores, 2006, pp. 84-116.

<sup>113</sup> Cfr. Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, “La teoría general del proceso y la enseñanza del derecho procesal”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, núm. 1, 1968, pp. 9-91.

<sup>114</sup> Cfr. “Evolución de la doctrina procesal”, *cit.*, nota 107, p. 293.

<sup>115</sup> *Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, tomo I, Leipzig, 1885; citada por Alcalá Zamora y Castillo, *op. últ. cit.*, nota 107, p. 308.

<sup>116</sup> Así se titula un detallado estudio de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, publicado en sus *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, *cit.*, nota 107, t. II, núms. 12-13, pp. 547-570. Publicado originalmente en *Revista de Derecho Procesal*,

resultan claros, por lo que en realidad el padre del procesalismo científico italiano tuvo un influjo directo de la corriente científica de Alemania y Austria.

B) Algo similar también puede advertirse en el estudio científico del derecho constitucional, cuyo inicio se remonta con la adopción de las Constituciones escritas a finales del siglo XVIII. Se ha considerado que es en esa época donde inician, con poca vigencia, las primeras cátedras de *Diritto costituzionale* en Ferrara (1797), en Pavía (1797) y Bolonia (1798), y donde aparece una primera obra sobre la materia en la Universidad de Ferrara, por el profesor Giuseppe Compagnoni di Luzo, que escribiera su *Elementi di diritto costituzionale democratico ossia Principii di giuspubblico universale* (Venecia, 1797);<sup>117</sup> si bien con anterioridad en la Universidad de Oxford, el profesor William Blackstone (1758) enseñaba la Constitución y las leyes de Inglaterra (sin denominarla derecho constitucional), lo que lo llevó a escribir sus influyentes *Commentaries on the Laws of England* (1765).<sup>118</sup>

Durante el siglo XIX se fueron creando paulatinamente cátedras de derecho constitucional. En España, debido a la breve vigencia de la Constitución de Cádiz de 1812, en cuyo artículo 368 establecía la obligación de que se explicase la Constitución “en todas las universidades y establecimientos literarios donde se enseñen las ciencias eclesiásticas y políticas”, surge la primera cátedra en Valencia, el 21 de septiembre de 1813, cuyo titular fue el civilista Nicolás Garely; y se inaugura en Madrid el 2 de febrero de 1814, con Miguel García de la Madrid. En Francia, primero con la denominación de *droit publique* o *droit politique* (1791) y luego con el rótulo de *droit constitutionnel* (1834) en la Sorbona, París, a iniciativa de Guizot y cuyo primer catedrático fue el italiano

Buenos Aires, I, 1947, pp. 389-410 (en homenaje a Chiovenda en su décimo aniversario de su muerte).

<sup>117</sup> Cfr. Lucas Verdú, Pablo, “Paolo di Ruffia y la ciencia italiana del derecho constitucional”, en Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Derecho constitucional*, 3a. ed., Madrid, Tecnos, 1987, p. 21.

<sup>118</sup> Cfr. Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, 2a. ed., Buenos Aires, Plus Ultra, 1977, t. II, pp. 41-45. La obra completa consta de XI tomos. Linares se apoya para estas afirmaciones en las obras de Jorge Aja Espil, *En los orígenes de la tradición constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1968, pp. 49 y ss.; y de Massimo Palmerini, *Introduzione allo studio del diritto costituzionale*, Edizione dell’Ateneo, 1947, p. 2. En el mismo sentido Sagüés, Néstor P., *Elementos de derecho constitucional*, 2a. reimp. de la 3a. ed., Buenos Aires, Astrea, 2003, t. I, pp. 42 y 43.

Pellegrino Rossi (que había estudiado en Bolonia donde ya se enseñaba), expresión aceptada por la Academia Francesa en 1835. Si bien en algunos casos combinado con la ciencia política. Más tarde en España el derecho constitucional se incluye en los planes de estudio en 1835, inicialmente con la denominación de derecho público y a partir de 1857 con la expresión “derecho político” o “derecho político constitucional”.<sup>119</sup> Con la consagración de las Constituciones escritas en el siglo XX se fue acentuando la enseñanza como disciplina autónoma y especialmente al consolidarse la corriente científica del derecho constitucional.

Con independencia de las cátedras, se suele considerar el surgimiento de la disciplina constitucional con carácter autónomo, a partir del moderno derecho público alemán bajo una óptica estricta del método jurídico. Especialmente se señala la obra de Karl Friedrich Von Gerber, *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts* (1865),<sup>120</sup> (*Fundamentos de un sistema del derecho político alemán*), que de algún modo puede equipararse a la obra señalada de Bülow para el derecho procesal, no por construir propiamente la autonomía de la disciplina, sino esencialmente por la nueva concepción y repercusión derivada de la misma, es decir, por su concepción y metodología estrictamente jurídica, que con el tiempo desembocó en la ciencia del derecho constitucional.

Como lo señala García-Pelayo,

La aparición del derecho constitucional en el pasado siglo (XIX) no es más que un caso particular de la dispersión del viejo *Corpus Iuris Publicii* en varias ramas (derecho constitucional, derecho administrativo, derecho penal, derecho procesal), dispersión debido a dos clases de motivos: por un lado, al progreso en la racionalización de los órdenes jurídicos y políticos, que da lugar a una serie de separaciones objetivas de tales órdenes

<sup>119</sup> *Tratado de la ciencia...*, *cit.*, nota 118, pp. 42-44, especialmente Linares Quintana se apoya en Luis Sánchez Agesta, “Las primeras cátedras españolas de derecho constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 126, noviembre-diciembre de 1962, p. 157; Rubio Llorente, Francisco, voz “Derecho constitucional”, *Enciclopedia jurídica civitas*, vol. II, p. 2208; Fernández Vázquez, Emilio, voz “Derecho constitucional”, *Diccionario de derecho público (administrativo, constitucional y fiscal)*, *cit.*, nota 102, pp. 204-209. Asimismo, véase Lucas Verdú, Pablo, “Paolo di Ruffia y la ciencia italiana del derecho constitucional”, *cit.*, nota 117, p. 22.

<sup>120</sup> *Cfr.*, entre otros, Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Derecho constitucional*, 3a. ed., trad. de Pablo Lucas Verdú, Madrid, Tecnos, 1987, p. 74; Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, *cit.*, nota 118, t. II, p. 48.

(entre justicia y administración, entre éstas y legislación, entre ley y Constitución, etcétera), con lo que dentro de la realidad jurídico-pública surgen unos objetos autónomos que requieren tratamiento autónomo; por otro lado, al progreso en la precisión de los métodos jurídicos que proporcionó el instrumento gnoseológico adecuado para satisfacer las necesidades teóricas y técnicas. En resumen: si bien el nacimiento del derecho constitucional se vincula de un modo inmediato con la problemática planteada por el Estado democrático liberal, responde, sin embargo, a causas más generales y profundas, y de las que ese mismo Estado era efecto.<sup>121</sup>

En esta corriente de la pureza del método jurídico, surgen figuras notables como Paul Laband y especialmente Georg Jellinek, que con su *Teoría general del estado* (1900), se ha considerado como “un hito de profundo significado en el proceso evolutivo, no solamente del derecho constitucional, sino de toda la ciencia jurídica en general”.<sup>122</sup> La utilización del método jurídico como técnica de estudio del derecho público fue seguida en Italia por Vittorio Émmanuele Orlando, a partir de la prelucción pronunciada en la Universidad de Palermo sobre *Los criterios técnicos para la reconstrucción del derecho público* (1885),<sup>123</sup> aportación que fue aclarada y complementada por otra obra aparecida en 1952,<sup>124</sup> por lo que es considerado como el padre del derecho público italiano (especialmente del constitucional). Como lo señala Lucas Verdú de la primera obra señalada de Orlando, “supone una exposición a su programa científico con matices de vibrante manifiesto que anuncia la formación de la dirección técnico-jurídica hoy enraizada en Italia” y completa comentando que “era menester una ciencia del derecho concebida como materia y como técnica, en términos jurídicos. Lo cual parecería demasiado obvio, pero implicaba la depuración de los ingredientes políticos, filosóficos y

<sup>121</sup> García-Pelayo, Manuel, “Prólogo a la primera edición”, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza Editores, 1999, pp. 9 y 10. La primera edición es de 1951.

<sup>122</sup> Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, cit., nota 118, t. II, p. 55.

<sup>123</sup> Cfr. su obra *I criteri tecnici per la ricostruzione del diritto pubblico*, Módena, 1925. Citada por Lucas Verdú, Pablo, “Paolo di Ruffia y la ciencia italiana del derecho constitucional”, cit., nota 117, p. 27.

<sup>124</sup> Cfr., su trabajo “La rivoluzione mondiale e il diritto”, *Studi di diritto costituzionale en memoria di Luigi Rossi*, Milán, Giuffrè, 1952, pp. 729 y 730. Citado por Lucas Verdú, Pablo, op. cit., nota 117, p. 27, notas 22 y 23.

sociológicos que dificultaban una ciencia del derecho público sistemático”.<sup>125</sup>

En ese sendero de la técnica y dogmática jurídica que se iniciara bajo el empuje del derecho público alemán con Gerber, Laband y Jellinek, progresivamente a finales del siglo XIX y primeras décadas del siglo XX fueron apareciendo autores que le dan sustento a la disciplina jurídico constitucional. El punto de inflexión histórica del cambio, como ha señalado Lombardi, lo representa Vittorio Emanuele Orlando. Señala este autor que

...en su trabajo del 8 de enero de 1889, y que como preludeo a sus Cursos de derecho administrativo y constitucional fue leído en la Universidad de Palermo, hace ya casi un siglo, con el título *Los criterios técnicos para la reconstrucción jurídica del derecho público*, sigue las pautas establecidas en otros estudios anteriores, que fueron también preludios a los Cursos de Módena (4 de diciembre de 1885, titulado *Orden jurídico y orden político*) y Messina (12 de diciembre de 1886, que significativamente se refiere a *La necesidad de una reconstrucción jurídica del Derecho constitucional*). En todos ellos se afirma rotundamente la distinción entre el derecho constitucional y lo que más adelante se llamará “ciencia de la política”, a la vez que se reivindica la autonomía del derecho constitucional a través de la afirmación de la primacía del momento jurídico como objeto y razón de su estudio, con la consiguiente proclamación *para* el mismo del método propio de las otras ramas de la jurisprudencia como único medio válido para la reconstrucción de sus institutos.<sup>126</sup>

Esta lucha por el método jurídico se aprecia con claridad en sus *Principi di diritto costituzionale*.<sup>127</sup>

Siguiendo la línea iniciada por Orlando,<sup>128</sup> su más destacado discípulo Santi Romano continuó consolidando el método jurídico en el estudio del derecho constitucional. Maestro y discípulo, ambos académicos y políticos, contribuyeron a la consagración del estudio técnico jurídico del de-

<sup>125</sup> Lucas Verdú, Pablo, “Paolo di Ruffia y la ciencia italiana del derecho constitucional”, *cit.*, nota 117, p. 27.

<sup>126</sup> Lombardi, Giorgio, “Derecho constitucional y ciencia política en Italia”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, nueva época, núm. 22, julio-agosto de 1981, p. 84.

<sup>127</sup> Florencia, G. Barbera, 1889.

<sup>128</sup> Una recopilación de los estudios de Orlando aparece en su *Diritto pubblico generale. Scritti varii (1881-1949) coordinati in sistema*, Milán, Dott. A. Giuffrè, 1940.

recho constitucional. Como señala Lucas Verdú, “Orlando fue el fundador de la moderna escuela italiana del derecho público. Romano significa su definitiva continuación y consolidación”.<sup>129</sup> Santi Romano tuvo una influencia importante como catedrático de derecho constitucional (Universidades de Módena, Pisa, Milán y Roma) y derecho administrativo (Universidad de Camerino). Fue miembro del Senado y presidente del Consejo de Estado. Sus obras relativas a *L'ordinamento giuridico* (1918) y *Corso di diritto costituzionale* (1926) resultan fundamentales para el desarrollo posterior de la disciplina, hasta llegar a sus *Principi di diritto costituzionale* (1945) y *Frammenti di un dizionario giuridico* (1947).<sup>130</sup>

La consolidación de la ciencia del derecho constitucional se fue construyendo significativa y especialmente en Italia, Francia y Alemania. Destacan dentro de la escuela italiana, además de los mencionados Orlando y Santi Romano, Constantino Mortati, Vezio Crisafulli, Egido Tosato, Leopoldo Elia, Carlo Esposito, Livio Paladini, Mario Galizia, Carlo Lavagna, Paolo Barile, Giorgio Balladore Pallieri, Temistocle Martines, Paolo Biscaretti di Ruffia, Franco Pierandrei, Alessandro Pizzorusso, Alessandro Pace, Antonio La Pérgola, Gustavo Zagrebelsky, Giuseppe de Vergotinni, Franco Modugno, Sergio Bartole y Antonio Ruggeri.<sup>131</sup>

En cuanto a los autores franceses figuran Adhémar Esmein, Eduard Lambert, León Duguit, Boris Mirkiné Guetzévitch,<sup>132</sup> Joseph Barthélemy, Maurice y André Hauriou, Raymond Carré de Malberg, Maurice Duverger, Georges Vedel, Georges Burdeau, Marcel Prélot, Louis Favoreu, Gérard Conac y Michel Troper.<sup>133</sup>

<sup>129</sup> “Paolo di Ruffia y la ciencia italiana del derecho...”, *cit.*, nota 117, p. 32.

<sup>130</sup> Para una valoración general de la obra de Santi Romano, véase Frosini, Vittorio, “Las transformaciones de la doctrina del Estado en Italia”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 202, julio-agosto de 1975, pp. 145-154, especialmente pp. 147 y ss.

<sup>131</sup> Hay autores que desde la filosofía del derecho, ciencia política, teoría general del derecho o historia constitucional, han realizado contribuciones especialmente importantes para el derecho constitucional, como Massimo Severo Giannini, Norberto Bobbio, Luigi Ferrajoli, Mauricio Fioravanti y Michelangelo Bovero, entre otros.

<sup>132</sup> Si bien este autor enseñó en Petrogrado, se trasladó a Francia después de la Primera Guerra Mundial, obteniendo la nacionalidad francesa y destacando por sus obras jurídicas, como lo advierte Linares Quintana, *op. cit.*, nota 118, p. 132.

<sup>133</sup> Sólo se mencionan algunos autores clásicos, si bien existen otros importantes constitucionalistas contemporáneos, como Frank Moderne, Pierre Bon, François Luchaire, Michel Fromont y Dominique Rousseau, entre otros. En general, sobre un sector de la escuela francesa, véase el trabajo de Lucas Verdú, Pablo, “Maurice Duverger y la nueva

Y en la escuela alemana Hermann Héller, Carl Schmitt, Hans Kelsen, Karl Loewenstein, Rudolf Smend, Konrad Hesse, Theodor Maunz, Heinrich Triepel, Gerhard Leibholz, Ernest Forsthoff, Ernst-Wolfgang Böckenförde, Friedrich Müller y Peter Häberle. Sólo por mencionar algunos autores emblemáticos, y sin ningún ánimo de exhaustividad, que de manera magistral han sentado las bases de la teoría constitucional y teoría del Estado desde una perspectiva jurídica, contribuyendo a la consolidación de la ciencia del derecho constitucional. En la actualidad son abundantes los manuales y libros que llevan el título de la disciplina, si bien su contenido abarca múltiples capítulos que reflejan su incesante crecimiento: derechos fundamentales, derechos humanos, derecho parlamentario, derecho electoral, derecho judicial, derecho regional o estadual, etcétera. Sagüés advierte la manera en que el derecho constitucional de nuestros días afronta una verdadera “crisis de crecimiento” debido a su incontenible desarrollo que bien puede causar su fraccionamiento en varias sub-assignaturas constitucionalistas.<sup>134</sup>

En el ámbito anglosajón también se fue construyendo la ciencia del derecho constitucional, si bien con una construcción pragmática, privilegiando el aspecto técnico y jurisprudencial sobre el dogmático. Sólo como una muestra y tampoco con ningún fin de exhaustividad que rebasaría los fines del presente epígrafe, destacan las siguientes obras clásicas referidas al constitucionalismo británico y estadounidense. Entre las primeras: *The Reports of Sir Edward Coke* (13 partes, 1600-15) e *Institutes of the Laws of England* (IV vols., 1628-44), de Sir Edward Coke; *The Elements of the Common Laws of England*, de Sir Francis Bacon (1630); *Commentaries of the Laws of England*, de William Blackstone (IV vols. 1765-69); *The English Constitution*, de Walter Bagehot (1867); *La Constitution d'Angleterre*, de Jean Louis De Lolme (1771); *An introduction to the principles of morals and legislation*, de Jeremy Bentham (1789); *Reflections on the Revolution of France*, de Edmund Burke (1790); *Lectures Introductory to the Study of the Law of the Constitution*, de Albert Venn Dicey (1885); *The American Commonwealth*, de James Bryce (1888); *The Expansion of the Common Law*, de Sir Frederick Pollock (1904); *The Constitutional History of England: a Course of Lectures*,

escuela francesa de derecho constitucional”, *Boletín de la Universidad Compostelana*, Santiago de Compostela, núm. 67, 1959, pp. 283-293.

<sup>134</sup> Sagüés, N. P., *Elementos de derecho constitucional*, cit., nota 118, pp. 40 y 41.



Maitland, Frederic William (1908); y *Studies in the Problem of Sovereignty*, de Harold J. Laski (1917); *Fundamental Law in English Constitutional History*, de J. W. Goug (1958). En la actualidad son abundantes los textos y manuales especialmente con el título de *Constitutional and Administrative Law*.<sup>135</sup>

En cuanto a las segundas: *The Federalist*, de Alexander Hamilton, James Madison y John Jay (1787-88); *The Rights of Man*, de Thomas Paine (1791-92); *Commentaries on the American Law*, de James Kent (IV vols., 1826-30); *Commentaries on the Constitution of the United States* (III vols., 1833) y *Commentaries on the Conflict of Laws* (1834), de Joseph Story; *De la démocratie en Amérique*, de Alexis de Tocqueville (IV vols., 1835-40); *La Histoire des États Unis*, de Édouard Laboulaye (III vols., 1855-66); *The Constitution of the United States: Defined and Carefully Annotated*, de George W. Paschal (1868); *An Introduction to the Constitutional Law of the United States*, de John N. Pomeroy (1868); *A treatise on the Constitutional Limitations which Rest Upon the Legislative Power of the States of the American Union* (1868) y *The general principles of constitutional law in the United States of America* (1880), ambas de Thomas M. Cooley; *The Common Law*, de Oliver Wendell Holmes Jr. (1881); *Congressional Government. A Study in American Politics*, de Woodrow Wilson (1885); *The Doctrine of Judicial Review: Its Legal and Historical Basis and Other Essays* (1914) y *The Constitution and what it means today* (1920), ambas de Edward Samuel Corwin; y *Constitutionalism: Ancient and Modern*, de Charles Howard McIlwain (1940). En la actualidad también abundan los textos sobre *Constitutional Law*, como los de Bernard Schwartz, Gerald Gunther, Geoffrey Stone, Lochhart-Kamisar-Choper-Shiffrin, Laurence H. Tribe, C. Herman Pritchett, Stone-Seidman-Sunstein-Tushnet, Freud-Sutherland-Howe- Brown, Howak-Rotunda-Young, M. R. Forrester, entre otros.

De esta forma y de manera paralela al procesalismo científico, la ciencia del derecho constitucional surge con las Constituciones escritas en los siglos XVIII-XIX<sup>136</sup> y se desarrolla fundamentalmente en el siglo

<sup>135</sup> Véanse, entre otros, Pollard, David *et al.*, *Constitutional and Administrative Law. Text and Materials*, 4a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2007.

<sup>136</sup> Un panorama interesante de la situación del constitucionalismo a mediados del siglo XIX, puede verse en la obra conmemorativa del centenario de la Constitución mexicana del 5 de febrero de 1857, en la que participaron un importante número de juristas a

XX, especialmente cuando se acepta su autonomía de la ciencia política.<sup>137</sup> Como bien lo señala Pérez Royo “antes de la constitución hay reflexión político-jurídica de alcance constitucional, muy interesante por cierto, pero no hay ni puede haber todavía un intento de estudiar ordenada y metódicamente la nueva forma de articulación jurídica del Estado”.<sup>138</sup>

En cambio, su estudio como fenómeno histórico social, como forma de poder y de organización del Estado, se remonta a la Grecia antigua. Así puede advertirse de las obras de Aristóteles: *Ética a Nicómaco*, *Política*, y *Constitución de Atenas*; de Platón: sus *Diálogos: República, Político*, y *Las leyes*; y de Cicerón: *Sobre la República*, y *Las leyes*. Con estos autores se inicia el estudio de las instituciones políticas y se prolonga con muchas otras obras y pensadores clásicos a través del tiempo, como *La ciudad de Dios*, de San Agustín (413-426); *Summa Theologica*, de Santo Tomás de Aquino (1265-74); *Defensor pacis*, de Marsilio de Padua (1324); *Breviloquium de potestate tyrannica*, de Guillermo de Ockham (1346); *El príncipe* (1513) y *Discursos sobre la primera década de Tito Livio* (1512-17), de Nicolás Maquiavelo; *Utopía*, de Santo Tomás Moro (1516); *Franco-Gallia*, de François Hotman (1573); *Los seis libros de la República*, de Jean Bodin (1576); *De Cive* (1642) y *Leviatán: la materia, forma y poder de un estado eclesiástico* (1651), de Thomas Hobbes; *El ejercicio de la magistratura y el reinado*, de John Milton (1649); *Ensayos sobre el gobierno civil*, de John Locke (1660-1662); *Ensayos sobre moral y política*, de David Hume (1741-42); *El espíritu de las leyes*, de Charles-Louis de Montesquieu (1748); y *El contrato social*, de Jean-Jaques Rousseau (1762). Autores y obras universales, entre otras, que influyeron notablemente en el pensamiento político y especialmente en la filosofía política. Sin embargo, como lo expresa claramente Linares Quintana,

nivel mundial. Cfr. varios autores, *El constitucionalismo a mediados del siglo XIX*, México, UNAM, 2 ts., 1957.

<sup>137</sup> En cuanto a los vínculos existentes y diferencias entre la ciencia política y el derecho constitucional, véase Romero, César Enrique, “Ciencia política, derecho político y derecho constitucional (aportes didácticos)”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 185, septiembre-octubre de 1972, pp. 269-282.

<sup>138</sup> *Curso de derecho constitucional*, 3a. ed., Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996, p. 59.

...la ciencia del derecho constitucional reconoce un origen relativamente reciente, sea porque la idea de la consideración científica autónoma de las distintas partes del derecho data de hace poco tiempo, sea por la dificultad metodológica de aislar los problemas jurídicos del Estado de aquellos históricos, filosóficos, políticos y sociológicos.<sup>139</sup>

De esta forma, puede sostenerse que si bien la ciencia del derecho constitucional surge a partir del siglo XIX, se consolida en el siglo XX y especialmente a partir de la Segunda Guerra Mundial, cuando su estudio se convierte estrictamente jurídico y autónomo de la ciencia política y de otras disciplinas. Se transita de una teoría política constitucional a una dogmática jurídica constitucional. Pérez Royo ubica tres periodos en la evolución de la ciencia del derecho constitucional. La primera comprende desde la Revolución francesa hasta la Revolución de 1848, en la cual el derecho constitucional es exclusivamente derecho político y se estudian los principios del Estado constitucional con un afán proselitista para obtener la victoria sobre el régimen absolutista; la segunda, al consolidarse el Estado constitucional, desde la Revolución de 1848 hasta el inicio de la Primera Guerra Mundial en 1914, periodo en el cual la Constitución es considerada como documento político y el derecho constitucional adquiere carácter enciclopédico por su vinculación con las ideas y formas políticas; la tercera, se inicia al finalizar la Segunda Guerra Mundial y en la cual se afirma la concepción de la Constitución como norma, de tal suerte que el derecho constitucional se estudia como disciplina jurídica y se escinde de otras disciplinas afines.<sup>140</sup> En época reciente, incluso, se afirma con gran caudal una corriente denominada “neoconstitucionalismo”,<sup>141</sup> que podría desembocar en una nueva etapa evolutiva de la ciencia del derecho constitucional.

De todo lo dicho en este epígrafe se advierte que el estudio científico del derecho procesal y del derecho constitucional surge a partir de la co-

<sup>139</sup> *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, cit., nota 118, p. 15. Linares Quintana se apoya en la obra de Palmerini, Massimo, *Introduzione allo studio del diritto costituzionale*, Edizioni dell'Ateneo, 1947, pp. 40 y 41.

<sup>140</sup> Cfr. Pérez Royo, J., *Curso de derecho constitucional*, cit., nota 138, pp. 59-62.

<sup>141</sup> Sobre esta nueva corriente científica, véanse los interesantes trabajos contenidos en Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007; y *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.

riente del derecho público alemán de la segunda mitad del siglo XIX y se consolidan como disciplinas jurídicas autónomas durante el siglo XX.

## VI. EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL COMO FENÓMENO HISTÓRICO-SOCIAL Y COMO CIENCIA

El derecho procesal constitucional comprende también dos realidades: el fenómeno histórico-social y su estudio científico.

A) El primero de ellos comprende el análisis de los instrumentos jurídicos de protección de los derechos humanos o de altos ordenamientos, así como las jurisdicciones u órganos que conocían de estos mecanismos en las diversas épocas y sistemas jurídicos. Así, se estudian las instituciones, medios de defensa, garantías, personajes, jurisdicciones, jurisprudencia, doctrina e ideologías, lo que permite escudriñar sus antecedentes remotos desde la antigüedad. Corresponde a las “fuentes históricas” de la disciplina sean legislativas, jurisprudenciales o ideológicas. A continuación esbozamos el fenómeno histórico social del derecho procesal constitucional sin ningún propósito de exhaustividad, dividiendo su análisis en las cuatro etapas históricas:<sup>142</sup>

### 1. *Antigüedad*

Advierte Cappelletti algún antecedente remoto en Grecia. Se refiere al precedente ateniense, de la superioridad y rigidez del *nómos* (que equipara a una especie de ley constitucional) con respecto del *pséfisma* (que lo considera como un decreto). El *pséfisma* debía ajustarse al *nómos* para que fuese legal. El efecto del *pséfisma* contrario al *nómos* consistía esencialmente en una responsabilidad penal de quien había propuesto el decreto a través de una acción pública de un año denominada *grafé paranó-*

<sup>142</sup> Consideramos de utilidad dividir el análisis del fenómeno histórico social del derecho procesal constitucional en las cuatro etapas en que tradicionalmente se ha dividido la historia: Edad Antigua (desde la invención de la escritura, 3000 años a. C., hasta la caída del Imperio Romano de Occidente, 476); Edad Media (476 hasta el descubrimiento de América, 1492); Edad Moderna (1492 hasta la revolución francesa, 1789); Edad Contemporánea (1789 hasta nuestros días).

*non*;, además, el efecto también consistía, por fuerza de principio, en la invalidez del decreto ilegal, es decir, contrario al *nómos*.<sup>143</sup>

Al estudiar los antecedentes del juicio de amparo mexicano, algunos juristas han encontrado instituciones o antecedentes remotos en dos figuras del derecho romano. En el interdicto pretoriano de *Homine libero exhibendo* (Ley I, Libro 43, Título 29 del Digesto), consistente en un mecanismo para la defensa de los hombres libres que eran detenidos con dolo, es decir, arbitrariamente por particulares, de tal suerte que se podía exhibir al hombre libre (*Quem liberum dolo malo retines, exhibeas*) a través de un procedimiento sumarísimo.<sup>144</sup> José Claudio Ferrier en su Paratitla de los Títulos del Digesto señala:

Con este entredicho compele el pretor al que retiene con dolo â un hombre libre, â que lo presente. No es de asunto particular ô de interés meramente privado, sino de oficio y a favor de la libertad. Es exhibitorio. Què sea exhibir, lo dice el & 8 de la L. 3 de este título (2). También es popular; pues â nadie se ha de prohibir que pida â favor de la libertad, L. 3 & 9 eod.; pero si muchos lo intentan, el pretor elige uno, el mas interesado, el mas idóneo, y quedan los demás escludós. L 3, & 13. Se da contra el que dolosamente detiene al hombre libre, L. 1, h; por consiguiente cesa contra el que detiene con justa causa, L. 3, &2 et seq. H. t., y contra el que detiene, porque el detenido lo quiere, salvo que esté engañado ó seducido. L. 3, & 5. Ha de constar para que tenga lugar, que el detenido es libre, ó está en posesión de su libertad. L. 3 & 7. L. 4, & 1, h. t. Concurre con el juicio de la ley favia contra los plagiarios sin que mutuamente se destruyan, pues el entredicho se dirige â la exhibición, y el procedimiento criminal â la pena y al escarmiento. L. 3, *in prin.* H. t. Es perpétuo, L. 3, & últ., y eso se introdujo contra la índole de las acciones populares a favor de la libertad.<sup>145</sup>

Por otra parte, en la República romana se creó el tribunado de la plebe por una demanda y conquista de los plebeyos, a manera de contrapoder

<sup>143</sup> Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional (estudios de derecho comparado)*, México, Porrúa, 1987, pp. 46-48.

<sup>144</sup> *Cfr.*, entre otros, Burgoa, I., *El juicio de amparo*, 33a. ed., México, Porrúa, 1997, pp. 48 y 49; y Noriega, Alfonso, *Lecciones de amparo*, 8a. ed. revisada y actualizada por José Luis Soberanes, México, Porrúa, 2004, vol. I, t. I, pp. 59 y 60.

<sup>145</sup> Ferrier, José Claudio, *Paratitla ó exposición compendiosa de los títulos del Digesto*, México, Santiago Pérez, 1853, t. II, pp. 139 y 140 (edición facsimilar, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2007).

de los cónsules. La casa del tribuno debía estar abierta día y noche para la defensa de éstos y eran nombrados por la asamblea de la plebe (*concilium plebis*). El tribunado de la plebe se instituía como sacrosanto (*sacrosanctitas*), por lo cual tenía protección de cualquier daño. A través de la *Intercessio tribunicia* se solicitaba ante el tribunado de la plebe *appellatio auxilium* en contra de un mandato de los magistrados y la protección se podía extender para anular las leyes.<sup>146</sup> Este tribuno de la plebe defendía los intereses populares, al impedir la aplicación de las disposiciones legislativas contrarias a dichos intereses (*intercessio*), otorgando protección personal a los perseguidos por las autoridades (*ius auxilium*).<sup>147</sup> Incluso, la *intercessio* “fue un instrumento clave en la oposición política llevada a cabo por el tribuno de la plebe frente a las decisiones de los magistrados patricios”,<sup>148</sup> al poder vetar la ley o propuesta del magistrado que incluía otros tribunos de la plebe (*ius intercessionis*).

## 2. Edad Media y Edad Moderna

Se ha considerado al *Habeas Corpus Amendment Act* del 28 de mayo de 1679, con dieciocho preceptos, como el primer ordenamiento detallado que regula a un proceso constitucional, si bien existió desde la Carta Magna de 1215 y en la Ley Inglesa de 1640.<sup>149</sup>

También en el Reino de Aragón existió una figura encargada de velar por el cumplimiento exacto de los diversos fueros. El justicia mayor apareció en el siglo XII y tuvo su esplendor entre los años 1436 y 1520, que incluso se hablaba en esa época de la figura del “justiciazgo” para comprender a la justicia y a sus lugartenientes. Conocían fundamentalmente de los procesos forales aragoneses (los de mayor arraigo eran: de inventario, de firma de derecho, de aprehensión y de manifestación de persona). La finalidad de los mismos consistía en la protección o defensa de

<sup>146</sup> Cfr. Batiza, Rodolfo, “Un preterido antecedente remoto del amparo”, *Revista Mexicana de Derecho Público*, núm. 4, abril-junio de 1947, pp. 429-437.

<sup>147</sup> Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, cit., nota 21, p. 183.

<sup>148</sup> Rasón, César, *Síntesis de historia e instituciones de derecho romano*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, p. 62.

<sup>149</sup> Cfr. Sagüés, Néstor P., “Los desafíos del derecho procesal constitucional”, en Bazán, Víctor (coord.), *Desafíos del control de la constitucionalidad*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1996, p. 22.

los súbditos en contra de los actos excesivos y arbitrarios de la autoridad real y eclesiástica, que constituían contrafuero en perjuicio de los mismos. En las Cortes de Tarazona, de 1592, se estableció que el cargo de justicia dejaba de ser inamovible y podía ser proveído por el rey, así como los nombramientos de los lugartenientes, lo que provocó el decaimiento de la institución. Los Decretos de Nueva Planta de Felipe V (1707) constituyen el antecedente formal de su desaparición.<sup>150</sup>

Para Cappelletti el antecedente directo del control judicial de las leyes fue la batalla de Lord Edward Coke por la supremacía del *common law*, verificada por los jueces sobre el rey y el parlamento, especialmente el célebre *Bonham's Case* de 1610. No obstante la doctrina de Coke emanada de este caso y entendida como instrumento de lucha contra el absolutismo del rey o del parlamento, en Inglaterra se consolidó la supremacía del parlamento a partir de la revolución de 1688.<sup>151</sup> De esta forma estima que el antecedente directo del control judicial de la constitucionalidad de las leyes se debe a la doctrina de Sir Edward Coke, que logró acogida en los Estados Unidos y paradójicamente fue abandonada en Inglaterra y ahora en sus ex colonias, donde ha prevalecido la “supremacía del parlamento” y no la de los jueces.<sup>152</sup>

Asimismo, se han encontrado instituciones en el derecho indiano, especialmente como antecedentes del juicio de amparo mexicano.<sup>153</sup> Los recursos ante las Audiencias de México y Guadalajara;<sup>154</sup> el recurso de

<sup>150</sup> Sobre los procesos forales aragoneses y el Justicia Mayor existe una amplia bibliografía. Véanse, entre otros, Bonet Navarro, Ángel, *Procesos ante el justicia de Aragón*, Zaragoza, Guara, 1982; López de Haro, C., *La Constitución y libertades de Aragón y el Justicia Mayor*, Madrid, Reus, 1926, especialmente pp. 1-12, 336-385 y 426-625; Fairén Guillén, V., *Antecedentes aragoneses de los juicios de amparo*, México, UNAM, 1971, pp. 7-49. Una síntesis del funcionamiento del Justicia Mayor y de la bibliografía existente, puede verse en nuestra obra *La acción constitucional de amparo en México y España (Estudio de derecho comparado)*, 4a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2007, pp. 5-18.

<sup>151</sup> Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional...*, *cit.*, nota 143, pp. 48-57.

<sup>152</sup> *Cfr.* Cappelletti, Mauro, “Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional”, traducción de Luis Aguiar de Luque y María Gracia Rubio de Casas, en Favoreu, Louis (ed.), *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 599-662, véanse pp. 560 y 561.

<sup>153</sup> Una visión panorámica del derecho indiano puede verse en la obra de Cruz Barney, Óscar, *Historia del derecho en México*, 2a. ed., México, Oxford, 2004, pp. 221-544.

<sup>154</sup> Sobre las facultades de estas Audiencias, véanse, entre otros, Soberanes Fernández, José Luis, *Los tribunales de la Nueva España. Antología*, México, UNAM, 1980; de este mismo autor, “Introducción al estudio de la Audiencia de México”, *Revista de Inves-*

fuerza;<sup>155</sup> el recurso “obedézcase pero no se cumpla”;<sup>156</sup> el recurso de nulidad por injusticia notoria;<sup>157</sup> y lo que el historiador del derecho Andrés Lira González ha bautizado como el “amparo colonial”,<sup>158</sup> tesis seguida por Barragán Barragán<sup>159</sup> y García Belaunde en el Perú,<sup>160</sup> cuya naturaleza en realidad corresponde a un interdicto posesorio. El propio Barragán Barragán ha puesto de relieve los cuatro amparos regulados por las Siete Partidas.<sup>161</sup> Mención especial merece la obra de José Luis Soberanes Fernández y Faustino José Martínez Martínez, denominada *Apuntes para la historia del juicio de amparo*, que han estudiado con profundidad desde la perspectiva histórica a la institución, desde los amparamientos en las Partidas, los antecedentes aragoneses, anglosajones y coloniales, los orígenes constitucionales en Yucatán y de los diversos ordenamientos, su consagración federal de 1847 y 1857, su polémica durante el siglo XIX, hasta su consagración definitiva en la actual Constitución de 1917.<sup>162</sup>

### 3. Edad contemporánea

En este periodo se desarrollan las Constituciones escritas. Las ideas de John Locke y de Montesquieu sobre la división del poder encuentran acogida y sirven para el establecimiento de los derechos fundamentales y

tigaciones Jurídicas, año 3, núm. 3, 1979, pp. 465-476; “La administración superior de justicia en Nueva España”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año XII, núm. 37, enero-abril de 1980, pp. 143-200.

<sup>155</sup> Cfr., entre otros, Margadant, Guillermo F., “El recurso de fuerza en la época novohispana”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núms. 172-174, t. XL, julio-diciembre de 1990, pp. 99-125.

<sup>156</sup> Esquivel Obregón, Toribio, *Apuntes para la historia del derecho en México*, 2a. ed., México, Porrúa, 1984, pp. 266 y 267.

<sup>157</sup> Cfr., entre otros, Noriega, Alfonso, *Lecciones de amparo*, cit., nota 144, p. 64.

<sup>158</sup> Cfr. Lira González, Andrés, *El amparo colonial y el juicio de amparo mexicano. Antecedentes novohispanos del juicio de amparo*, México, Fondo de Cultura Económica, 1972.

<sup>159</sup> Cfr. Barragán Barragán, José, “Los reales amparos”, en su obra *Temas del liberalismo gaditano*, México, UNAM, 1978.

<sup>160</sup> Cfr. García Belaunde, Domingo, “El amparo colonial peruano”, en su obra *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, Temis, 2001, pp. 79-87.

<sup>161</sup> Cfr. su libro *Algunas consideraciones sobre los cuatro recursos de amparo regulados por las Siete Partidas*, 2a. ed., Guadalajara, Universidad de Guadalajara, 2000.

<sup>162</sup> Cfr. Soberanes Fernández, José Luis y Martínez Martínez, Faustino, *Apuntes para la historia del juicio de amparo*, México, Porrúa, 2002.



la limitación del poder en el constitucionalismo contemporáneo. Se consagra el principio de supremacía constitucional en el artículo VI de la Constitución de los Estados Unidos de 1787. Ya Hamilton comentaba este principio en *El Federalista* al sostener que la Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces, de tal manera que “debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios”.<sup>163</sup>

El punto de inflexión del fenómeno histórico social, en su dimensión contemporánea, se suele ubicar en el paradigmático caso *Marbury vs. Madison* resuelto por la Suprema Corte de los Estados Unidos el 24 de febrero de 1803, por el *Chief Justice* John Marshall<sup>164</sup> y especialmente a través de la repercusión de la *judicial review of legislation* a nivel mundial. Si bien, como lo señala Grant, el control judicial de las leyes no es propiamente una invención norteamericana, sino más bien la aplicación, en las Constituciones escritas, de los principios y de las técnicas desarrolladas por el *common law* inglés para impedir que las corporaciones públicas y privadas traspasaran el campo de su autoridad.<sup>165</sup> Incluso antes de ese famoso y trascendental fallo de Marshall, el tribunal de New Jersey en el caso *Holmes vs. Walton* (1780), resolvió un caso de inconstitucionalidad de un estatuto local y provocó incluso que la legislatura aceptara el criterio procediendo a su reforma. Esa práctica ya se realizaba en las entidades federativas. El juez Wythe, maestro de Marshall y que integraba el tribunal de Apelación de Virginia, entendía ese poder de los jueces sobre la legislatura si traspasaba los límites que el pueblo le ha impuesto en la Constitución (caso *Commonwealth vs. Caton*, de 1782).<sup>166</sup>

Cappelletti advierte la influencia del control judicial de las leyes estadounidenses y señala una tendencia evolutiva común y universal del fenómeno, tanto en el *common law* como en el *civil law*, distinguiendo tres etapas o épocas, a manera de una dialéctica hegeliana (tesis, antítesis y síntesis), que denominó como “derecho natural”, “derecho legal” y “justicia constitucional”. En los países del *common law*, surge la primera eta-

<sup>163</sup> Hamilton, Alexander *et al.*, reimp., México, FCE, 1994, LXXVIII, p. 332.

<sup>164</sup> Existe una bibliografía impresionante sobre Marshall y especialmente del famoso fallo de 1803. Una biografía moderna puede verse en Smith, Jean Edward, *John Marshall. Definer of a nation*, Nueva York, Henry Holt, 1996.

<sup>165</sup> Grant, J. A. C., “La Constitución de los Estados Unidos”, *El constitucionalismo a mediados del siglo XIX*, México, UNAM, 1957, pp. 691-730.

<sup>166</sup> *Ibidem*, pp. 703 y 704.

pa derivada del pensamiento de Coke, si bien implícita cuatro siglos antes en Bracton, consistente en la supremacía del *common law*; la segunda época, con la Revolución de 1688, en la que se olvida la enseñanza de Coke y prevalece la supremacía del parlamento sobre el *common law*; y la tercera, cuando surgen las Constituciones escritas y se establecen en los Estados Unidos de Norteamérica las cortes supremas para hacer prevalecer la *higher law*, a partir del paradigmático caso resuelto por la Corte Suprema de 1803, si bien con ciertos precedentes anteriores resueltos por las cortes supremas estatales como el propio Marshall lo señala.<sup>167</sup>

Esta tendencia evolutiva también puede advertirse en la familia jurídica de base romanística. En el *civil law*, estimaba que se pueden ubicar también estas tres etapas, si bien en épocas posteriores: la primera, en el que las escuelas iusnaturalistas proclamaban la inaplicabilidad de leyes contrarias al derecho natural. Así lo advertía, por ejemplo, de la doctrina de la *Hereuse impuissance* (feliz impotencia) del rey de violar las *lois fondamentales du royaume*, es decir, la doctrina francesa de la inviolabilidad de las *leges imperii*. Esta concepción del *jus naturale* que arraigó de manera importante, lo vinculaba con el pensamiento de Platón y de Aristóteles, y particularmente con la doctrina tomística, los filósofos estoicos y a Cicerón. Consideró que de alguna forma constituía un precedente valioso de lo que siglos después se consolidó en el control de la constitucionalidad de las leyes. En la segunda etapa prevaleció el principio de legalidad, mientras que en la tercera el pensamiento de Kelsen al establecer cortes especializadas para interpretar las Constituciones.<sup>168</sup>

En este periodo debe también mencionarse las ideas del abate Sieyès y el Senado Conservador de la Constitución francesa de 1799, que tuvieron impacto en el siglo XIX y en el pensamiento de Carl Schmitt. Según este autor, a la muerte de Cromwell (1658) y después de los primeros ensayos modernos de Constituciones escritas, se propuso una corporación especial, a manera del eforato espartano, que viniera a mantener la ordenación existente del *Commonwealth* y a impedir la restauración de la monarquía. Encontraron ahí su origen las ideas referentes a un “defensor de

<sup>167</sup> Cappelletti, Mauro, *Proceso, ideologías, sociedad*, trad. de Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Banzhaf, Buenos Aires, EJE, 1974, pp. 461-467.

<sup>168</sup> *Ibidem*, pp. 464 y 465.

la libertad” y luego a un “defensor de la Constitución”, que se abrieron paso en el círculo de Harrington. Dice Schmitt que

Aquí tiene su origen la idea de aquellas que, a través de las cartas constitucionales de Pensilvania, llegan hasta las de la Revolución francesa. En Francia, en la Constitución del año VIII (1799) aparece el Senado como defensor (*conservateur*) de la Constitución. En este caso, también, semejante instituto precede inmediatamente a una reacción política, la de la época de Napoleón I. Por esto es doblemente interesante comprobar que el *Sénat conservateur* no desempeñó su papel tutelar de la Constitución hasta la derrota militar de Napoleón, cuando por decreto de 3 de abril de 1814 declaró que Napoleón y su familia quedaban desposeídos del trono por haber vulnerado la Constitución y los derechos del pueblo.<sup>169</sup>

Las argumentaciones de Schmitt, por supuesto, están encaminadas a defender su postura ideológica relativa al decisionismo político y es por ello que acoge la doctrina de Benjamín Constant relativa al órgano moderador u órgano neutro o armónico, como veremos en su oportunidad.

Los antecedentes en estos cuatro periodos históricos sólo representan un bosquejo sin entrar en mayor detalle y en otros precedentes como los existentes en Latinoamérica en el denominado sistema colombo-venezolano de control constitucional de leyes (1850-58) o la instauración del juicio de amparo en la Constitución del estado de Yucatán de 1841. Hemos tratado simplemente de señalar algunas de las instituciones, figuras, etapas, ideologías y momentos relevantes y significativos en el derecho procesal constitucional como fenómeno histórico-social, a manera de “fuentes históricas” de la disciplina, que como sucede en otras áreas del conocimiento, su estudio dogmático se desarrollaría después.

B) La ciencia del derecho procesal constitucional, o si se prefiere, la dogmática del derecho procesal constitucional, en cambio, adquiere relevancia a partir de la creación de los tribunales constitucionales europeos. Especialmente de la Corte Constitucional austriaca de 1920 y particularmente a partir del influyente estudio de Hans Kelsen de 1928, como veremos más adelante. Este influyente ensayo podría representar lo que la obra de Bulöw para el derecho procesal o la de Gerber para el derecho

<sup>169</sup> *La defensa de la constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la constitución*, 2a. ed., trad. de Manuel Sánchez Sarto, Madrid, Tecnos, 1998, pp. 27 y 28.

constitucional, al desencadenar el comienzo de una nueva concepción dogmática y que repercutiría después en la autonomía científica de sus disciplinas. Esto no significa ignorar la importancia de otros trabajos anteriores, muy valiosos por cierto, pero que no tuvieron el impacto que causó aquel trabajo precursor de Kelsen sobre la garantía jurisdiccional de la Constitución, basamento sobre el cual se construyó lo que hoy se conoce como derecho procesal constitucional en su dimensión científica.

Con la polémica ideológica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución, los planteamientos del segundo se consolidaron y se dieron ampliamente a conocer, surgiendo una nueva corriente dogmática. A partir de ahí se inicia una transición a la luz de la corriente del procesalismo científico. Primero al advertir su existencia como disciplina autónoma, luego su desarrollo dogmático, hasta llegar a su sistematización científica como rama procesal. De tal suerte que es en este periodo donde debemos ubicar el nacimiento del derecho procesal constitucional como ciencia (1928-1956). Los siguientes epígrafes se destinarán a visualizar las distintas aportaciones de cada uno de los protagonistas que coadyuvaron en su formación: Kelsen, Alcalá-Zamora y Castillo, Couture, Calamandrei, Cappelletti y Fix-Zamudio.

#### VII. KELSEN ¿FUNDADOR DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL? (1928-1942)

En los últimos años ha surgido un interesante debate sobre el fundador del derecho procesal constitucional.

El punto de partida lo constituye la afirmación de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, en su clásica obra *Proceso, autocomposición y autodefensa (contribución al estudio de los fines del proceso)*<sup>170</sup> publicada en México en 1947. El destacado procesalista español advierte en esta obra: “Como San Juan en su Evangelio (I,1), también el procesalista podría decir que en el principio fue el proceso... y que luego después se han ido agregando calificativos a medida que han ido surgiendo nuevas ra-

<sup>170</sup> México, UNAM, 1947. Existe segunda edición (1970) y tercera (1991, en realidad reimpresión de la 2a. edición, con prólogo de Héctor Fix-Zamudio), así como una reimpresión de esta última (2000), todas por la UNAM.

mas...;”<sup>171</sup> y al referirse al nacimiento de varias ramas del proceso, como la administrativa y la laboral, enfatiza también sobre el

*...surgimiento de un proceso constitucional*, por un lado, en la declaración judicial de ilegalidad de los reglamentos, que siendo su hermana menor en jerarquía, ha sido en diversos países su hermana mayor en el orden del tiempo (además de implicar en sí misma una nueva ampliación procesal) y, por otro, en la declaración de inconstitucionalidad de los Estados Unidos y de otros varios países americanos y en el recurso de amparo mexicano, bien entendido que, como ha demostrado Jerusalén, el derecho norteamericano desconoce la idea de una jurisdicción constitucional, que brota en la famosa Constitución austriaca del 1o. de octubre de 1920, inspirada por Kelsen, a quien, por tanto, debemos considerar fundador de esta rama procesal, a la que ha dedicado algún fundamental trabajo, y que trascendió al constitucionalismo de otros países como España en 1931.<sup>172</sup>

Como puede apreciarse, Alcalá-Zamora considera a Kelsen como “fundador de esta rama procesal”, teniendo en cuenta que 1) inspiró la creación de la jurisdicción constitucional austriaca; 2) realizó un importante estudio sobre la misma (se refiere al de 1928, que expresamente cita en nota al pie de página); y 3) por haber repercutido en el constitucionalismo de otros países.

El más destacado de sus discípulos, Héctor Fix-Zamudio, en su tesis elaborada para obtener el grado de licenciado en derecho (1955), que más adelante analizaremos con detalle al constituir el primer planteamiento conceptual y sistemático de la disciplina como ciencia autónoma procesal, considera acertada la apreciación de su maestro. En el capítulo tercero que denomina “El derecho procesal constitucional”, que luego apareciera publicado como artículo independiente al año siguiente (1956), señala:

Y si el nacimiento del derecho procesal civil como disciplina científica se fija, según la mayoría de los tratadistas, en el año de 1868 en que Oscar Bülow dio a la luz su conocidísimo tratado *La teoría de las excepciones dilatorias y los presupuestos procesales*, el comienzo de la ciencia del de-

<sup>171</sup> *Ibidem*, p. 207 (1a. ed. de 1947); pp. 215 y 216 (2a. ed. de 1970) y p. 214 (3a. ed. de 1991, en realidad reimpresión de la 2a. ed.).

<sup>172</sup> *Ibidem*, pp. 214 y 215 (edición de 1991).

recho procesal constitucional debemos situarlo en el año de 1928 en el cual el ilustre Hans Kelsen publica un estudio sistemático sobre la materia: *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)*, ensayo que nos ha servido de modelo para intitular este trabajo, y que es considerado por el maestro Alcalá-Zamora como fundamental para la disciplina que examinamos, debiendo hacerse notar que la labor del ameritado juriconsulto austriaco no sólo fue de naturaleza teórica, sino también práctica, toda vez que durante los años de 1919 hasta 1929, desempeñó simultáneamente dos cargos: catedrático de la Universidad de Viena y juez constitucional en la Corte creada por él.<sup>173</sup>

La postura del maestro y su discípulo fue seguida por varios autores de manera pacífica.<sup>174</sup> En años recientes, sin embargo, la polémica ha resurgido fundamentalmente por las dudas generadas por dos de los principales cultivadores de la materia: Néstor Pedro Sagüés y Domingo García Belaunde, cuyas aportaciones para el desarrollo posterior de la ciencia del derecho procesal constitucional han resultado fundamentales, a manera de forjadores de segunda generación.

Sagüés cuestiona la “tesis Alcalá-Fix” al estimar que

De Kelsen se ha dicho, y no sin fundados motivos, que fue su estructuración científica la que permitió la moderna concepción del derecho procesal constitucional. No obstante, y sin perjuicio del decisivo aporte del maestro de la Escuela de Viena, cabe alertar que si el derecho procesal constitucional se nutre no sólo de la doctrina kelseniana de la pirámide jurídica, sino también de los conocidísimos “procesos constitucionales” de *habeas corpus*, amparo, *writ of error* y demás engranajes procesales destinados a tutelar las garantías constitucionales y el principio de supremacía constitucional, resultaría desacertado atribuirle a Kelsen una paternidad que históricamente no le correspondería. A lo dicho, cabe agregar que la implementación de aquellos trámites es muy anterior a la erección de la Corte constitucional austriaca, y que ya existía una “magistratura constitucional” (no especializada, claro está) antes de Kelsen. En resumen, pues,

<sup>173</sup> Fix-Zamudio, Héctor, “La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo”, tesis de licenciatura, México, Facultad de Derecho, UNAM, p. 62. El capítulo III, quedó publicado como “El derecho procesal constitucional”, *La Justicia*, enero de 1956, p. 12302.

<sup>174</sup> *Cfr.*, entre otros, Almagro Nosete, José, *Constitución y proceso*, Barcelona, Bosch, 1984, p. 157.

de seguirse una noción amplia del derecho procesal constitucional, habría que remontarse a aquellos institutos jurídicos —algunos de ellos con siglos de antigüedad— destinados a salvaguardar la libertad física y otros derechos humanos, aunque entonces no hubiera “Constitución formal” en el sentido moderno de esa expresión.<sup>175</sup>

Recientemente Domingo García Belaunde ha elaborado una nueva tesis. Con la acuciosidad y precisión del dato que lo caracterizan, ha rastreado la utilización de la expresión “derecho procesal constitucional” por parte de los juristas en los diversos países latinoamericanos y europeos, así como la significación que le han prestado. Con base en estos datos y de las conjeturas documentales e históricas de la creación del Tribunal Constitucional austriaco, el destacado constitucionalista peruano considera en uno de sus trabajos más recientes que debe considerarse a Niceto Alcalá-Zamora y Castillo como el fundador de la disciplina. Considera que fue el primero que utilizó la expresión con el ánimo de advertir una nueva disciplina científico procesal y no al jurista vienés que más bien inspiró a la jurisdicción constitucional como órgano concentrado de control, sentando las bases teóricas de su desarrollo. Debido a la importancia de su argumentación y del hallazgo y conjeturas históricas de varios documentos, a continuación transcribimos las consideraciones medulares de la narración de García Belaunde:

A) Kelsen es uno de los creadores del órgano concentrado, siguiendo por lo demás una tradición europea y austriaca que en él culmina, y que luego se expandirá por el resto del mundo.

B) Kelsen postula una jurisdicción constitucional con ese nombre; así lo hace en la ponencia presentada a la Quinta Reunión de Profesores Alemanes de Derecho Público celebrada en Viena los días 23 y 24 de abril de 1928, en donde utilizando el término “jurisdicción estatal” agrega que el más adecuado es el de “jurisdicción constitucional”; *cfr. Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit* (Naturaleza y desarrollo de la jurisdicción estatal), Walter de Gruyter & Co., Berlín-Leipzig, 1929. Por el contrario, en la versión francesa que publica el mismo año del encuentro de Viena, o sea, en 1928, utiliza indistintamente las palabras “justicia” o

<sup>175</sup> Sagüés, Néstor P., *Derecho procesal constitucional*, t. I: *Recurso extraordinario*, 4a. ed., Buenos Aires, Astrea, 2002, pp. 6 y 7. Esta postura ha sido defendida por su autor desde hace tiempo.

“jurisdicción” constitucionales, como si fueran sinónimos, lo cual demuestra que esas licencias no se las tomó Kelsen sino su traductor (*cfr.* “La garantie juridictionnelle de la Constitution. La justice constitutionnelle”, *Revue du Droit Public et de la Science Politique*, tomo 45, 1928).

Sin embargo, en el mismo tomo 45 de 1928 de la “*Revue du Droit Public et de la Science Politique*” acompañan al ensayo de Kelsen sendos estudios de Boris Mirkine-Guetzévitch y de Marcel Waline, quienes emplean el concepto “jurisdicción constitucional” y hacen referencia a países que han adoptado el sistema de control de la constitucionalidad. Y por la misma época, son varios los que abordan el nuevo tema, iniciándose así en Francia un interesante debate, como se puede apreciar en las diversas colaboraciones del colectivo publicado en homenaje a uno de los grandes juristas de principios de siglo (así en el “*Mélanges Maurice Hauriou*” de 1929). Y con anterioridad al debate en torno a la ponencia de Kelsen que se llevó a cabo en una sesión especial el 20 de octubre de 1928 en el *Institut International de Droit Public*. Pero Kelsen no fue más allá. Tampoco el intenso debate francés tuvo consecuencias inmediatas, sino que más bien fue al revés, como lo demuestra la experiencia del Consejo Constitucional francés (por lo menos hasta 1971).

C) Si bien Kelsen rompe el tabú de la supremacía parlamentaria que por entonces primaba en Europa, no atina a definir bien el tipo de jurisdicción del Tribunal Constitucional, pues tras grandes vacilaciones señala que ese tipo de jurisdicción es de carácter legislativo, y de ahí que el Tribunal sea caracterizado como “legislador negativo”, concepto importante, pero rebasado en la actualidad por la experiencia constitucional de la segunda posguerra.

D) De la lectura atenta que se hace de la ponencia de 1928 (sobre todo en su versión francesa, que Kelsen prefería frente a la alemana por tener una presentación más ordenada) se concluye que Kelsen no sólo no usa el término “proceso constitucional” sino que tampoco pretende crear una nueva disciplina, aun cuando sienta las bases teóricas del modelo concentrado y que éste se refleje en un órgano *ad-hoc*.

E) Aún más, no se advierte en Kelsen un conocimiento, ni siquiera rudimentario del derecho procesal, no obstante que el procesalismo alemán era por entonces importante (si bien una de sus principales figuras James Goldschmidt iba pronto a emigrar para terminar muriendo en Montevideo en 1940). E igual podría decirse de los otros juristas que por la misma época escribían sobre lo mismo.

F) Kelsen, pues, no puede considerarse el padre ni el fundador del derecho procesal constitucional, por las razones antes dichas. Es sin lugar a



dudas, uno de los creadores del modelo concentrado y su teórico más solvente al momento de su aparición....

Por tanto, para hablar de un fundador del derecho procesal constitucional, necesitamos por un lado que exista el derecho procesal; por otro que lo adjetivemos, o sea, que le demos el nombre y finalmente le demos el contenido. Y esto aun cuando en embrión, como sucede siempre con los fundadores y en los primeros pasos de toda disciplina. Y quien primero lo ha hecho es, sin lugar a dudas, Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. Y lo hizo en América. No cupo este designio a ningún autor o doctrinario alemán o italiano, que estaban debidamente equipados para ello, pues usan el término en fecha muy posterior (en Italia a partir de 1950 y en Alemania a partir de 1970).<sup>176</sup>

Hasta aquí las consideraciones contundentes de García Belaunde relativas a considerar al procesalista Alcalá-Zamora y Castillo como el fundador del derecho procesal constitucional desde su perspectiva científica y no al maestro de la Escuela de Viena, cuyas aportaciones considera deben valorarse en su justa dimensión.

Las posturas de Sagüés y de García Belaunde son sugestivas y llenas de contenido. Ambos tienen razón según la perspectiva con la cual se analice. A nuestro modo de ver el debate sobre el “fundador” de la disciplina carece de una precisión previa y elemental: ¿qué debemos entender como fundador de una disciplina jurídica?

En una primera aproximación semántica de “fundador”, refiere al adjetivo “Que funda”, lo que nos engarza con el acto mismo de “fundar”, que significa “establecer, crear” y con “fundación” que se dirige al “principio, erección, establecimiento y origen de una cosa”.<sup>177</sup> Ahora bien, este principio y origen se refiere: ¿a las instituciones o a la disciplina que las estudia? Y ahí encontramos la importancia del alcance que le demos al propio derecho procesal constitucional. Atendiendo a la respuesta a estos interrogantes será la posible consecuencia de la paternidad de la ma-

<sup>176</sup> García Belaunde, Domingo, “Dos cuestiones disputadas sobre el derecho procesal constitucional”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 7, enero-junio de 2007, pp. 139-147, en pp. 140-142. Este trabajo fue presentado como ponencia en el Congreso sobre “Reforma de la Constitución y jurisdicción constitucional” en la Universidad Católica San Pablo, Arequipa, Perú, 26-28 de octubre de 2006.

<sup>177</sup> *Diccionario de la Lengua Española*, 21a. ed., Real Academia Española, 1992, t. I, voces “Fundador”, “Fundar” y “Fundación”, pp. 1004 y 1005.

teria, si es que puede atribuirse a un solo jurista tal calificativo. Es más, podríamos entrar también al debate previo sobre las distinciones entre “precursor” y “fundador” que suelen emplearse en las distintas disciplinas. Partiendo también de su connotación, “precursor” refiere a “que precede o va delante, que profesa o enseña doctrinas o acomete empresas que no tendrán razón ni hallarán acogida sino en tiempo venidero”.<sup>178</sup>

La tesis de Sagüés parte, como él mismo lo reconoce, de una concepción “amplia de derecho procesal constitucional”. De ahí la importancia en distinguir el derecho procesal constitucional como fenómeno histórico social de su caracterización científica, como lo hemos expuesto en un epígrafe anterior. Si buscamos el origen de la disciplina en su primera perspectiva, como acertadamente lo destaca el profesor argentino, tendríamos que escudriñarlo desde la antigüedad y difícilmente llegaríamos a una convicción sobre su fundador y más bien tendríamos que atender a los acontecimientos, personajes, instituciones, ideologías o instrumento jurídicos relevantes para la disciplina en estudio. En un trabajo diverso, el propio Sagüés reconoce que no es sencillo precisar cuándo nace el derecho procesal constitucional. Como “antecedentes más lejanos” señala el interdicto romano de *homine libero exhibendo*, preludio del *habeas corpus* inglés que ya aparece en la Carta Magna de 1215 o bien los procesos forales aragoneses junto con el Justicia Mayor. En cambio sostiene como “fuentes más próximas, claras y precisas”, a manera de “tres cumpleaños” de la disciplina: 1) el *Habeas corpus Amendment Act* de 1679, al constituir el primer ordenamiento que meticulosamente regula un proceso constitucional; 2) el emblemático caso *Marbury versus Madison* de 1803, a partir del cual se institucionaliza para siempre el sistema judicial de control de constitucionalidad; y 3) la promulgación de la Constitución austriaca del 1o. de octubre de 1920, paradigma de tribunal constitucional como órgano especializado de control de constitucionalidad.<sup>179</sup>

Como se aprecia, Sagüés no considera el trabajo de Kelsen de 1928 ni los desarrollos posteriores de la disciplina procesal. Es claro que su postura descansa en la concepción del derecho procesal constitucional como fenómeno histórico social, que en realidad es la “concepción amplia” a la

<sup>178</sup> *Ibidem*, p. 1654.

<sup>179</sup> Véase su trabajo: “Los desafíos del derecho procesal constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, cit., nota 93, t. I, pp. 507 y 508.

que alude. Bajo esa perspectiva adquiere lógica el planteamiento del profesor argentino y nos llevaría además a referirnos a otros acontecimientos y personajes también relevantes en su configuración, como puede ser el *Bonham's Case* de 1610, resuelto por Edward Coke que influyó a la postre en la postura adoptada en los Estados Unidos relativa a la supremacía constitucional sobre la supremacía del parlamento. También podría mencionarse a los Tribunales de Justicia Constitucional previstos en algunas Constituciones alemanas (Baviera y Sajona 1818-1831) un siglo antes de la instalación de la Constitución austriaca y que seguramente tuvo presente Kelsen. Las ideas de Benjamin Constant sobre el poder neutro o moderador que encontró eco en ciertas latitudes y a manera de una etapa evolutiva de desarrollo de los órganos de control y de las garantías de la Constitución.<sup>180</sup> O bien el antecedente directo del amparo, en su concepción contemporánea de garantía constitucional y diferenciada del *habeas corpus*, cuyo origen se encuentra en la Constitución del estado de Yucatán en 1841 debido a las ideas de Manuel Crescencio García Rejón y Alcalá, por sólo mencionar algunos de los antecedentes relevantes bajo esta perspectiva del derecho procesal constitucional como fenómeno histórico social.

En cambio, la postura de García Belaunde descansa no en su vertiente histórica social, sino en su concepción científica, es decir, en la disciplina que se encarga de su estudio. La pregunta que se hace García Belaunde es otra: ¿cuándo nace la ciencia que estudia el derecho procesal constitucional? O si se prefiere ¿en qué momento surge su concepción como nueva disciplina jurídica? Como ha quedado establecido, el constitucionalista peruano con agudeza pone de relieve, a través del análisis documental, que el primer jurista en advertir la existencia de una nueva disciplina con la denominación precisa de “derecho procesal constitucional” lo es Alcalá-Zamora y Castillo, cuando en su exilio en Argentina (1944-1945) y luego en México (1947) de manera expresa así lo afirma. Por un lado 1) advierte la existencia de una nueva rama procesal; y 2) le otorga un nombre.

<sup>180</sup> Sobre el tema, véase Vega, Pedro de, “El poder moderador”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, nueva época, núm. 116, abril-junio de 2002, pp. 7-24; reproducido en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 7, julio-diciembre de 2002, pp. 215-238.

Esta postura descansa en una concepción “formal” de fundador, al identificarla con el individuo que “descubre” su existencia y la “bautiza”. Eso es precisamente a lo que se limitó Alcalá-Zamora y Castillo, a señalar: 1) la existencia de una “legislación procesal constitucional” desde un trabajo publicado originalmente en Italia en 1938 que elaborara un año antes en su primer exilio en París, derivado del conocimiento que tenía del Tribunal de Garantías Constitucionales, al que le había dedicado un ensayo que publicó en 1933; 2) la denominación de la disciplina, quedando reflejada en el título de su libro recopilatorio *Ensayos de derecho procesal (civil, penal y constitucional)*, publicado en Argentina (1944), que incluye los dos artículos mencionados en el punto anterior, y que puntualmente advierte en una breve reseña a un comentario sobre un libro de amparo, que aparece en la *Revista de Derecho Procesal de Argentina* (1945); y 3) el surgimiento de un “proceso constitucional” y que el fundador de esta rama del derecho lo es el jurista Hans Kelsen, como lo apunta en su libro mexicano publicado en 1947, cuya parte correspondiente reproducimos líneas arriba. Sin embargo, sus aportaciones hasta ahí llegaron como lo reconoce el propio García Belaunde.

Ahora bien, todo depende de la concepción que se le atribuya a la expresión “fundador”. Si la entendemos desde una perspectiva formal, será la persona que visualiza por vez primera la dimensión “disciplina” en su sentido científico y le otorga el *nomen iuris*. Bajo esta concepción la tesis de García Belaunde adquiere fuerza. Alcalá-Zamora y Castillo sería el fundador.

Habría que preguntarnos si realmente podemos atribuirle tal calificativo al destacado procesalista español, que como ha quedado señalado sólo se limitó a destacar la existencia de la disciplina sin contribuir en lo absoluto en sus perfiles, alcances o contenidos, ni al estudio del “proceso constitucional” como figura procesal. Es más, no le dedica ni siquiera un artículo o apartado específico de un libro a la cuestión. Si analizamos con detenimiento su obra publicada en Argentina (1944), tiene el gran mérito de utilizar por vez primera la expresión en el título: *Ensayos de derecho procesal (civil, penal y constitucional)*, donde sobresalen dos trabajos relativos al análisis del Tribunal de Garantías Constitucionales y al derecho procesal en España. Con mayor exactitud deja ver la denominación también al año siguiente en la *Revista de Derecho Procesal* (1945), al advertir que la institución del amparo debe ser parte de la dis-

ciplina, pero sin realizar propiamente ningún aporte dogmático a la misma. En su importante libro publicado en México de 1947, no le dedica más de un párrafo al asunto y además no lo realiza a través de una argumentación principal, sino derivada de una más amplia relativa a la “materia litigiosa” y al “ensanchamiento del proceso” hacia nuevas fórmulas (administrativa, laboral y constitucional).

¿Debemos otorgarle el calificativo de fundador del derecho procesal constitucional a Niceto Alcalá-Zamora y Castillo? Nadie duda de su amplísima e importante obra dentro de la corriente del mejor procesalismo científico, especialmente en el derecho procesal civil y penal, contribuyendo de manera importante en la aceptación de la concepción unitaria de la ciencia procesal apoyando la corriente de Carnelutti, que condujo incluso a la enseñanza de una teoría general del proceso y a una materia propia en los planes de estudio universitarios que propuso y logró el propio Alcalá-Zamora. La importancia de su pensamiento y obra ha sido reconocida recientemente por la comunidad internacional, al dedicarse a su memoria el *XII Congreso Mundial de Derecho Procesal*.<sup>181</sup> Sin embargo, su aportación a esta rama del derecho procesal se redujo a destacar su existencia y denominación.

¿Es suficiente ese hallazgo para considerarlo fundador del derecho procesal constitucional? Tiene razón García Belaunde al advertir que debe valorarse en su justa dimensión la aportación de Hans Kelsen, debido a que su ensayo se dirigió al análisis científico de la jurisdicción constitucional como órgano concentrado que había creado, pero no a la concepción de la disciplina. Es por ello que debe considerarse a Kelsen como “precursor” de la disciplina científica —nos apoyamos en la connotación semántica que señalamos en líneas arriba—, esto es, el que aportó las bases teóricas que hallaran acogida tiempo después en el mejor procesalismo científico. Pero con ese mismo realismo, también habría que valorar en su justa dimensión la aportación de Alcalá-Zamora y Castillo, que a lo más se le podría reconocer como “fundador nominal”.

En cambio, si atendemos a la connotación material de la expresión, podría considerarse a otro el carácter de “fundador conceptual”. Y ahí

<sup>181</sup> Celebrado en la Ciudad de México del 22 al 26 de septiembre de 2003. Las memorias quedaron publicadas en cuatro extensos volúmenes por la UNAM, bajo la coordinación de Marcel Storme y Cipriano Gómez Lara. La mesa inicial del evento se dedicó a Niceto Alcalá-Zamora y Castillo.

nuevamente dependerá del análisis histórico que se realice para atribuirle ese calificativo a un solo jurista.

Kelsen fue el primero en desarrollar una teoría general sobre la defensa jurisdiccional de la Constitución a través de un órgano concentrado. En eso pareciera que existe consenso. Lo hace en su trabajo publicado en Francia precisamente con la denominación de “La garantía jurisdiccional de la Constitución” y con el subtítulo “La justicia constitucional”.

¿Es este el trabajo fundacional del derecho procesal constitucional? Ahí radica la duda de García Belaunde y su teoría resulta útil para advertir una sutil distinción: una cuestión es el primer estudio dogmático sobre la jurisdicción constitucional y otra situación distinta es la concepción científica de la disciplina procesal. Esta delicada distinción es la que nos puede llevar a diversas consideraciones no sólo sobre el fundador material de la disciplina, sino particularmente en la naturaleza propia de su concepción y desarrollo científico.

Kelsen realiza su estudio a la luz de su experiencia como magistrado de la Corte Constitucional austriaca que ya tenía tiempo de funcionar. Esta teorización del fenómeno la emprende con el ánimo de justificar la existencia misma de su creación (1818-1920)<sup>182</sup> y como parte del “sistema” sobre el cual el propio autor ya había dado una explicación “de conjunto” en su importante “Teoría general del Estado” (1925)<sup>183</sup> que años después cristalizaría en su *Teoría pura del derecho (Reine Rechtslehre)*, como teoría del derecho positivo, en tanto que es el propio ordenamiento jurídico su único y propio objeto de estudio, sin considerar apelaciones del derecho natural o la moral. Esta teoría obedece a la pregunta de ¿qué es y cómo es el derecho? Sin interesarle plantearse la cuestión del cómo debe ser, con arreglo a qué criterio debe ser construido. Su teoría descansa en la ciencia jurídica y no en la política del derecho.<sup>184</sup> Es bajo esta perspectiva donde se advierte la intención del autor para justificar su

<sup>182</sup> Cfr. Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987. Especialmente véanse pp. 246 y ss.

<sup>183</sup> Una síntesis de esta teoría que explica el control constitucional en un Estado federal, puede verse en Schmill, Ulises, “Fundamentos teóricos de la defensa de la Constitución en un estado federal”, en Cossío, José Ramón y Pérez de Acha, Luis M. (comp.), *La defensa de la constitución*, 2a. ed., México, Fontamara, 2000, pp. 11-42.

<sup>184</sup> *Teoría pura del derecho*, 15a. ed., México, Porrúa, 2007.

postura del “sentido de la juridicidad” mediante el control del ejercicio del poder a través de un órgano independiente.

El origen de su trascendental ensayo sobre “La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)”,<sup>185</sup> deriva de la ponencia redactada en alemán que presentó en la Quinta Reunión de Profesores Alemanes de Derecho Público celebrada en Viena en abril de 1928. En esta ponencia, según nos relata García Belaunde, prefiere Kelsen la expresión “jurisdicción constitucional” a la de “jurisdicción estatal” y de ahí deriva que el traductor del texto al francés, su discípulo Eisenmann,<sup>186</sup> se toma la libertad de utilizar las expresiones “jurisdicción constitucional” y “justicia constitucional” como sinónimos y al utilizarlos de manera indistinta. Si bien es cierto lo anterior, prefiere no obstante la utilización de la expresión “jurisdicción constitucional” que se emplea en más de cincuenta ocasiones a lo largo del texto, mientras que la diversa de “justicia constitucional” la utiliza pocas veces y sin que se aprecie aparentemente alguna distinción semántica entre ambas expresiones, aunque prefiere esta última para el título del trabajo de Kelsen y para su propia tesis doctoral,<sup>187</sup> de donde se pudiera inferir alguna precisión conceptual entre ambas.

Kelsen identifica a la garantía jurisdiccional de la Constitución con la justicia constitucional, y se refiere a esta dimensión “como un elemento del sistema de los medios técnicos que tienen por objeto asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales”.<sup>188</sup> En el preámbulo de su estudio advierte el objeto del mismo en una doble dirección: por un lado, como

<sup>185</sup> *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, París, año XXXV, t. 45, 1928, pp. 197-257; al año siguiente se publicó en el *Annuaire de l'Institut de Droit Public*, París, 1929, pp. 52-143.

<sup>186</sup> Charles Eisenmann estudió con Kelsen y le dirigió su tesis doctoral, convertida en libro con prólogo del propio Kelsen, *La Justice Constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*, París, L.G.D.J., 1928. Existe edición facsimilar (París, Economica-Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1986).

<sup>187</sup> *Idem*.

<sup>188</sup> Utilizamos la traducción española realizada por Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 2001, p. 9. La versión original de la traducción la realiza en el año de 1974 y aparece en *Anuario Jurídico*, México, núm. 1, 1974, pp. 471-515. Existe revisión de esta traducción por Domingo García Belaunde, publicada en *Ius et Veritas*, Lima, año V, núm. 9, 1994, pp. 17-43. Otra versión es la traducción realizada por Juan Ruiz Manero, que aparece publicada en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Madrid, Editorial Debate, 1988, pp. 109-155.

cuestión teórica, estudiar la naturaleza jurídica de esa garantía teniendo en consideración el sistema que había ya expuesto en su *Teoría general del Estado* (1925);<sup>189</sup> por otra y como cuestión práctica, buscar los mejores medios en su realización, teniendo en cuenta su experiencia como magistrado y ponente permanente (*judge rapporteur*) de la Corte Constitucional de Austria. Su estudio lo divide en cinco partes: I. El problema jurídico de la regularidad; II. La noción de la Constitución; III. Las garantías de la regularidad; IV. Las garantías de la constitucionalidad, y V. La significación jurídica y política de la justicia constitucional.

No es el momento de realizar un análisis detallado de cada apartado. Lo que interesa destacar es que su construcción se realiza desde la teoría general del derecho y en rigor su pretensión se dirige a defender su creación de jurisdicción como órgano concentrado de control constitucional de las leyes. Con esto queremos expresar que en realidad este importante trabajo rebasa el estudio particular de una disciplina en particular, entre ellas la procesal, si bien se advierte un conocimiento de esta materia que no desarrolla por no ser su objetivo, pero sí lo dejar ver en las instituciones que analiza. Especialmente se advierte en el cuarto apartado, relativo a “Las garantías de la constitucionalidad” y particularmente en los epígrafes dedicados al resultado y procedimiento del control de constitucionalidad. Así realiza un análisis de los efectos de las sentencias y llama la atención de los “principios esenciales del procedimiento” del control, así como al modo de iniciar el procedimiento. Incluso se pronuncia a favor de un *actio popularis*, aunque reconoce que esa solución entrañaría un “peligro” de acciones temerarias y el riesgo de insoportable congestión de procesos. Y señala las posibles soluciones

...autorizar y obligar a todas las autoridades públicas que al aplicar una norma tengan duda sobre su regularidad, interrumpan el procedimiento en el caso concreto e interpongan ante el tribunal constitucional una demanda razonada para examen y anulación eventual de la norma. Podría también otorgarse ese poder exclusivamente a ciertas autoridades superiores o supremas —ministros y cortes supremas— o incluso, restringirlas únicamente a los tribunales, bien que la exclusión de la administración no sea —to-

<sup>189</sup> La versión original se denomina *Allgemeine Staatslehre*, Berlín, Verlag Von Julius Springer, 1925. Existe traducción al español por Luis Legaz Lacambra, *Teoría general del Estado*, Barcelona, Labor, 1934, con múltiples ediciones en diversas editoriales.



mando en cuenta el acercamiento creciente entre su procedimiento y el de la jurisdicción— perfectamente justificable.

Su postura fue parcialmente aceptada por la reforma de 1929.<sup>190</sup> A partir de la ley de reforma constitucional (*Bundesverfassungsnovelle*) de ese año, el sistema austriaco otorgó legitimación para el control de constitucionalidad de las leyes a dos altos órganos judiciales superiores, a saber, la Corte Suprema para causas civiles y penales (*Oberster Gerichtshof*), y la Corte Administrativa (*Verwaltungsgerichtshof*). Estos dos altos tribunales no contaban con una acción directa, sino vía incidental, derivada de una causa concreta. No deciden sobre el problema constitucional, sino sólo plantean la cuestión de constitucionalidad ante la Corte Constitucional, lo que provocó que se subsanara la deficiencia de la creación original de Kelsen que sólo permitía acciones directas de determinados órganos políticos y que el propio jurista con su experiencia jurisdiccional advirtió.

Esta preocupación de Kelsen sobre aspectos procesales seguramente proviene de su experiencia como magistrado del tribunal constitucional. En otro apartado de su trascendental trabajo de 1928, también consideró oportuno

...acercar un poco el recurso de inconstitucionalidad interpuesto al tribunal constitucional, a una *actio popularis* y así permitir a las partes de un proceso judicial o administrativo interponerlo contra los actos de autoridades públicas —resoluciones judiciales o actos administrativos— en razón de que, aunque inmediatamente regulares, estos actos han sido realizados en ejecución de una norma irregular, ley inconstitucional o reglamento ilegal. Aquí se trata no de un derecho de acción abierto directamente a los particulares, sino de un medio indirecto de provocar la intervención del tribunal constitucional, ya que se supone que la autoridad judicial o administrativa llamada a tomar una decisión se adherirá a la opinión de la parte y presentará, en consecuencia, la demanda de anulación.

<sup>190</sup> Sobre esta reforma de 1929, véase Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, cit., nota 182, pp. 266-269. La primera reforma constitucional sucedió en 1925, al introducirse una “consulta previa de competencia” que se dirigía a la Corte Constitucional por la Federación o los *Länder* acerca de la titularidad de una determinada competencia. La respuesta dada por dicha Corte podía integrar la constitución (interpretación auténtica). Cfr. *ibidem*, pp. 265 y 266.

Sus preocupaciones sobre aspectos eminentemente procesales también se advierten en su propuesta para crear “un defensor de la Constitución ante el tribunal constitucional que, a semejanza del Ministerio Público en el procedimiento penal, iniciara de oficio el procedimiento de control de constitucionalidad respecto a los actos que estimara irregulares”. O bien la posibilidad de que el tribunal constitucional iniciara de oficio el procedimiento de control contra una norma general de cuya regularidad tenga dudas.

Donde mayor vinculación existe con la materia propiamente procesal es cuando se refiere a la utilidad de ciertos principios como el de “publicidad” y “oralidad” que los considera indispensables en el procedimiento ante el tribunal. Al respecto considera recomendable

...que de una manera general se siga el principio de publicidad y se acen-túe su carácter oral, aunque se trate, principalmente, de cuestiones de es-tricto derecho en que la atención debe centrarse en las explicaciones con-tenidas en los alegatos escritos que las partes pueden presentar —o que deben presentar— al tribunal. Los asuntos que conoce el tribunal constitu-cional son de un interés general tan considerable que no se podría, en prin-cipio, suprimir la publicidad del procedimiento que sólo una audiencia pú-blica garantiza. Inclusive cabría preguntar si la deliberación del Colegio de jueces no debería ser también en audiencia pública.

Es curiosa esta última parte, ya que si bien los tribunales constitucio-nales y en general los órganos jurisdiccionales deliberan a puerta cerrada y algunos aceptan audiencias públicas de alegatos, recientemente la Su-prema Corte mexicana en su carácter material de tribunal constitucional inició la deliberación pública de los asuntos (2005), cuya conveniencia la había advertido Kelsen desde entonces, teniendo en cuenta el principio de la publicidad del proceso.

Otro aspecto de relevancia procesal en la que se detiene Kelsen se vin-cula a las partes que intervienen en el procedimiento. Considera que de-ben tener acceso de control:

...la autoridad cuyo acto es atacado para permitirle defender su regulari-dad; el órgano que interpone la demanda; eventualmente, también el parti-cular interesado en el litigio pendiente ante el tribunal o ante la autoridad administrativa que dio lugar al procedimiento de control o el particular que tenga derecho de someter el acto, inmediatamente, al conocimiento

del tribunal constitucional. La autoridad estaría representada por su jefe jerárquico, por su presidente o por alguno de sus funcionarios, si es posible, versado en derecho. Para los particulares, sería conveniente hacer obligatoria la procuración de abogado en razón del carácter eminentemente jurídico del litigio.

También se preocupó por sentar algunas premisas generales sobre el perfil y nombramiento de los jueces constitucionales: 1) el número de miembros no debe ser muy elevado considerando que es sobre cuestiones de derecho a lo que está llamado el órgano constitucional a pronunciarse; 2) el nombramiento de los jueces no debe ser exclusivo del parlamento, del jefe de Estado o del gobierno, sino que debería combinarse, por ejemplo que el primero elija a los jueces a propuesta del gobierno, que podría designar varios candidatos para cada puesto o inversamente; 3) debe privilegiarse que los candidatos sean juristas de profesión, para lo cual podría concederse a las facultades de derecho o una comisión común de ellas el derecho de proponer candidatos o al propio tribunal, y 4) los jueces no deben ser miembros del parlamento o del gobierno, ya que precisamente sus actos son sujetos de control.

Como puede advertirse no le fueron ajenos a Kelsen los aspectos procesales y que le preocuparon debido a su experiencia como magistrado. Así advirtió cuestiones relevantes relativas a los efectos de la sentencia, modo de iniciar el procedimiento, sujetos legitimados, una posible acción popular, la cualidad de los integrantes del órgano y la adecuada representación de las partes, entre otros aspectos.

Ahora bien, la importancia del presente estudio no sólo radica en sentar las bases de los estudios dogmáticos sobre los tribunales constitucionales, sino también por la repercusión teórica y práctica derivada de la polémica sostenida con Carl Schmitt sobre quién debería ser el defensor de la Constitución. Cuatro años antes del estudio de Kelsen de 1928, Schmitt había presentado en el Congreso de Profesores de Derecho Público realizado en Jena en 1924 su postura,<sup>191</sup> que luego retoma en un en-

<sup>191</sup> Este congreso se realizó en Jena en 1924. La ponencia de Schmitt la denomina *Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Art. 48 der Reichsverfassung*. Cfr. el estudio preliminar de Guillermo Gasió en la obra de Kelsen *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, trad. y notas de Roberto J. Brie, supervisión técnica de Eugenio Bulygin, Madrid, Tecnos, 1995, p. IX.

sayo publicado en 1929<sup>192</sup> y que “elaborado y ampliado” aparece como libro en 1931: *La defensa de la Constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*,<sup>193</sup> a manera de réplica a Kelsen. Como bien se sabe, Kelsen postulaba la necesidad de controlar el ejercicio del poder mediante un órgano jurisdiccional independiente de los tres poderes tradicionales, mientras que Schmitt se inclinaba por una tesis decisionista justificando que el defensor de la Constitución debería radicar en el titular del poder político, en el presidente del Reich, utilizando para ello la teoría política del poder neutral (*pouvoir neutre*) originaria de Benjamin Constant.<sup>194</sup> En el fondo la cuestión se resumía en una contraposición ideológica entre derecho y poder, en la contraposición del normativismo contra el decisionismo.<sup>195</sup>

Unos meses después del libro de Schmitt (1931) aparece la contestación de Kelsen en su obra *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*,<sup>196</sup> defendiendo su postura teórica sobre el control jurisdiccional de la Constitución. Considera que nadie puede ser juez y parte de su propia causa y que por ello quien realiza el control de constitucionalidad debería ser un órgano autónomo e independiente de las funciones del Estado, cuya naturaleza no es política sino semejante a la de los demás órganos jurisdiccionales. Su distinción radica en cuanto a que mientras el tribunal constitucional anula normas actuando como “legislador negativo”, los

<sup>192</sup> “Der Hüter der Verfassung”, *Beiträge zum öffentlichen recht der Gegenwart*, Tübing, núm. 1, 1931; referencia de Pedro de Vega, en el “Prólogo” a la obra de Carl Schmitt, *La defensa de la constitución*, *cit.*, nota 169, p. 11. Sobre este trabajo, véase también García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, Madrid, Civitas, 1994 (3a. reimp. de la 3a. ed. de 1983), pp. 159-163.

<sup>193</sup> *Der Hüter der Verfassung- Beiträge zum öffentlichen Recht der Gegenwart*, traducida al español por Manuel Sánchez Sarto, Madrid, Editorial Labor, 1931. Nosotros consultamos la 2a. ed., con prólogo de Pedro de Vega García, Madrid, Tecnos, 1998.

<sup>194</sup> Sobre la polémica, véase el trabajo de Herrera, Carlos Miguel, “La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 86, octubre-diciembre de 1994, pp. 195-227.

<sup>195</sup> *Cfr.* Córdoba Vianello, Lorenzo, “La contraposición entre derecho y poder desde la perspectiva del control de constitucionalidad en Kelsen y Schmitt”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 15, 2005, pp. 47-68.

<sup>196</sup> “Wer soll der Hüter der Verfassung sein?”, *Die Justiz. Monatsschrift f. Erneuerung d. Deutschen Rechtswesens*, Berlín, 1931, t. 6, pp. 576-828; aparecido también como folleto editado por Grünwald W. Rothschild, Berlín, 1931; citado por Guillermo Gasió, en el “Estudio preliminar” a la obra de Kelsen, *op. cit.*, nota 191, p. X, nota 3.

demás tribunales dirimen controversias específicas. Critica la postura de Schmitt que concibe al parlamento como el único órgano que tiene las atribuciones de crear derecho y especialmente Kelsen dirige sus argumentos en el carácter ideológico del planteamiento de Schmitt al señalar que “La confusión entre *ciencia y política*, hoy tan apreciada, es el típico *método de las modernas formas ideológicas*”.<sup>197</sup>

La importancia del pensamiento de Kelsen,<sup>198</sup> después de la polémica con Schmitt y una vez concluida la Segunda Guerra Mundial, adquiere dimensiones trascendentales en la concepción e interpretación del derecho,<sup>199</sup> en las nuevas Constituciones democráticas y particularmente con la creación de los tribunales constitucionales. Y es ahí donde su concepción sobre las garantías jurisdiccionales de la Constitución a través de un órgano independiente de las tres funciones tradicionales del Estado adquiere fuerza y repercute en todas las ramas del derecho. Como sostiene García de Enterría, la justicia constitucional se ha afianzado definitivamente como una técnica quintaesenciada de gobierno humano y se centra en la cuestión fundamental de reconocer a la Constitución el carácter de norma jurídica.<sup>200</sup>

Por tanto, debemos preguntarnos nuevamente ¿es Kelsen el fundador conceptual del derecho procesal constitucional? Como hemos visto el pensamiento del fundador de la *teoría pura del derecho* impactó en la concepción misma del derecho. Su estudio de 1928 puede ser analizado desde varias disciplinas jurídicas, especialmente por el derecho constitucional y la filosofía del derecho. Si bien ese estudio se refiere específicamente a los instrumentos técnicos jurídicos de la defensa constitucional, lo cierto es que también se encuentra en un plano superior y general de las disciplinas jurídicas. No puede considerarse que sea un ensayo desde

<sup>197</sup> *Ibidem*, pp. 81 y 82.

<sup>198</sup> El pensamiento de Kelsen se refleja en múltiples facetas y disciplinas. Véanse estos variados enfoques en Correas, Óscar (comp.), *El otro Kelsen*, 2a. ed., México, UNAM-Ediciones Coyoacán, 2003.

<sup>199</sup> Para una comprensión de la interpretación jurídica a la luz del positivismo kelseniano, véanse los interesantes estudios de Schmill Ordóñez, Ulises y Cossío Díaz, José Ramón, “Interpretación del derecho y concepciones del mundo” y de Tamayo y Salmoirán, Rolando, “La interpretación constitucional (la falacia de la interpretación cualitativa)”, ambos aparecen en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa, 2005, t. I, pp. 1053-1080 y 1157-1198, respectivamente.

<sup>200</sup> *Cfr.* García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, *cit.*, nota 192, p. 175.

la dogmática procesal, ya que sus planteamientos rebasan de suyo esta dimensión y se ubican en un plano de la teoría general del derecho. Es por ello que pensamos que este estudio constituye no el “nacimiento de la disciplina científica” sino el “origen” de lo que vendría después. Representa el cimiento dogmático sobre el cual se fue construyendo el derecho procesal constitucional desde la corriente del procesalismo científico de la época. Y por ello tiene razón Fix-Zamudio cuando advierte, siguiendo a su maestro, que “el comienzo de la ciencia del derecho procesal constitucional debemos situarlo en el año de 1928”,<sup>201</sup> no porque fuera el fundador como lo advierten estos dos juristas, sino fundamentalmente por iniciar una nueva concepción dogmática en el estudio de la jurisdicción constitucional y por las repercusiones que causó, sirviendo de soporte para la corriente del procesalismo científico.

En efecto, el pensamiento kelseniano impactó en las nuevas Constituciones democráticas y en la creación de los tribunales constitucionales en su dimensión de órganos jurisdiccionales (si bien con atribuciones y dimensiones políticas). Esta construcción dogmática que impactó en instituciones procesales previstas en las nuevas Constituciones, fue advertida por otra corriente que se abría paso en los mismos tiempos: la del procesalismo científico. Con base en aquel estudio pionero de Kelsen y la tendencia del constitucionalismo del momento, se inicia el encuadramiento del fenómeno a la luz del procesalismo científico, apareciendo las aportaciones de Alcalá-Zamora y Castillo, Couture, Calamandrei, Cappelletti y Fix-Zamudio, cuyas contribuciones dogmáticas sucesivas y conjuntas le otorgaron la configuración científica al derecho procesal constitucional.

En general, la construcción científica de las disciplinas constituye una secuencia concatenada del pensamiento al ir construyendo, con base en los predecesores e influjos sociales, políticos y jurídicos del momento, nuevas concepciones y teorías. El propio Alcalá-Zamora así lo advierte para la evolución de la doctrina procesal. Reconoce que las etapas culturales no son compartimientos estancos sino momentos capitales enlazados entre sí.<sup>202</sup> Y es por ello que consideramos de mayor provecho ubicar el periodo histórico en el cual surge la disciplina del derecho procesal constitucional, destacando las contribuciones de sus distintos forjadores.

<sup>201</sup> *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana*, 1955, *cit.*, nota 173, p. 62; “El derecho procesal constitucional”, *La justicia*, 1956, *cit.*, nota 1, p. 12302.

<sup>202</sup> *Cfr.* “Evolución de la doctrina procesal”, *cit.*, nota 107, p. 293.

Para una mayor claridad se pueden advertir cuatro etapas concatenando las contribuciones de estos insignes juristas, hasta llegar a su configuración sistemática como disciplina autónoma procesal:

### 1. *Precursora (1928-1942)*

Se inicia con el trabajo de cimentación teórica de Kelsen, relativo a las garantías jurisdiccionales de la Constitución (1928) y al reafirmarse su postura con la polémica que sostuvo con Carl Schmitt sobre quién debería ser el guardián de la Constitución (1931). En este periodo y en el exilio Kelsen publica en los Estados Unidos un ensayo de corte comparativo entre los controles de constitucionalidad de las leyes austriaco y norteamericano (1942),<sup>203</sup> que constituye el primero en su género, por lo que si bien no tuvo un impacto significativo resulta de utilidad para la disciplina científica.

### 2. *Descubrimiento procesal (1944-1947)*

El procesalista español Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, en sus primeros años de exilio en Argentina (1944-1945) y luego en México (1947), advierte la existencia de una nueva rama procesal y le otorga denominación. En Argentina, al titular su obra *Estudios de derecho procesal (civil, penal y constitucional)* en 1944 y al año siguiente de manera expresa señala que la institución del amparo debe ser considerada dentro del derecho procesal constitucional, en una reseña que realiza a un comentario de un libro en la *Revista de Derecho Procesal* (1945); y en México en las referencias que realiza en su clásica obra *Proceso, autocom-*

<sup>203</sup> Kelsen, Hans, "Judicial Review of Legislation. A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution", *The Journal of Politics*, vol. 4, núm. 2, mayo de 1942, pp. 183-200. Existe traducción al español por Domingo García Belaunde, "El control de la constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las Constituciones austriaca y norteamericana", *Ius et Veritas*, Lima, año VI, núm. 6, 1993, pp. 81-90. Esta última traducción se reproduce en Argentina con nota introductoria de Germán J. Bidart Campos, *El Derecho*, Buenos Aires, año XXXII, núm. 8435, 14 de febrero de 1994, pp. 1-5; así como en España, con nota introductoria de Francisco Fernández Segado, en *Di-reito. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. IV, núm. 1, 1995, pp. 213-231.

*posición y autodefensa (contribución al estudio de los fines del proceso)* en 1947.

### 3. *Desarrollo dogmático procesal (1946-1955)*

Etapa en la cual el mejor procesalismo científico de la época realiza importantes contribuciones para acercarse a la tendencia del constitucionalismo. Es el periodo del estudio de las garantías constitucionales del proceso iniciada por Couture (1946-1948) y del análisis de la jurisdicción constitucional e instrumentos procesales de control a través de las colaboraciones de Calamandrei (1950-1956) y Cappelletti (1955). Couture inicia toda una corriente dogmática en el estudio de las garantías constitucionales del proceso, especialmente del proceso civil, pero utiliza la expresión “garantía” como sinónimo de derecho fundamental y no como mecanismo procesal de defensa. Calamandrei estudia el fenómeno de la jurisdicción constitucional a la luz del procesalismo científico, realizando clasificaciones muy valiosas sobre la caracterización de los sistemas de justicia constitucional y analizando especialmente los efectos de las sentencias constitucionales, pero no lo realiza en su integridad ni advierte la existencia de la disciplina. Cappelletti agrupa el estudio de los instrumentos procesales de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en la categoría que denomina “jurisdicción constitucional de la libertad” que con el paso del tiempo se ha aceptado y luego desarrolla su teoría en el ámbito supranacional, pero no emplea la expresión ni advierte la existencia de una nueva rama procesal.

### 4. *Definición conceptual y sistemática (1955-1956)*

El último eslabón constituye la definición conceptual como disciplina procesal y la realiza Fix-Zamudio en su trabajo relativo a *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo* (1955), publicado parcialmente al año siguiente en diversas revistas mexicanas (1956).

Las aportaciones de aquellos juristas son fundamentales para fraguar el primer estudio dedicado “al análisis de la disciplina científica como objeto de estudio específico” y con la intención de sistematizarla a partir de su naturaleza procesal. Se debe al jurista mexicano Héctor Fix-Zamu-



dio que, recogiendo el hallazgo de su maestro y utilizando el trabajo precursor de Kelsen de 1928 así como las aproximaciones científicas de Calamandrei, Couture y Cappelletti, define y le otorga los contornos científicos a la disciplina, determina su naturaleza jurídica, la conceptualiza dentro del derecho procesal inquisitorial, le otorga un contenido específico y la distingue de lo que es propio del derecho constitucional. Y lo hace en su tesis para lograr el grado de licenciado en derecho (1955), cuyos capítulos fueron publicados por separado al año siguiente en diversas revistas mexicanas (1956).

Y aquí nos volvemos a preguntar ¿quién es el fundador del derecho procesal constitucional? ¿Kelsen por su precursor estudio de 1928 al ser el primero que sienta las bases de la garantía jurisdiccional de la Constitución, en su dimensión concentrada? o ¿Fix-Zamudio en su trabajo de 1955 al representar el primer análisis cuyo objeto de estudio es la ciencia del derecho procesal constitucional?

Siguiendo la misma lógica de la tesis de García Belaunde, sería Fix-Zamudio el fundador conceptual, al haber fijado por vez primera sus contornos científicos, que han servido de base para su aceptación como una nueva rama del derecho procesal. Postura científica cuya construcción sistemática quedó establecida en ese fundamental trabajo de 1955. Fix-Zamudio continuó difundiendo sus ideas (con ciertos matices y desarrollos posteriores) sobre la base de lo que ya había construido en aquel pionero ensayo. No fue sino hasta tiempo después que adquiere vitalidad su postura. Especialmente en Latinoamérica a partir de la década de los ochenta del siglo pasado, con un desarrollo progresivo, a tal grado que en el nuevo milenio se perfila como una más de las disciplinas jurídicas, si bien todavía falta un desarrollo dogmático procesal.

No se puede dudar de la aportación kelseniana al sentar las bases teóricas sobre las cuales descansa la jurisdicción constitucional, en su dimensión concentrada de control de la constitucionalidad, así como la repercusión que causó su estudio de 1928 en la concepción del derecho en general y particularmente en el desarrollo del derecho constitucional. Sus aportaciones a la teoría general del derecho fueron de tal magnitud que influyeron en toda la concepción del derecho y de sus ramas. Es el precursor del derecho procesal constitucional, al establecer los cimientos de lo que vendría después: la acogida de su postulado en el seno mismo del procesalismo científico. Kelsen sembró la semilla. Alcalá-Zamora descu-

bre el pequeño retoño. Couture, Calamandrei y Cappelletti hacen que broten sus primeras ramas. Fix-Zamudio le da la forma para convertirlo en un árbol lo suficientemente visible para que otros lo advirtieran y bajo su sombra se cobijen.

Como veremos más adelante, las aportaciones científicas de Couture, Calamandrei y Cappelletti, desde diversos ángulos acercaron el procesalismo a la corriente del constitucionalismo de la época y resultaron fundamentales para ir configurando procesalmente el fenómeno, hasta llegar a la sistematización integral de la disciplina científica que realiza Fix-Zamudio con base en aquellos desarrollos.

Las aportaciones de estos juristas influyeron notablemente en Fix-Zamudio, pero se debe a él su primer acercamiento conceptual y sistemático como disciplina autónoma procesal. Las contribuciones de estos eminentes procesalistas no se realizaron pensando en la “nueva disciplina” como tal, si bien contribuyeron notablemente en diversos aspectos de su contenido y teniendo en cuenta la cimentación teórica de Kelsen.

De lo anterior se sigue que a pesar de las notables aportaciones de Couture, Calamandrei y Cappelletti, ninguno advirtió la existencia de la “nueva rama procesal”, como sí lo hicieron Alcalá-Zamora y Fix-Zamudio. Maestro y discípulo deben ser considerados como los fundadores del derecho procesal constitucional entendida como disciplina autónoma procesal, si bien el primero en su dimensión “nominal o formal” (siguiendo la tesis de García Belaunde) y el segundo en su aspecto “conceptual o material”. Uno “descubrió” la existencia de la disciplina científica y el otro le otorga “contenido sistemático”, con la intención manifiesta de definir su naturaleza y perfil como rama autónoma procesal.

Fix-Zamudio es el primer jurista que define al derecho procesal constitucional como:

...la disciplina que se ocupa del estudio de las garantías de la Constitución, es decir, de los instrumentos normativos de carácter represivo y reparador que tienen por objeto remover los obstáculos existentes para el cumplimiento de las normas fundamentales, cuando han sido violadas, desconocidas o existe incertidumbre acerca de su alcance o de su contenido, o para decirlo con palabras carnelutianas, son las normas instrumentales establecidas para la composición de los litigios constitucionales.<sup>204</sup>

<sup>204</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo*, cit., nota 173, pp. 90 y 91.

Si bien podría discutirse si esa concepción comprende el contenido integral de la disciplina, lo cierto es que representa la primera definición a manera de aproximación científica y en la cual se incorpora como objeto de estudio de la misma a las “garantías constitucionales” que hoy en día es indiscutible que son parte esencial de su contenido. Como veremos en el epígrafe especial dedicado a esta sistematización científica de Fix-Zamudio, el jurista mexicano realiza un estudio pormenorizado de lo que debemos entender por “garantía” en su concepción contemporánea. Si bien bajo otra óptica existen desarrollos contemporáneos de gran calado como la corriente del “garantismo” realizada por Luigi Ferrajoli,<sup>205</sup> que como acertadamente expresan Miguel Carbonell y Pedro Salazar ha producido todo un movimiento intelectual generando adhesiones y reacciones no sólo entre los penalistas, sino también por los filósofos del derecho y constitucionalistas contemporáneos.<sup>206</sup>

Como bien señala García Belaunde en su sugerente tesis, “para hablar de un fundador del derecho procesal constitucional, necesitamos por un lado que exista el derecho procesal; por otro que lo adjetivemos, o sea, que le demos el nombre y finalmente le demos el contenido”.<sup>207</sup> Y eso es precisamente lo que hicieron maestro y discípulo. Alcalá-Zamora le otorga *nomen iuris* al advertir su existencia (1944-1947) y Fix-Zamudio desarrolla el descubrimiento de su maestro, al precisar su naturaleza y definir su configuración científica (1955-1956). Ambos lo hacen de manera consciente pensando en la “disciplina científica” como “rama procesal”. Por supuesto que el jurista mexicano sistematiza la disciplina a partir del hallazgo de su maestro, de las bases teóricas de Kelsen y en la misma sintonía de la corriente del procesalismo científico que se había acercado al fenómeno constitucional (Couture, Calamandrei y Cappelletti).

<sup>205</sup> Especialmente su magistral obra *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995. Asimismo, sobre la concepción de “garantía” de este autor, véase su importante obra *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 3a. ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2004, p. 25. En general, sobre la corriente garantista que propone este autor, véase Carbonell, M. y Salazar, P. (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta-UNAM, 2005.

<sup>206</sup> “Presentación. Luigi Ferrajoli y la modernidad jurídica”, *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, *cit.*, nota anterior, pp. 11 y 12.

<sup>207</sup> García Belaunde, Domingo, “Dos cuestiones disputadas sobre el derecho procesal constitucional”, *cit.*, nota 176, p. 142.

Couture, por una parte, utiliza la expresión desde 1948 en su clásico *Estudios de derecho procesal civil*. La “Parte Primera” y “Parte Tercera” del tomo I, llevan los títulos: “Tutela constitucional de la justicia” y “Casos de derecho procesal constitucional”. Si nos detenemos en la lectura de su contenido, se advierte que en realidad se refiere, en términos generales, a las dimensiones constitucionales del proceso civil y del debido proceso, lo que ocasionó una nueva dimensión en cuanto al análisis dogmático de las instituciones procesales con trascendencia constitucional. Esta es una aportación fundamental dentro del procesalismo contemporáneo, que llevó años más tarde a que el propio Fix-Zamudio lo considerara como el fundador de una disciplina limítrofe que denominó “derecho constitucional procesal”, perteneciente a la ciencia constitucional,<sup>208</sup> materia a la cual nos hemos referido y a la que regresaremos al analizar esta aportación por el jurista uruguayo. Esa es una de las aportaciones más significativas de Couture al procesalismo científico, al guiar lo que hoy se ha consolidado como las garantías constitucionales del proceso. Sin embargo, no se advierte que el jurista uruguayo tuviera la intención de otorgarle al derecho procesal constitucional la connotación que luego adquirió ni mucho menos que quisiera sistematizarla como “disciplina procesal”.

Como veremos en los siguientes epígrafes, tampoco se ve la referida intención en Calamandrei o en su discípulo Cappelletti. Ambos con importantes contribuciones al contenido de la disciplina, pero sin el afán de su configuración científica. Las aportaciones del profesor florentino se advierten en la influencia que tuvo para la consagración de la Corte Constitucional en la Constitución italiana de 1947 y especialmente por la redacción de importantes ensayos entre 1950 y 1956 (año de su sensible pérdida), como son: “L’illegitimità costituzionale delle leggi nel processo civile” (1950), “La Corte Costituzionale e il processo civile” (1951), “Corte Costituzionale e autorità giudiziaria” (1956) y “La prima sentenza della Corte Costituzionale” (1956), entre otros. Estos trabajos resultan relevantes para el estudio dogmático del proceso constitucional. Aproximan el enfoque procesalista al fenómeno de la jurisdicción constitucional, que pareciera luego abandonarse y reconducirse por el enfoque cons-

<sup>208</sup> Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “Reflexiones sobre el derecho constitucional procesal mexicano”, *Memoria de El Colegio Nacional 1981*, México, El Colegio Nacional, 1982, pp. 37-91.

titucionalista, especialmente a partir de la entrada en funcionamiento de la *Corte Costituzionale* en 1956. Una de las principales aportaciones del maestro florentino es la clásica caracterización de los dos sistemas de control constitucionales: el difuso como “incidental, especial y declarativo” y el concentrado como “principal, general y constitutivo”, distinción que si bien debe matizarse en la actualidad, sigue siendo el punto de partida para cualquier reflexión sobre el particular.<sup>209</sup> Sin embargo, el maestro de Florencia, a pesar de esta notable aportación y de un detenido análisis de los efectos de las sentencias constitucionales, no visualizó la nueva parcela jurídico procesal como “disciplina científica”, por lo que nunca utilizó la expresión ni pudo entonces realizar una aproximación sistemática de la misma, si bien contribuyó notablemente en su contenido.

Asimismo, Cappelletti tuvo un primer acercamiento al haber publicado con tan sólo 28 años de edad (1955) su primera obra: *La giurisdizione costituzionale delle libertà: primo studio sul ricorso costituzionale*,<sup>210</sup> que seis años más tarde tradujera Fix-Zamudio al español: *La jurisdicción constitucional de la libertad. Con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austriaco*.<sup>211</sup> Esta obra representa un riguroso estudio de corte comparativo relativo al análisis sistemático de los diversos instrumentos de protección de los derechos fundamentales. La terminología relativa a la jurisdicción constitucional de la libertad fue acogida por Fix-Zamudio y la considera como uno de los sectores de la disciplina, junto con la dimensión “orgánica” y la “transnacional” que tanto estudió e impulsó el profesor Cappelletti en sus estudios comparatistas a nivel mundial.<sup>212</sup> En los años siguientes aparecieron varias publicaciones tras-

<sup>209</sup> Cfr. Calamandrei, Piero, *L'ilegittimità costituzionale delle leggi*, Padua, CEDAM, 1950, pp. 5 y ss.; existe traducción por Santiago Sentís Melendo, “La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil”, en sus ensayos reunidos en *Instituciones de derecho procesal civil (Estudios sobre el proceso civil)*, Buenos Aires, El Foro, 1996, vol. III, pp. 21 y ss.

<sup>210</sup> Milán, Giuffrè, 1955.

<sup>211</sup> México, UNAM, 1961.

<sup>212</sup> A los tres sectores señalados, nosotros hemos agregado un cuarto que denominamos “derecho procesal constitucional local”, entendido como aquel que estudia los distintos instrumentos encaminados a la protección de los ordenamientos, constituciones o estatutos de los estados (en los regímenes federales), provincias o comunidades autónomas. Cfr. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, México, Fundap, 2002, pp. 53 y 54; asimismo, “Hacia un derecho procesal constitucional

centadales a través de la vinculación del proceso y la Constitución, como se advierte de su obra *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile* (1957), así como la voz “Amparo” (1958) en la *Enciclopedia del Diritto*,<sup>213</sup> y que fue traducida al castellano en ese mismo año en el *Boletín del Instituto de Derecho Comparado* en México por el propio Fix-Zamudio.<sup>214</sup>

Sin embargo, las colaboraciones de Couture, Calamandrei y Cappelletti sólo encuentran sentido con el trabajo de cimentación teórica de Kelsen a manera de “precursor” de la disciplina científica procesal, en la medida en que inició los estudios dogmáticos en la salvaguarda de la Constitución. Fix-Zamudio ha considerado el ensayo de Kelsen de 1928 como la obra fundacional del derecho procesal constitucional, como lo fue el tratado de Oscar Bülow sobre *La teoría de las excepciones dilatorias y los presupuestos procesales* (1968), para el derecho procesal civil y podríamos decir de algún modo la obra de Gerber sobre los *Fundamentos de un sistema del derecho político alemán* (1965) para el derecho público y especialmente para el derecho constitucional. Sin embargo, estos estudios marcaron el inicio de una nueva concepción dogmática y especialmente repercutieron para que después se llegara a la autonomía científica de sus diversas disciplinas. Así sucedió con el derecho procesal y el derecho constitucional, que alcanzaron tal carácter hasta el siglo XX. De la misma manera puede decirse del derecho procesal constitucional. El estudio del fundador de la escuela de Viena repercutió con posterioridad en la dogmática procesal. Resultó fundamental para que se iniciara el análisis dogmático de las categorías procesales en sede constitucional y de los instrumentos procesales de control constitucional (Couture, Calamandrei y Cappelletti, 1946-1956) y para visualizar la existencia de una nueva disciplina procesal en su estudio (Alcalá-Zamora y Castillo, 1944-1947), hasta otorgarle su configuración científica (Fix-Zamudio, 1955-1956).

Los estudios de cimentación teórica de Gerber (1865), Bulow (1868) y Kelsen (1928), marcan el comienzo de la etapa científica del derecho constitucional, derecho procesal y derecho procesal constitucional. Etapa

local en México”, *Anuario Latinoamericano de Derecho Constitucional*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2003, pp. 229-245.

<sup>213</sup> Editada por Dott. Antonino Giuffrè, t. I, 1958.

<sup>214</sup> “Voz Amparo”, trad. de Héctor Fix-Zamudio en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, año XI, núm. 33, septiembre-diciembre de 1958, pp. 63-66.

científica que paulatinamente fue consolidándose con otros estudios posteriores teniendo en cuenta aquellos trabajos pioneros. Para el derecho constitucional (y en general para las ramas del derecho público) se han considerado fundamentales las obras de Vittorio Émmanuele Orlando, *Los criterios técnicos para la reconstrucción del derecho público* (1885) y *Principi di diritto costituzionale* (1889), así como la obra de Georg Jellinek, *Teoría general del Estado* (1900), continúan construyendo la dogmática jurídica constitucional discípulos de Orlando, como Santi Romano y la escuela italiana; contribuyendo notablemente la escuela francesa de derecho constitucional, con autores como Marcel Hauriou, R. Carré de Malberg, Leon Duguit, Maurice Duverger, entre muchos otros. Mientras para el desarrollo del procesalismo científico son fundamentales las obras y polémicas sobre la acción procesal de Windscheid-Muther (1956-1957), anterior a la obra de Bülow, las aportaciones científicas de Kohler: *El proceso como relación jurídica* (1988) y de Wach: *La pretensión de declaración: un aporte a la teoría de la pretensión de protección del derecho*, hasta la famosa prolusión de Giuseppe Chiovenda (1903) sobre *La acción en el sistema de los derechos*, donde perfila los conceptos fundamentales de la ciencia procesal. De ahí seguirían construyendo la disciplina muchos otros como sus discípulos Piero Calamandrei y Francesco Carnelutti o en América Ramiro Podetti y Eduardo J. Couture.

Así puede también considerarse en el derecho procesal constitucional. El estudio precursor lo es el multicitado de Kelsen sobre las garantías jurisdiccionales de la Constitución de 1928. No sólo por sentar las bases teóricas sobre la jurisdicción constitucional como órgano concentrado, sino por la repercusión que provocó su estudio dogmático derivada de la polémica con Carl Schmitt sobre el guardián de la Constitución (1931), que llevó al establecimiento y consolidación paulatina de los tribunales constitucionales a partir de la segunda posguerra. Y a partir de ahí siguieron obras que continuaron en su desarrollo desde la dogmática procesal, como se advierte de las publicaciones de Couture, “Las garantías constitucionales del proceso civil” (1946); de Alcalá-Zamora y Castillo, *Proceso, autocomposición y autodefensa* (1947); de Calamandrei, “L’i-llegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile” (1950); y Cappelletti: *La giurisdizione costituzionale delle libertà: primo studio sul ricorso costituzionale* (1955); hasta llegar al primer estudio sistemático del

derecho procesal constitucional como ciencia, emprendido por Fix-Zamudio: *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana* (1955). Este ensayo no sólo se limita al análisis de las garantías en México, como pudiera inferirse del título, sino que establece un marco teórico conceptual y sistemático de la disciplina jurídica, a manera de último eslabón en su configuración científica. Es por ello que debe considerarse al jurista mexicano como “fundador conceptual” de la ciencia del derecho procesal constitucional, en el entendido de que la “ciencia” se va construyendo a través del pensamiento concatenado de todos estos juristas.

De todo lo dicho en este apasionante debate relativo al fundador de la disciplina, se puede concluir que:

A) La “tesis Sagüés” cobra importancia para comprender que existe una dimensión histórica social de la disciplina, donde debemos acudir para encontrar sus antecedentes y fuentes históricas.

B) La “tesis García Belaunde” representa una aportación trascendental para comprender su origen científico y para distinguir entre el precursor trabajo de Kelsen (1928), respecto del descubrimiento de la disciplina procesal como tal, que como bien lo apunta sucedió con Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (1944-1947), por lo que debemos considerarlo como “fundador nominal”

C) Sin embargo, las contribuciones de Alcalá-Zamora se limitaron a su descubrimiento y a otorgarle el *nomen iuris*, por lo que utilizando la misma lógica debe reconocerse a Héctor Fix-Zamudio (1955-56) como su “fundador conceptual” al haber realizado la primera aproximación sistemática desde la perspectiva de una nueva rama del derecho procesal. En esa concepción sistemática resultaron fundamentales el estudio precursor de Kelsen (1928) y su polémica con Schmitt (1931); el hallazgo de Alcalá-Zamora (1944-1947) y las contribuciones emprendidas desde el mejor procesalismo científico de la época, relativas al estudio de categorías procesales vinculadas con la Constitución de Couture (1946-1948), así como las referidas al análisis más cercano de la jurisdicción y de los instrumentos procesales de protección constitucionales de Calamandrei (1950-1956) y Cappelletti (1955).

D) Por lo tanto, sin negar sus invaluable aportaciones, mismas que impactaron en la teoría general del derecho, debe considerarse a Kelsen como “precursor” de la disciplina científica del derecho procesal constitucional, al haber sentado las bases dogmáticas del estudio de los instru-



mentos jurisdiccionales de la defensa de la Constitución. Especialmente a través de su ensayo de 1928 y ahí es donde debemos ubicar el inicio de la etapa científica de la disciplina, que fue acogida más adelante por el procesalismo científico de la época como basamento de su desarrollo dogmático, hasta su configuración sistemática como disciplina autónoma de naturaleza procesal que realiza Fix-Zamudio en 1955-1956.

A continuación nos referiremos por separado a las contribuciones de cada uno de los insignes procesalistas que fueron fraguando la configuración científica del derecho procesal constitucional (1928-1956).

#### VIII. ALCALÁ-ZAMORA Y EL BAUTIZO DE LA DISCIPLINA (1944-1947)

Niceto Alcalá-Zamora y Castillo nace el 2 de octubre de 1906 en la capital española. Hijo de Niceto Alcalá-Zamora y Torres, primer presidente de la Segunda República española. Estudió derecho en la Universidad Central de Madrid (hoy Complutense, 1928), en la cual se doctoró (1930). Fue profesor ayudante en la Facultad de Derecho de esa misma Universidad y luego catedrático de derecho procesal en Santiago de Compostela, Murcia y Valencia. Debido a la guerra civil española y junto con su familia, tuvo que salir al exilio, que se prologó durante cuarenta años (1936-1976). Pasando por Francia (1936-1940), llega a Argentina (1942-1946) y luego a México (1946-1976), convirtiéndose en uno de los principales procesalistas iberoamericanos.<sup>215</sup>

Representa la generación de los ilustres procesalistas exiliados que formaron “escuela” y llevaron a nuestra América el procesalismo científico que ya se había consolidado en Alemania e Italia, junto con Santiago Sentís Melendo y Marcello Finzi en Argentina; Enrico Tulio Liebman en Brasil; Rafael de Pina Milán en México; y James Goldschmith en Uruguay.

<sup>215</sup> Su *curriculum vitae*, “biografía” y “bibliografía” aparecen en el “Número especial. Estudios de Derecho Procesal en honor de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año VIII, núms. 22-23, enero-agosto de 1975, pp. 7 y ss. En general sobre su vida y obra, véanse las ponencias de Imer B. Flores, Víctor Fairén Guillén, Roberto Omar Berizonce, Federico Carpi y Alberto Saíd, presentadas en la mesa redonda en su honor con motivo del *XII Congreso Mundial de Derecho Procesal*, y que aparecen en el vol. I de las Memorias de dicho evento publicadas por la UNAM en 2005, pp. 3-80.

Su producción científica inició muy temprano en su natal España. Para los efectos que aquí interesan, en 1933 publica en Madrid un ensayo denominado “Significado y funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales”.<sup>216</sup> Éste es un primer influjo de su descubrimiento posterior de la nueva rama procesal, que seguramente ya advertía pero no expresó. En esta primera publicación analiza con detalle el origen del referido Tribunal en la Constitución Republicana de 1931 y emprende el estudio de su significado, funciones y competencias. Se advierte que el destacado procesalista español tenía pleno conocimiento del artículo de Kelsen de 1928, así como de la doctrina constitucional de la época y advierte su influjo directo en la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales español, al señalar que

...la inspiración primitiva, la que recoge la Comisión Jurídica Asesora en el Anteproyecto, procede de la Constitución austriaca del 1o. de octubre de 1920, donde plasman las ideas del profesor Kelsen, y que en sus artículos 137-148 instaura una auténtica *jurisdicción constitucional*, que incluso coincide en el nombre con el que en principio se le dio a la nuestra: *Tribunal de Justicia Constitucional*, luego cambiado en la Comisión Parlamentaria por la denominación vigente, quizás para emplear una rúbrica que refleje mejor lo complejo de su cometido.<sup>217</sup>

Las funciones de ese Tribunal y que advierte “también se da en el modelo austriaco”, las estudia con detenimiento, como el recurso de inconstitucionalidad de las leyes, los conflictos de competencia legislativa, el recurso de amparo, la jurisdicción electoral y la responsabilidad criminal. Llama la atención que ya se refiere a un “proceso constitucional” al dedicarle un apartado especial a “Las partes en el proceso constitucional” sin mayor desarrollo dogmático.

Una segunda aproximación la escribe en su primer exilio en Francia (París y Pau). En París termina la redacción en enero de 1937 del ensayo “El derecho procesal en España, desde el advenimiento de la República al comienzo de la Guerra Civil”, que se publicó al año siguiente original-

<sup>216</sup> Madrid, Reus, 1933, publicación que tiene su origen en la conferencia que pronunciara en la Agrupación Socialista de Santiago, el 9 de marzo de 1933.

<sup>217</sup> *Ibidem*, pp. 511 y 512.

mente en italiano en la *Revista di Diritto Procesuale Civile*.<sup>218</sup> En este trabajo realiza un recuento de la legislación española de la época y advierte la existencia de una “legislación procesal constitucional”, llevándolo al estudio nuevamente del Tribunal de Garantías Constitucionales y también del Tribunal de Cuentas, limitándose a la exposición de su composición y atribuciones.

En 1940 deja Pau y comienza su odisea trasatlántica rumbo a Buenos Aires que terminaría 441 días después, habiendo pasado por Dakar, Casablanca, Veracruz y Cuba, en diversas navegaciones. En su exilio argentino llega a ser profesor de derecho procesal penal del Instituto de Altos Estudios Penales y de Criminología de la Universidad de la Plata. Continúa su producción científica, destacando su *derecho procesal penal* (con Ricardo Levene),<sup>219</sup> y es en esa época donde recopila “una serie de trabajos de mi dispersa labor como procesalista” como lo refiere en el prólogo de su libro *Ensayos de derecho procesal (civil, penal y constitucional)*, en el cual recoge los dos trabajos anteriores de 1933 y 1937 y le dedica un apartado al libro con la denominación de “Enjuiciamiento y Constitución”. Sin embargo, la importancia de esta publicación radica en el título de la obra, donde por vez primera aparece la denominación de la disciplina.

Al año siguiente, en un brevísimo comentario aparecido en la *Revista de Derecho Procesal* (1945)<sup>220</sup> y comentando un artículo de Emilio A. Christensen con la denominación de “Nuevos recursos de amparo en la legislación procesal argentina. Los *writs* de *mandamus* e *injunctio*”,<sup>221</sup> señala un error de sistemática que supone haber llevado los recursos de amparo de los derechos y garantías individuales a un código de procedimiento civil, como si fuesen un juicio de procedimiento y advierte “la naturaleza inequívocamente procesal constitucional del amparo de garantías”. Y así asevera que cuando en la Constitución se establecen los recursos de inconstitucionalidad y de amparo “instaura, con independencia de la jurisdicción a que los encomiende y del procedimiento que para su

<sup>218</sup> *Rivista di Diritto Procesuale Civile*, núm. 2, 1938, pp. 138-175. Este trabajo quedó recopilado en su obra *Estudios de derecho procesal (civil, penal y constitucional)*, cit., nota 80, pp. 503-536.

<sup>219</sup> Buenos Aires, 1944.

<sup>220</sup> Buenos Aires, 1a. parte, año III, 1945, pp. 77 y 78.

<sup>221</sup> Este estudio de Emilio A. Christensen apareció en la *Revista del Colegio de Abogados de Santiago del Estero*, t. I, núm. 2, diciembre de 1944, pp. 67-92.

tramitación se siga, unas instituciones que pertenecen al derecho procesal constitucional, tan inconfundible con el procesal civil o el procesal penal, como éstos pueden serlo entre sí”.<sup>222</sup> Esta reseña fue recopilada en México en su obra *Miscelánea procesal* (1978) cuando ya había retornado a España.<sup>223</sup>

Como puede advertirse, es en esta breve reseña donde el profesor español tiene la chispa de advertir la existencia de un “derecho procesal constitucional” como disciplina autónoma procesal. Es aquí por primera vez donde estima que dentro de ella encuentran cabida los instrumentos procesales de control de la constitucionalidad, rama que estima debe diferenciarse de los tradicionales (procesal civil o procesal penal) “como éstos puedan serlo entre sí”, lo que refleja la claridad de su postura de considerar al derecho procesal constitucional como nueva disciplina procesal, tan autónoma como la procesal civil o penal.

Alcalá-Zamora llegaría a México en el año de 1946, permaneciendo treinta años hasta su regreso definitivo a España en 1976. Ingresó en ese año a la Escuela Nacional de Jurisprudencia (hoy Facultad de Derecho de la UNAM) y desde 1957 como investigador titular de tiempo completo en el Instituto de Derecho Comparado (hoy Instituto de Investigaciones Jurídicas de la misma Universidad). Se ha considerado que el arribo del jurista español representa el inicio de la etapa científica del procesalismo mexicano, no sólo por su vasta e importante obra y por traer a México los adelantos de Alemania, Italia y España, sino también por haber forjado una importante escuela, donde se ubica Fix-Zamudio como uno de sus más destacados discípulos.<sup>224</sup> Esta etapa de florecimiento científico alcanzó a varias ramas del derecho, debido al exilio de una pléyade de juristas españoles.<sup>225</sup>

<sup>222</sup> *Ibidem*, p. 78.

<sup>223</sup> *Cfr.* su obra *Miscelánea procesal*, México, UNAM, 1978, t. II, pp. 101-103.

<sup>224</sup> Además de Fix-Zamudio, entre los discípulos más cercanos a Niceto Alcalá-Zamora y Castillo se encuentran, por orden alfabético: Humberto Briseño Sierra, Sergio García Ramírez, Cipriano Gómez Lara, José Ovalle Favela, José Luis Soberanes Fernández y Santiago Oñate.

<sup>225</sup> Una de las aulas de la Facultad de Derecho de la UNAM lleva por nombre (desde octubre de 2003): “*Maestros del Exilio Republicano Español*” y en la cual aparece una placa con sus nombres: Niceto Alcalá Zamora y Castillo, Rafael Altamira y Crevea, Fernando Arill Bas, Constancio Bernaldo de Quirós, Ricardo Calderón Serrano, Demófilo de Buen Lozano, Rafael de Pina Milán, Francisco Carmona Nenclares, Javier

En ese contexto y dos años después del hallazgo de la nueva disciplina procesal que advertía en aquella reseña argentina de 1945, publica en México una obra que es considerada clásica en la corriente del mejor procesalismo científico: *Proceso, autocomposición y autodefensa (contribución al estudio de los fines del proceso)*.<sup>226</sup>

En este trabajo claramente se refiere al “surgimiento de un proceso constitucional” y considera a Kelsen “como fundador de esta rama procesal” debido a la consagración de la jurisdicción constitucional en la Constitución austriaca del 1o. de octubre de 1920 y especialmente por su famoso artículo de 1928. Debido a que en el epígrafe anterior nos hemos dedicado a esta importante obra, sólo anotamos que Alcalá-Zamora reitera su posición relativa a la nueva disciplina procesal.

Alcalá-Zamora y Castillo no vuelve sobre el tema y sólo aborda algunos aspectos de manera tangencial.<sup>227</sup> Reitera su postura de la existencia de la disciplina en un documentado trabajo publicado en México<sup>228</sup> y luego aparecido en libro en España: *La protección procesal internacional de los derechos humanos*.<sup>229</sup> En este libro se cuestiona cuál es la disciplina procesal que debe estudiar los derechos humanos y al analizar las denominaciones de Cappelletti relativa a la “jurisdicción constitucional de la libertad” y al “derecho procesal de amparo mexicano” y de las “garan-

Elola Fernández, Ramón de Ertze Garamendi, José Gaos, José María Gallegos Rocafull, Luis Jiménez de Asúa, Mariano Jiménez Huerta, Victoria Kent, Javier Malagón Barceló, Manuel Martínez Pedroso, José Medina Echavarría, José Miranda González, Luis Recaséns Siches, Wanceslao Roces, Joaquín Rodríguez y Rodríguez, Mariano Ruiz Funes, Antonio Sacristán Colás, Felipe Sánchez Román, Manuel Sánchez Sarto y José Urbano Guerrero. Véase también, varios autores, *El exilio español y la UNAM*, México, UNAM, 1987.

<sup>226</sup> México, UNAM, 1947.

<sup>227</sup> Alcalá-Zamora y Castillo no vuelve a referirse de manera puntual sobre la disciplina. Sin embargo, en algunas ocasiones analiza determinadas instituciones o procesos constitucionales, como por ejemplo, *Tres estudios sobre el mandato de seguridad brasileño*, México, UNAM, 1963, en colaboración con Héctor Fix-Zamudio y Alejandro Ríos Espinoza; o bien al advertir algunos antecedentes como el control jurisdiccional de la ilegalidad de los reglamentos desarrollado por la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, *cfr. Proceso, autocomposición y autodefensa*, nota anterior p. 206 (1a. ed. de 1947).

<sup>228</sup> *Cfr.* Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, “La protección procesal internacional de los derechos humanos”, en varios autores, *Veinte años de evolución de los derechos humanos*, México, UNAM, 1974, pp. 294-296.

<sup>229</sup> Madrid, Civitas, 1975, pp. 46-49.

tías constitucionales” español, señala que “el amparo, habitualmente designado cual *juicio constitucional*, no es sino uno de los instrumentos de una disciplina más amplia, el *derecho procesal constitucional* —caracterización que se incluye en la fórmula de Cappelletti y en la española—, creemos que éste es el nombre preferible, sin más aclaración que la de que el mismo funciona en dos planos o niveles: interno e internacional”.<sup>230</sup>

En su obra *Veinticinco años de evolución del derecho procesal (1940-1965)* se refiere a la “expansión de la justicia constitucional” como una de las preocupaciones y tendencias de naturaleza procesal manifestadas durante ese periodo.<sup>231</sup> Sin embargo, Alcalá-Zamora no entra al tema y se limita a remitir “a la exhaustiva conferencia de Fix-Zamudio” con motivo del ciclo de conferencias del vigesimoquinto aniversario de la fundación del “Instituto de Derecho Comparado de México” (hoy de Investigaciones Jurídicas de la UNAM)<sup>232</sup> y que luego convirtiera en el libro denominado *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1965)*.<sup>233</sup>

Después de cuarenta años regresa a España en 1976 y muere en Madrid en 1985. Su aportación al derecho procesal constitucional consiste en ser el primero que utiliza la expresión como una nueva rama del derecho procesal. Y es por ese “genial hallazgo” que debe considerarse como fundador de la disciplina, como bien lo propone recientemente Domingo García Belaunde. Y este honroso calificativo debe también extenderse a su discípulo Fix-Zamudio que al desarrollar la idea de su maestro le confiere el contorno científico como disciplina autónoma procesal, corriente que ha retomado nuevos horizontes a partir de la década de los ochenta

<sup>230</sup> *Ibidem*, p. 49.

<sup>231</sup> Cfr. Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Veinticinco años de evolución del derecho procesal (1940-1965)*, México, UNAM, 1968, p. 143. Este libro es producto de la conferencia que dictó el 14 de mayo de 1965 dentro del ciclo de conferencias “Veinticinco años de evolución jurídica: 1940-1965”.

<sup>232</sup> Sobre esta celebración, véase Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto (ed.), *XXV Aniversario del Instituto de Derecho Comparado de México (1940-1965). Historia, actividades, crónica de las bodas de plata*, México, UNAM, 1965.

<sup>233</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1965)*, México, UNAM, 1968. Este libro fue producto de la conferencia que bajo el mismo título impartió el 10 de mayo de 1965 en la Facultad de Derecho de la UNAM, con motivo de las bodas de plata del Instituto de Derecho Comparado de México.

del siglo pasado al ser acogida especialmente en Latinoamérica por un importante número de juristas.

#### IX. COUTURE Y LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL PROCESO (1946-1948)

La constitucionalización del ordenamiento jurídico se ha caracterizado como un fenómeno en expansión a partir de la segunda posguerra. Si bien Guastini habla de “condiciones de constitucionalización”,<sup>234</sup> también se advierte como una de sus múltiples manifestaciones la incorporación de principios e instituciones procesales al propio ordenamiento constitucional. La vinculación de las categorías procesales con la Constitución adquirió relevancia a partir de los estudios dogmáticos emprendidos por Eduardo Juan Couture.<sup>235</sup>

Una primera aproximación la realiza en su ensayo “Las garantías constitucionales del proceso civil” en 1946,<sup>236</sup> que luego apareciera en su clásico *Estudios de derecho procesal civil* (1948).<sup>237</sup> En esta obra Couture advierte que “la doctrina procesal moderna tiene aún una etapa muy significativa que cumplir. Un examen de los institutos que nos son familiares en esta rama del derecho, desde el punto de vista constitucional, constituye una empresa cuya importancia y fecundidad no podemos todavía determinar”.<sup>238</sup>

<sup>234</sup> Este fenómeno de la constitucionalización del ordenamiento jurídico tiene varias dimensiones y facetas. Guastini habla de siete condiciones para que un ordenamiento se considere como impregnado por las normas constitucionales. *Cfr.* Guastini, Riccardo, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, trad. de José María Lujambio, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta-UNAM, 2003, pp. 49-73.

<sup>235</sup> Para una semblanza de su vida, véase Gelsi Bidart, Adolfo y Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, “Eduardo J. Couture (Datos biográficos)”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 24, octubre-diciembre de 1956, pp. 13 y ss.

<sup>236</sup> Publicado en la obra *Estudios de derecho procesal en honor de Hugo Alsina*, Buenos Aires, Ediar, 1946, pp. 151 y ss. En México se publicó en *Anales de Jurisprudencia*, ts. LXV-LXVI, abril-mayo y julio-septiembre, 1950; y en *Foro de México*, núms. 27-30, junio-septiembre de 1955.

<sup>237</sup> *Cfr.* *Estudios de derecho procesal civil*, t. I: *La Constitución y el proceso civil*, reimp. de la 3a. ed., al cuidado de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Depalma, pp. 19 y ss. La primera edición es de 1948.

<sup>238</sup> *Ibidem*, pp. 21 y 22.

Sus aportaciones tuvieron muy pronto eco por la mejor doctrina procesal,<sup>239</sup> a tal extremo que a la distancia se aprecia que fue el iniciador de toda una corriente dogmática que se ha consolidado firmemente en la actualidad,<sup>240</sup> hasta la existencia reciente de unas “Bases constitucionales para un proceso civil justo”.<sup>241</sup>

En la “Tercera Parte” de la obra citada, el profesor uruguayo se refiere a “Casos de derecho procesal constitucional”.<sup>242</sup> Si bien utiliza la expresión “derecho procesal constitucional” no se advierte en ningún momento que la empleara para referirse a los instrumentos procesales de regularidad constitucional, sino más bien al debido proceso y otras instituciones procesales en su dimensión constitucional.

Ahora bien, ¿todas las instituciones procesales establecidas en la Constitución son materia de análisis de la ciencia procesal? Esta es un interrogante de plena significación y objeto de debate para determinar el contenido mismo del derecho procesal constitucional. En la actualidad el “debido proceso legal” se convirtió en una categoría constitucional, al pasar a constituirse como un “debido proceso constitucional”. Como señala Gozaíni, “el proceso como herramienta al servicio de los derechos sustanciales pierde consistencia: no se le asigna un fin por sí mismo, sino para realizar el

<sup>239</sup> *Cfr.*, entre otros, Liebman, Enrico Tullio, “Diritto costituzionale e processo civile”, *Rivista di diritto processuale*, Padua, 1952, pp. 327-332. Existe traducción en la *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Montevideo, junio-julio de 1953, pp. 121-124. Fix-Zamudio, Héctor, “El pensamiento de Eduardo J. Couture y el derecho constitucional procesal”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año X, núm. 30, septiembre-diciembre de 1977, pp. 315-348; reproducido en la *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, cuarta época, año XXIV, núm. 1: “Estudios en honor de Eduardo J. Couture”, Montevideo, enero-junio de 1980, t. I, pp. 69-107; *id.*, *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, México, UNAM, 1974. “Las garantías constitucionales de las partes en el proceso civil de Latinoamérica”, *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, año XVI, núm. 33, julio-diciembre de 1974, pp. 105-186.

<sup>240</sup> Entre la abundante bibliografía contemporánea, véanse los trabajos generales de Ovalle Favela, José, *Las garantías constitucionales del proceso*, 3a. ed, México, Oxford, 2007; Picó I Junoy, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, Bosch, 1997 (existe 3a. reimp. en 2002).

<sup>241</sup> Elaboradas por José Ovalle Favela y presentadas como ponencia, en las XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal (Málaga, octubre de 2006).

<sup>242</sup> *Estudios de derecho procesal civil, cit.*, nota 237, t. I, pp. 193-265.



derecho que viene a consolidar”.<sup>243</sup> Y bajo esa concepción algún sector de la doctrina considera como superficie de estudio del derecho procesal constitucional a las instituciones o categorías procesales (acción, debido proceso, etcétera) contenidas en la Constitución.<sup>244</sup>

El problema de la trascendencia constitucional de las instituciones procesales constituye un “área o zona común” entre lo “constitucional” y lo “procesal”. Si bien la pertenencia hacia una u otra constituye un planteamiento eminentemente teórico, resulta relevante para demarcar las particularidades del estudio de las disciplinas. Así, para coadyuvar en esta distinción, Fix-Zamudio no sólo acoge la postura de Couture relativo a las garantías constitucionales del proceso,<sup>245</sup> sino que en un desarrollo posterior de evolución las agrupa en una nueva disciplina denominada “derecho constitucional procesal”, que tiene por objeto el examen de las normas y principios constitucionales que contienen los lineamientos de los instrumentos procesales, cuya estima debe ser estudiada desde la óptica y dentro del derecho constitucional.<sup>246</sup> En cambio, el “derecho procesal constitucional” como disciplina de confluencia y limítrofe con aquélla, la considera como objeto de estudio de la ciencia procesal.

Comenta Fix-Zamudio recordando al maestro de Montevideo,

<sup>243</sup> Gozaíni, Osvaldo Alfredo, “El debido proceso en la actualidad”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 2, julio-diciembre de 2004, pp. 57-70, en p. 65.

<sup>244</sup> Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Derecho procesal constitucional y derechos humanos (vínculos y autonomías)*, México, UNAM, 1995, pp. 77 y ss.; García Belaunde, Domingo, “Sobre la jurisdicción constitucional”, en Quiroga León, Aníbal (coord.), *Sobre la jurisdicción constitucional*, Lima, PUCP, 1990, pp. 33 y ss.

<sup>245</sup> Véase, entre otros, su trabajo “Las garantías de las partes en el proceso civil de Latinoamérica”, *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, año XVI, núm. 33, julio-diciembre de 1974, pp. 105-186.

<sup>246</sup> Cfr. sus trabajos, “El pensamiento de Eduardo J. Couture y el derecho constitucional procesal”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, cit., nota 239, pp. 315 y ss.; “Ejercicio de las garantías constitucionales sobre la eficacia del proceso”, *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1988, pp. 463-542; “Reflexiones sobre el derecho constitucional procesal mexicano”, *Memoria de El Colegio Nacional 1981*, México, El Colegio Nacional, 1982, pp. 37-91; y “Breves reflexiones sobre el concepto y contenido del derecho constitucional procesal”, en el libro colectivo coordinado por el ministro Juventino V. Castro y Castro. *Estudios en honor de Humberto Román Palacios*, México, Porrúa, 2005, pp. 95-117.

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.<sup>247</sup>

La postura de Fix-Zamudio paulatinamente ha tenido aceptación,<sup>248</sup> con las dudas de algunos juristas. García Belaunde ha sostenido que más que un juego de palabras, estamos ante un crecimiento innecesario de disciplinas jurídicas y el hecho de que sean los constitucionalistas los que con mayor intensidad se dediquen a su análisis no puede llevarnos a la aceptación de esa nueva rama, “que pese a su utilidad docente, carece de rigor científico”.<sup>249</sup>

En el fondo todavía no existe precisión metodológica en la ubicación de ciertas instituciones procesales que se han elevado a rango constitucional. Especialmente sucede con aquella cuyos orígenes se remontan a la Carta Magna inglesa de 1215, llevada a cabo por el rey Juan, motivada por las demandas formuladas por los barones de Runnymede, con el fin de reconocer a los nobles ciertos derechos feudales, entre ellos el establecido en la cláusula 39: “*Ningún hombre libre será arrestado, aprisionado, desposeído de su dependencia, libertad o libres usanzas, puesto fuera de la ley, exiliado, molestado en alguna manera, y nosotros no meteremos, ni haremos meter la mano sobre él, sin en virtud de un juicio legal de sus iguales según la ley de la tierra*”; y la expresión *due process*

<sup>247</sup> Fix-Zamudio, Héctor, “El pensamiento de Eduardo J. Couture y el derecho constitucional procesal”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, cit., nota 239, pp. 78 y 79.

<sup>248</sup> Entre los autores que han aceptado al “derecho constitucional procesal” se encuentran, entre otros, Sagués, Néstor P., *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*, cit., nota 175, pp. 3 y 4; Picó i Junoy, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*, cit., nota 240, p. 15; Rodríguez Domínguez, Elvito, *Manual de derecho procesal constitucional*, op. cit., nota 55, pp.112-120; Rey Cantor, Ernesto, *Derecho procesal constitucional. Derecho constitucional procesal. Derechos humanos*, Bogotá, Ed. Ciencia y Derecho, p. 138.

<sup>249</sup> *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, Temis, pp. 9-11.

*of law* como tal se acuña en 1354, en el Estatuto expedido por el rey Eduardo III. La garantía del debido proceso fue motivo acogida en diversos documentos, desde el *Habeas Corpus Act* de 1679, la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que refrendaron las Cartas Constitucionales de 1795 (artículo 11) y de 1814 (artículo 4o.), hasta la V enmienda a la Constitución estadounidense de 1791 y la evolución que ha experimentado derivado de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos que comprende no sólo el *adjective due process of law*, sino como una garantía dirigida a la aplicación de la ley de manera justa y razonable, esto es *sustantive due process of law*.<sup>250</sup>

Las connotaciones del debido proceso legal, proceso justo o garantía de audiencia que se suelen emplear para identificar a esta categoría procesal es motivo de profundos y prolijos estudios en la actualidad debido a su concepción como garantía constitucional. Suele suceder que se confunda su caracterización como derecho fundamental —debido a que en muchas ocasiones se encuentra en el capítulo relativo a la parte dogmática de las constituciones—, con aquella otra dimensión de la tutela de los derechos a través de los procesos y procedimientos constitucionales diseñados para lograr su efectividad. Y ahí radica parte del problema para la ubicación de su estudio científico. Las categorías procesales elevadas a derechos fundamentales deben ser estudiadas a la luz de la metodología e ideología del derecho constitucional, como cualquier otro derecho constitucional que se encuentre en la propia ley fundamental. Y ello con independencia que también debe ser analizada a la luz del procesalismo, en tanto que sus proyecciones como garantía constitucional —debido proceso— impactan a todo el ordenamiento secundario donde se encuentran los procesos civiles, penales, laborales, etcétera.

A partir de esta realidad debemos preguntarnos si es apropiado incluir esta institución y otras categorías procesales en el derecho procesal constitucional. Si se acepta esta postura, la disciplina en cuestión tendría que dividirse por lo menos en tres sectores, según la naturaleza de las institu-

<sup>250</sup> Cfr. Carbonell, Miguel, y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo “Comentario al artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, *Derechos del pueblo mexicano, México a través de sus Constituciones*, México, Cámara de Diputados-Senado de la República-Suprema Corte de Justicia de la Nación-Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación-Instituto Federal Electoral-Miguel Ángel Porrúa, 2006, t. XVI, pp. 506-526.

ciones. El primero comprende los instrumentos preferentemente procesales (procesos y procedimientos) para evitar el quebranto o restablecer la normativa constitucional, así como el análisis de la jurisdicción y órganos que los conoce. Un segundo sector se dirige al análisis de las garantías constitucionales del proceso en la dimensión establecida por Couture, entre las que se encuentra la acción y el debido proceso legal. Y un último sector comprendería aquellas categorías procesales que sin tener la caracterización anterior, representan instituciones que deben analizarse desde el ámbito procesal, como pueden ser las garantías judiciales que garanticen la independencia e imparcialidad del juzgador.

Esta concepción amplia del contenido del derecho procesal constitucional descansa en una premisa: considerar como su materia de estudio cualquier institución, categoría o principio procesal que se encuentre contenida en la Constitución. En cambio, una versión acotada de la disciplina se reduce propiamente al primer sector. Sólo a los instrumentos o mecanismos procesales de protección de la Constitución diseñados como tales, así como la jurisdicción y órganos que se encargan de resolverlos.

Si se acepta esta superficie reducida del derecho procesal constitucional, debe delinearse, por consiguiente, el ámbito de estudio científico de las diversas categorías procesales. ¿Dónde deben estudiarse?, ¿en el ámbito constitucional a pesar de ser instituciones procesales?, ¿o en el ámbito procesal?, ¿en ambos con diferentes perspectivas? Si aceptamos estudiarla en el derecho procesal ¿en qué parcela o rama procesal se incluiría?, ¿en la teoría general del proceso?

En este intento delimitador de las categorías procesales incardinadas en la Constitución, la propuesta sistemática de Fix-Zamudio cobra importancia para 1) delimitar con mayor nitidez el contenido propio del derecho procesal constitucional; y 2) agrupar las restantes categorías procesales previstas en la Constitución. Ahora bien, en esta última dirección y con el afán de establecer lo que es ciencia constitucional y ciencia procesal, el profesor mexicano abre una nueva vertiente con base en los estudios pioneros de Couture para advertir que estamos en el terreno de la ciencia constitucional y dentro de ella deben estudiarse estas categorías procesales a manera de una nueva disciplina limítrofe y de confluencia denominada derecho constitucional procesal, cuyo contenido divide en tres sectores, a saber: *a)* la jurisdicción; *b)* las garantías judiciales (esta-

bilidad, inamovilidad, remuneración, responsabilidad, etcétera), y *c*) las garantías de las partes (acción procesal, debido proceso, etcétera).<sup>251</sup> Se puede o no estar de acuerdo con la postura, pero lo cierto es que representa un primer intento para delimitar el contenido del derecho procesal constitucional en su dimensión científica y hasta el día de hoy no existe otra construcción dogmática en ese sentido.

Como puede apreciarse, la nueva vertiente relativa a las garantías constitucionales del proceso que iniciara Couture hace más de cincuenta años ha tenido una recepción importante en la corriente del procesalismo científico y todavía no existe una aceptación convencional y generalizada en el lugar donde debe estudiarse en el concierto de las disciplinas jurídicas.

#### X. CALAMANDREI Y SU CONTRIBUCIÓN DOGMÁTICA PROCESAL-CONSTITUCIONAL (1950-1956)

Piero Calamandrei (1889-1956) fue un defensor de la libertad y la justicia. Desde joven luchó contra el régimen autoritario y tuvo una apasionada vida.<sup>252</sup> Representa, junto con Francesco Carnelutti, las cabezas de la escuela del procesalismo científico italiano que heredaron de Giuseppe Chiovenda. Su liderazgo científico lo llevó a ser rector de la Universidad de Florencia en dos ocasiones (1943-1944) y a redactar junto con Carnelutti y Redenti el Código de Procedimientos Civiles italiano de 1940.<sup>253</sup>

Calamandrei formó escuela y dentro de ella inculcó la necesidad del estudio de la defensa de los derechos a uno de sus principales discípulos: Mauro Cappelletti. En palabras del discípulo:

<sup>251</sup> Sobre el contenido del derecho constitucional procesal y su delimitación con el derecho procesal constitucional, véase Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, cit., nota 21, pp. 216-231; del primero de los autores, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2005, pp. 107 y ss.

<sup>252</sup> Una semblanza de la vida y obra del jurista italiano puede verse en Cappelletti, Mauro, "Piero Calamandrei (Datos biográficos)" y Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto y Fix-Zamudio, Héctor, "Bibliografía de Piero Calamandrei", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. VI, núm. 24, octubre-diciembre de 1956, pp. 9-11 y 17-40, respectivamente.

<sup>253</sup> Cfr. Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, "Calamandrei y Couture", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, cit., nota anterior, pp. 81-113.

Piero Calamandrei fue procesalista porque fue amante de la libertad; fue gran procesalista, gran jurista, porque fue grande y vigoroso defensor de la libertad. Proceso significa para Calamandrei, tutela del derecho del hombre; y el derecho es entendido por él, como el manto protector de la libertad. Estas fueron las “tesis” que su obra de jurista estuvo dirigida a demostrar; y no solamente la obra del jurista, sino su vida entera, desde sus manifestaciones más íntimas, hasta sus actuaciones públicas y políticas. Sus enseñanzas se reflejan y se reflejarán en la vida pública de nuestro país, porque la suya fue una obra de coherencia, de pasión, de perseverancia y de talento, que no habrá podido y no puede sino fascinar a todos aquellos que sean amantes de la libertad, de esa libertad por él tan amada. Su obra lo ha situado al nivel de las más grandes figuras de la historia italiana de nuestro siglo; al lado de Benedetto Croce, para el cual la realidad misma es *historia de la libertad*...<sup>254</sup>

Estas palabras del joven investigador Cappelletti y aun promesa de jurista, las escribió el mismo año de la sensible pérdida de su maestro en 1956, publicadas en un número emblemático de la *Revista de la Facultad de Derecho de México* de ese año, dedicado en memoria de Piero Calamandrei y Eduardo J. Couture (que por azares del destino partieron con pocos meses de diferencia en ese año); y que luego reprodujera con ligeros cambios en 1957 en *In Memoria di Piero Calamandrei*,<sup>255</sup> recopilando la obra escrita de su gran maestro florentino.

Desde muy joven dio muestras de su gran talento al escribir su monumental obra *La cassazione civile*,<sup>256</sup> en dos gruesos volúmenes. Su vasta obra en los más variados temas procesales se prolongaron durante toda su vida, destacando su sensibilidad entre la teoría y la práctica forense, como queda reflejada en su inmortal *Elogio dei Giudici scritto da un Avvocato*.<sup>257</sup> Por lo que aquí nos interesa, sus aportaciones al derecho

<sup>254</sup> “Piero Calamandrei y la defensa jurídica de la libertad”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, cit., nota 252, pp. 153-189.

<sup>255</sup> Padua, Cedam, 1957, especialmente, “Piero Calamandre e la difesa giuridica della libertà”, pp. 44-78.

<sup>256</sup> Vol. I: *Storia e legislazioni*, vol. II: *Disegno generale dell'istituto*, Milán-Turín-Roma, Fratelli Bocca Editori, 1920.

<sup>257</sup> Florencia, Le Monnier, 1935. Ese mismo año fue traducido por Santiago Sentís Melendo e Isaac J. Medina, Madrid, Góngora, 1935. Existen numerosas ediciones y traducciones al español por varias editoriales y países.

procesal constitucional se circunscriben a su activa participación en la Constitución italiana de 1947 y en sus publicaciones entre 1950 y 1956.

Durante esa etapa Calamandrei trazó puentes entre la ciencia procesal con el proceso y la jurisdicción constitucional. El profesor florentino fue uno de los primeros procesalistas italianos en comprender la vinculación que debe existir entre el procesalismo científico y el fenómeno constitucional. Lo cual se explica si tenemos en consideración que los últimos años de la vida de Calamandrei los dedicó al derecho constitucional. Incluso llegó a ser profesor de dicha materia después de la Segunda Guerra Mundial. Tuvo un intenso paso por la vida pública, especialmente como constituyente formando parte de los trabajos preparatorios en la llamada “comisión de los setenta y cinco”, influyendo notablemente en la Constitución italiana, promulgada el 1o. de enero de 1948. Se le atribuye a Calamandrei una influencia importante en la configuración del diseño del Poder Judicial, de la Corte Constitucional italiana, así como del control de la constitucional de las leyes.<sup>258</sup>

Y precisamente derivada de sus ideas surgidas y defendidas en la etapa como constituyente,<sup>259</sup> publica en 1950 su trascendental obra pionera en Italia relativa a *L' illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*,<sup>260</sup> traducida al español por Santiago Sentís Melendo en 1962.<sup>261</sup> Inicia Calamandrei una batalla en defensa de la nueva Constitución que sufría de opositores. Su discípulo Cappelletti así lo advierte:

Pero la batalla más fructuosa, la verdaderamente fundamental para los destinos de nuestro país, fue conducida por Piero Calamandrei, también durante

<sup>258</sup> Cfr. Cappelletti, M., “Piero Calamandrei y la defensa jurídica de la libertad”, trad. H. Fix-Zamudio *Revista de la Facultad de Derecho de México*, cit., nota 252, p. 178.

<sup>259</sup> En los años posteriores a la aprobación de la nueva Constitución, Calamandrei defendió las instituciones previstas en ella y a la propia ideología constituyente. Véanse, entre otros, “Mantener fede alla Costituzione”, Roma, Tipografia della Camera dei Deputati, 1949, p. 24; “Ostili e democristiani alla Corte Costituzionale”, *Milano Sera*, Milán, 6-7 de diciembre de 1950; “Si mette in pericolo la costituzionalità” della Corte costituzionale, Roma Tipografia della Camera dei Deputati, 1950, p. 30 (publicado también en *Uomini*, pp. 145-160); “Relazione del deputato Piero Calamandrei sul potere giudiziario e sulla Suprema corte costituzionale”, *Assemblea Costituente: Atti della Commissione per la Costituzione*, vol. II: *Relazioni e proposte*, Roma, s.f., pp. 200 y ss.

<sup>260</sup> Padua, CEDAM, 1950.

<sup>261</sup> “La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil”, en sus ensayos reunidos *Instituciones de derecho procesal civil (Estudios sobre el proceso civil)*, Buenos Aires, El Foro, 1962, vol. III, pp. 21-120.

esos años, en el campo del proceso, y fundamentalmente del proceso constitucional; ha sido una lucha llevada dentro de la esfera del derecho constitucional, y para el perfeccionamiento del proceso, entendido como instrumento de defensa de las libertades humanas.<sup>262</sup>

En esa primera obra sobre la temática, Calamandrei sienta las bases de la jurisdicción constitucional creada en Italia. Sobre ésta, Fix-Zamudio ha estimado que

...puede decirse sin exageración, que este pequeño libro, que tiene apenas noventa y ocho páginas, inicia en Italia el desarrollo de los estudios sobre la jurisdicción constitucional, y si se nos permitiera la comparación, podemos decir que esta obra significa para el estudio del proceso constitucional, lo que para el proceso civil significó la famosa lección inaugural de Chiovenda: *La acción en el sistema de los derechos*; es decir, traslada a Italia la primacía de los estudios del derecho procesal constitucional que fueron iniciados sistemáticamente por Kelsen.<sup>263</sup>

En esta obra Calamandrei estudia las competencias y naturaleza jurídica de la Corte Constitucional (que la consideraba como “paralegislativa” o “supralegislativa”) y su vinculación con la jurisdicción ordinaria. Para tal efecto, visualiza con agudeza cómo en Italia se creó la cuestión incidental planteada ante el juez ordinario que denomina como “prejudicial constitucional”, a manera de un sistema intermedio entre el norteamericano y austriaco. Una de las principales aportaciones de Calamandrei al derecho procesal constitucional consiste en su caracterización de los sistemas de justicia constitucional. En efecto, el maestro florentino estudió a profundidad los sistemas de control constitucional, que lo llevaron a una clásica distinción de los dos sistemas tradicionales. El de la revisión judicial (americano), lo caracteriza como “difuso, incidental, especial y declarativo”; mientras que al sistema que denominaba “autónomo” (austriaco), en contraposición, lo considera “concentrado, principal, general y

<sup>262</sup> Cappelletti, Mauro, “Piero Calamandrei y la defensa jurídica de la libertad”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, cit., nota 252, p. 183.

<sup>263</sup> Fix-Zamudio, Héctor, “La aportación de Piero Calamandrei al derecho procesal constitucional”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, cit., nota 252, pp. 194 y 195.



constitutivo”.<sup>264</sup> Si bien esta distinción debe en la actualidad ser matizada debido a la aproximación<sup>265</sup> y mixtura de ambos sistemas, como bien lo señala Fernández Segado en un trabajo reciente, lo cierto es que continúa siendo de gran utilidad y constituye el punto de partida para cualquier análisis clasificatorio.<sup>266</sup> Asimismo, en el mismo trabajo realiza agudas reflexiones sobre los efectos de la sentencia constitucional. Entre otras cuestiones estima que bien puede llevar a una resolución constitutiva *ex nunc* y al mismo tiempo a una resolución de declaración *ex tunc*, al estimar que en realidad la abrogación y desaplicación de la ley no son instituciones necesariamente excluyentes y pueden complementarse.

En el mismo año de la aparición de esta importante obra, Calamandrei impulsa la realización de un evento de enorme importancia, como lo fue el *Congreso Internacional de Derecho Procesal Civil*, celebrado en Florencia.<sup>267</sup> Constituye un escenario ideal para analizar la nueva Constitución y en la cual se dieron cita la corriente del mejor procesalismo científico italiano, liderados por Francesco Carnelutti y el propio Calamandrei. Sin embargo, son las ponencias de Virgilio Andrioli, relativas al *Profili processuali del controllo giurisdizionale delle leggi*<sup>268</sup> y la de Carlos Eposito, denominada *El controllo giurisdizionale sulla costituzionalità delle leggi*,<sup>269</sup> las que más destacan para el tema que nos ocupa, así como la intervención del propio Calamandrei relativa a la intención del constituyente italiano para crear un sistema intermedio entre el aus-

<sup>264</sup> Cfr. Calamandrei, Piero, *L' illegittimità costituzionale delle leggi*, cit., nota 209, pp. 5 y ss.; “La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil”, en sus ensayos reunidos *Instituciones de derecho procesal civil...*, cit., nota 209, pp. 21 y ss.

<sup>265</sup> La aproximación que en la práctica han experimentado los dos modelos teóricos de control de la constitucionalidad se advierte, a decir de Brage Camazano, al menos en un séptuple aspecto. Cfr. Brage Camazano, Joaquín, *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, 3a. ed., México, UNAM, 2005, pp. 70-73.

<sup>266</sup> Cfr. Fernández Segado, Francisco, *La justicia constitucional ante el siglo XXI: La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, presentación de Héctor Fix-Zamudio, México, UNAM, 2004, especialmente véase el capítulo III, pp. 25-58.

<sup>267</sup> Del 30 de septiembre al 3 de octubre de 1950. Las memorias del evento aparecieron tres años después: *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile*, Padua, CEDAM, 1953.

<sup>268</sup> *Ibidem*, pp. 27 y ss.

<sup>269</sup> *Ibidem*, pp. 43 y ss.

triano y el norteamericano.<sup>270</sup> A partir de este evento académico se aprecia el interés del procesalismo científico en el control jurisdiccional de las leyes derivado de su introducción en la Constitución de 1847 y en la creación de la *Corte Costituzionale*,<sup>271</sup> interés que paulatinamente fue mermando por el que en contraste despertó entre los constitucionalistas a partir del funcionamiento de dicha Corte en 1956, que ha tenido un desenvolvimiento mayoritario por la dogmática constitucional y bajo la denominación de *giustizia costituzionale*.

En los siguientes años Calamandrei seguiría en la línea del estudio sobre la jurisdicción constitucional y así en 1951 aparece “La Corte costituzionale e il processo civile”.<sup>272</sup> De especial relevancia constituye la conferencia que pronunciara el 10 de febrero de 1956 en el Palacio de Justicia en Roma, publicada ese mismo año como “Corte Costituzionale e autorità giudiziario”,<sup>273</sup> y traducida por Fix-Zamudio en el mismo año.<sup>274</sup> En este ensayo Calamandrei se refiere a una “jurisdicción constitucional de la libertad”,<sup>275</sup> expresión que usara su discípulo Cappelletti. Compara en este trabajo la función de la Corte Constitucional con la que emprende el órga-

<sup>270</sup> Su intervención aparece como “Il controllo giurisdizionale delle leggi”, *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile*, cit., nota 267, pp. 74-76.

<sup>271</sup> En esos primeros años aparecieron muchos trabajos que analizaban la nueva Corte Constitucional, antes de su funcionamiento real que sucedió hasta 1956. Véanse, entre otros, Mortati, Costantino, “La Corte Costituzionale e i presupposti per la sua validità”, *Iustitia*, núms. 8-9, 1949; Ruini, M. “La Corte Costituzionale nella Costituzione italiana”, *Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana*, 1949; Pierandrei, Francio, “La Corte Costituzionale e le «modificazioni tacite» della Costituzione”, *Il Foro Padano*, 1951, IV; Galeotti, S., “Presidente della Repubblica e nomina dei giudici della Corte Costituzionale”, *Il Foro Padano*, 1951, IV; Piccardi, Leopoldo, “La Corte costituzionale in Italia”, *Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana*, 1951; Crosa, Emilio, “Gli organi costituzionali e il presidente della Repubblica nella Costituzione italiana”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1951; Brunori, Ernesto, *La Corte Costituzionale*, Florencia, Cya, 1952; Pensovecchio Li Bassi, Antonio, “Le nuove leggi sulla Corte costituzionale”, *El Foro Padano*, 1954, IV; Barile, P., “La corte costituzionale organo sovrano: implicazioni pratiche”, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1956; Stendardi, Gian Galeazzo, *La Corte Costituzionale*, Milán, 1955; Curci, Pasquale, *La Corte costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1956.

<sup>272</sup> En *Studi giuridici in onore di Antonio Scialoja*, I, Milán, Giuffrè, 1951.

<sup>273</sup> *Rivista di diritto processuale*, 1956, vol. XI, parte I, pp. 7-55; luego reproducido en su obra *Studi sul Processo Civile*, Padua, CEDAM, 1957, pp. 210 y ss.

<sup>274</sup> “Corte Constitucional y autoridad judicial”, *Boletín de Información Judicial*, México, año XI, núms. 110-111, octubre-noviembre de 1956, pp. 689-698 y 753-774.

<sup>275</sup> “Corte Costituzionale e autorità giudiziario”, cit., nota 273, 1956, p. 18.

no legislativo, al realizar una actuación de significación de alta política, sin que ello implique que realice una función diversa de la jurisdiccional, ya que en realidad en toda actividad jurisdiccional se realiza indirectamente una valoración política, “transformando dinámica y progresivamente los ordenamientos legales, que de otra manera quedarían anquilosados”. Asimismo analiza al proceso constitucional dependiendo de su objeto diverso, clasificando en tres tipos atendiendo a la 1) “formación” constitucional de la ley (errores *in procedendo*); 2) “ilegitimidad” constitucional de la ley (errores *in iudicando*), o 3) “incompatibilidad” constitucional de la ley, esta última relativa a la vigencia de normas anteriores a la Constitución.

En ese mismo año de su pérdida aparecen “La prima sentenza della Corte Costituzionale”<sup>276</sup> y “Sulla nozione di manifesta infondatezza”.<sup>277</sup> Muere el 27 de septiembre de 1956.

Como se puede apreciar, Calamandrei emprendió pasos firmes en la dogmática procesal constitucional a través de sus publicaciones entre los años de 1950 y 1956. Ha significado, en las propias palabras de su discípulo Cappelletti, “el primero en Italia” en sentar “las bases de una nueva ciencia procesal, la constitucional”.<sup>278</sup> Y de ahí que Fix-Zamudio en uno de sus primeros ensayos intitulado “La aportación de Piero Calamandrei al derecho procesal constitucional”, considere un paralelismo entre los respectivos papeles científicos de “Bulow-Chiovenda” para la disciplina del proceso civil y de “Kelsen-Calamandrei” para el derecho procesal constitucional.<sup>279</sup>

Si bien es cierto este paralelismo, también lo es que la configuración del derecho procesal constitucional como disciplina autónoma procesal no la advirtió como tal, como sí lo visualizara Alcalá-Zamora. Faltaba todavía su sistematización científica. Como veremos a continuación, son sus discípulos Cappelletti y Fix-Zamudio quienes dan fruto de aquellas enseñanzas de sus grandes maestros. El primero al sistematizar parte del contenido de la disciplina y el segundo a manera de eslabón final de esta evolución, al realizar el primer estudio sistemático bajo la concepción de la autonomía procesal.

<sup>276</sup> *Rivista di Diritto Processuale*, I, 1956, pp. 149-160.

<sup>277</sup> *Rivista di Diritto Processuale*, II, 1956, pp. 164-174.

<sup>278</sup> “Piero Calamandrei y la defensa jurídica de la libertad”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, *cit.*, nota 252, p. 187, nota 97.

<sup>279</sup> Fix-Zamudio, Héctor, “La aportación de Piero Calamandrei al derecho procesal...”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, *cit.*, nota 252, p. 195 y nota 13.

## XI. CAPPELLETTI Y LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD (1955)

El pensamiento de Mauro Cappelletti constituye una prolongación y desarrollo de los valores e ideales de su maestro Calamandrei. Así se refleja a lo largo de su fructífera carrera académica y en toda su obra que giró alrededor de la justicia y la defensa de la libertad. Para poder comprender cabalmente su pensamiento y especialmente destacar su liderazgo científico estimamos de utilidad realizar una muy breve semblanza del procesalista que tanto abonó al derecho procesal constitucional comparado,<sup>280</sup> para poder luego destacar la importancia de su obra pionera de 1955 relativo a la sistematización de los mecanismos procesales de protección constitucional de las libertades y derechos fundamentales, estudio que influyó sensiblemente en el pensamiento de Héctor Fix-Zamudio.

A) Mauro Cappelletti nació el 14 de diciembre de 1927 en Folgaria, pequeña población ubicada al norte de Italia en la provincia de Trento y muere a los 76 años, el 10. de noviembre de 2004 en la ciudad de Fiesole, provincia de Florencia, después de padecer sus últimos diez años una cruda enfermedad que lo alejó de la vida académica. Su vida la dedicó a la investigación y a la enseñanza del derecho procesal, conforme una visión renovada y de avanzada, atendiendo los problemas sociales de su época.<sup>281</sup>

Estudió derecho en la Universidad de Florencia, obteniendo el grado en 1952. Durante esos años es donde conoce el pensamiento del que fue-

<sup>280</sup> Cfr. nuestro ensayo “Mauro Cappelletti y el derecho procesal constitucional comparado”, ponencia presentada en el *I Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional* celebrado en la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León (Monterrey, septiembre 2005). Asimismo, véanse las restantes ponencias en la mesa de apertura de dicho Congreso: “Mauro Cappelletti: *In Memoriam*”, que presentaron Héctor Fix-Zamudio, Cipriano Gómez Lara y Rubén Hernández Valle. Las cuatro ponencias aparecen en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, *Procesos constitucionales. Memoria del I Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, cit., nota 33, pp. 3-77.

<sup>281</sup> Sobre la vida y obra de Mauro Cappelletti, puede consultarse la publicación reciente de la Asociación Internacional de Derecho Procesal, editada por Marcel Storme y Federico Carpi: *In Honorem. Mauro Cappelletti (1927-2004). Tribute to an International Procedural Lawyer*, Holanda, Kluwer Law Internacional, 2005. En esta publicación participan además de los editores, Nicolò Trocker, Sir Jack Jacob, Laurence M. Friedman, John Henry Merryman y Machteld Nijsten. Una reciente necrología en español fue realizada por Roberto O. Berizonce, en la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Lima, núm. 7, 2005, pp. 305 y ss.

ra su principal maestro: Calamandrei. Fue por dos años investigador en la Universidad de Friburgo en Brisgovia, Alemania. Colaboró con el presidente de la Barra italiana y en 1956 obtuvo el grado de enseñanza “Libera Docenza”. En 1957 inició su intensa carrera académica como profesor de derecho procesal civil en la Universidad de Macerata. Al dictar la conferencia inaugural en enero de 1962 en esa Universidad, denominada *Ideologie nel diritto processuale*,<sup>282</sup> ya dejaba ver las preocupaciones que lo acompañaron en sus publicaciones posteriores. Su actividad docente continuó a partir de 1962 en la Universidad de Florencia, donde fundó y dirigió por catorce años el Instituto de Derecho Comparado (1962-1976) y también algunos años el Centro de Estudios Judiciales Comparados. A partir de 1970 se incorporó a la Facultad de Derecho de la Universidad de Stanford, California, lo que le permitió investigar y enseñar combinando estancias en Estados Unidos e Italia. En 1976 se incorpora al Instituto Universitario Europeo en la misma ciudad de Florencia (creado por las Comunidades Europeas), y que el propio Cappelletti denominaba como una “minicomunidad de la cultura y la enseñanza” a nivel europeo; siendo director del departamento jurídico de ese Instituto en varios periodos: 1977-1979, 1983 y 1985-1986. Fue nombrado profesor emérito de la Universidad de Stanford en 1996. Asimismo, fue profesor visitante en Universidades en todo el mundo, como en Harvard (1969), California en Berkeley (1970), París I (1981), Cambridge (1988-89), entre otras; y recibió el título de doctor *honoris causa* por varias universidades, entre las que destacan las Universidades de Aix/Marseille, en Francia, la Universidad de Gante, en Bélgica y la Universidad de La Plata, Argentina. Recibió premios, como los que obtuvo en el año de 1981, por la *Accademia Nazionale dei Lincei* en reconocimiento por sus investigaciones, y el *Premio Europeo “Lorenzo il Magnifico”* de la *Accademia Internazionale Medicea*.<sup>283</sup>

Además de su intensa labor docente, debe mencionarse su destacada actividad como conferenciante y participante en foros, encuentros y congresos internacionales, que lo llevaron a presidir la *Asociación Interna-*

<sup>282</sup> La traducción en castellano de esa conferencia, aparece en *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, trad. de Miguel Spagna Berro, Montevideo, t. 58, núm. 4, abril de 1962, pp. 85-99.

<sup>283</sup> Véase *Stanford Report*, enero de 2005, que realizaron Lawrence M. Friedman y John Henry Merryman; así como la necrología preparada por Roberto O. Berizonce, *op. cit.*, nota 281.

*cional de Derecho Procesal* (1983-1995). Durante los años que presidió el Instituto se llevaron a cabo importantes eventos académicos en todo el mundo, que rebasaría los fines propios del presente estudio el mencionarlos, por lo que sólo destacaremos el trascendental Congreso Internacional de Derecho Procesal de 1988, relativo a “La tutela jurisdiccional de los Derechos del Hombre, a nivel nacional e internacional”, con motivo del IX centenario de la Universidad de Bolonia. También presidió la *Asociación Internacional de Ciencias Jurídicas* (1983-1984) y la *Asociación Italiana de Derecho Comparado*. Fue miembro de número de la *Academia Internacional de Derecho Comparado*, del *Instituto International de Géopolitique*, de París; y miembro correspondiente de la *Academia dei Lincei*, del *British Academy*, del *Institut de France*, del *Belgian Royal Academy*, y de la *Academia Toscana di Scienze e Lettere “La Colombaria”*, entre otras asociaciones. Participó también en el Comité de reformas del Código Civil italiano en 1978.

Su obra escrita (como autor o editor) comprende más de treinta libros y un importante número de artículos, ponencias, relatorías y ensayos menores, traducidos a varios idiomas. Dirigió importantes investigaciones de derecho comparado desde el Instituto Universitario Europeo, que se le conocen como *Proyectos Florentinos sobre Acceso a la Justicia*, entre las que destacan la realizada entre 1973-1979, relativa al estudio de la asistencia legal a los pobres e indigentes, que luego lo llevaron a publicar cuatro gruesos volúmenes en seis tomos, denominados *Access to Justice*, obra a la cual nos referiremos más adelante; y la que emprendió de 1979 a 1985, consistente en un monumental proyecto de coordinación denominado *Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience*, investigación multidisciplinaria en la que participaron juristas, politólogos, antropólogos, sociólogos y economistas de todo el mundo, publicándose seis voluminosos tomos entre los años de 1986-1987.<sup>284</sup> Además, fue director de la sección de derecho procesal civil de la *Internacional Encyclopedia of Comparative Law*, a partir de 1966, volumen XVI.

La obra de Cappelletti siempre estuvo acompañada de una dimensión social. En esta dirección se advierten sus trascendentales trabajos sobre

<sup>284</sup> Para la dimensión de esta magna obra, véase la introducción del propio Cappelletti, conjuntamente con M. Seccombe y Weiler, J. H. H., *Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience. A general Introduction*, Vol. I: *Methods. Tools and Institutions*, Book I: *A Political, Legal and Economic Overview*, Berlín-Nueva York, 1986.

*Processo e ideologie*,<sup>285</sup> *Giustizia e società*,<sup>286</sup> traducido con posterioridad al español por Santiago Sentís Melendo y Tomás A. Banzhaf, en una sola obra bajo la denominación de *Proceso, ideologías y sociedad*,<sup>287</sup> y especialmente su obra *Towards Equal Justice. A Comparative Study or Legal aid in Modern Societies (Texts and Materials)*.<sup>288</sup> Y por supuesto la dirección de los influyentes estudios multidisciplinares sobre *Access to Justice*<sup>289</sup> (editados con Bryan Garth, John Weisner y Klaus-Friedrich Koch), publicados en cuatro volúmenes en seis tomos, patrocinados por la Fundación Ford, cuyas introducciones con Bryan Garth fueron traducidas a múltiples idiomas y en español aparecieron bajo el nombre de *Acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*.<sup>290</sup> La preocupación de esta temática acompañó a Cappelletti en el transcurso de sus publicaciones posteriores. Destaca especialmente la coordinación de la obra (junto con Mónica Seccombe y John Weisner) *Access to Justice and the Welfare State*.<sup>291</sup> Su preocupación social estuvo presente hasta su último libro *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*,<sup>292</sup> publicado diez años antes de su lamentable partida y en la cual se advierten las tres dimensiones que siempre lo acompañaron: *la dimensión constitucional*; *la dimensión social de la justicia*; y *la dimensión transnacional de la justicia*, cuestiones visionarias que Cappelletti abordó de manera magistral.

B) Desde muy temprano Cappelletti siguió el interés por la justicia constitucional influenciado por su maestro Calamandrei, que como hemos visto se acercó significativamente al constitucionalismo de la época. A los veintiocho años y siendo todavía profesor asistente en la Universidad de Florencia, aparece una excepcional obra de corte comparativo: *La giurisdizione costituzionale delle libertà: primo studio sul ricorso costituzionale*

<sup>285</sup> Bologna, Il Mulino, 1969.

<sup>286</sup> Milán, Comunità, 1972.

<sup>287</sup> Buenos Aires, EJE, 1974.

<sup>288</sup> Con la colaboración de James Fordley y Earl Johnson, Milán, Dobbs Ferry, Nueva York, Giuffrè-Oceana, 1975.

<sup>289</sup> Alphen aan den Rijn-Milán, Sijthoff & Noordhoff/Giuffrè, 1978-1979.

<sup>290</sup> Traducción de Mónica Miranda, México, Fondo de Cultura Económica, 1976; y luego en La Plata, Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata, trad. de S. Amaral, 1983, con un ligero cambio en el subtítulo: “El acceso a la justicia, movimiento mundial para la efectividad de los derechos”.

<sup>291</sup> Alphen aan den Rijn, Sijthoff, 1981.

<sup>292</sup> Cappelletti, *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*.

(con particolare riguardo agli ordinamenti tedesco, svizzero e austriaco).<sup>293</sup>

En la introducción de este trabajo el propio Cappelletti señala la razón de ser de su primer estudio sistemático de estas garantías: poner de manifiesto la tendencia contemporánea de introducir mecanismos específicos de protección a los derechos y libertades fundamentales, como una propuesta para su incorporación en su natal Italia.<sup>294</sup>

Esta obra tuvo una importante repercusión a nivel mundial en los años siguientes y constituye una aportación significativa y novedosa si se tiene en cuenta que aparece cuando se inicia la tendencia de la creación de las cortes constitucionales europeas. Especialmente al restablecerse la Corte Constitucional de Austria (1945) y con la creación de la italiana (1948) y alemana (1949), con un marcado énfasis en la necesidad de consolidar los instrumentos de protección de los derechos fundamentales. En sus conclusiones Cappelletti asevera que la *Verfassungsschwerde* que estudia en varios países constituye, siguiendo a Lechner, el “coronamiento del Estado de derecho”, ya que no sólo constituye un medio capaz de hacer efectivos los “derechos fundamentales”, sino esencialmente un eficaz instrumento de equilibrio de los poderes, toda vez que el individuo puede convertirse en moderador de toda función pública. Por virtud de ese recurso se abre la posibilidad al individuo de convertirse en factor activo de la vida del derecho y del Estado, a través del mismo acto en el cual defiende sus intereses supremos, es decir, su libertad. Este recurso constitucional constituye, dice Cappelletti, “la posibilidad del individuo para poseer un instrumento de defensa contra la opresión de lo que le es sagrado”. En el último párrafo de su estudio, con emoción y esperanza, resume el descubrimiento que representó en su espíritu la queja constitucional:

Tengo confianza que ahora, cuando nuestra institución se haya impuesto definitivamente, se reconocerá en ella, con seguridad, un medio para que la Constitución sea llevada al pueblo, al hombre, y para sustraerla de aquella suerte de irónico olvido que es el destino de las leyes que no se aplican; un método para dar al individuo el conocimiento de que todas las abstracciones

<sup>293</sup> Milán, Dott. A. Giuffrè, Quaderni dell'Associazione fra gli Studiosi del Processo Civile, VII, 1955.

<sup>294</sup> Véase, especialmente el primer apartado de la introducción al referido estudio, pp. 1-14.



—el Estado, la ley, el derecho y los derechos— existen, para él, no por sí mismos, y que sólo en él existe la fuerza de despertarlas a la vida, por así decirlo, al hacerlas vivir con su propia vida del hombre; el medio, en fin de transformar a través del proceso, también en relación con los derechos supremos, “la lite violenta en la lite jurídica”, el derecho de rebelión en el derecho de acción.<sup>295</sup>

Fue traducida al español seis años después en México por Héctor Fix-Zamudio bajo el título de *La jurisdicción constitucional de la libertad. Con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austriaco*.<sup>296</sup> Fix-Zamudio deliberadamente y con autorización del propio autor, cambia la expresión original del título referida a “las libertades” por la connotación “la libertad”, para dar mayor amplitud y alcance a su significado. Esta publicación debe considerarse la obra inaugural sobre el estudio sistemático comparativo de los instrumentos procesales dirigidos a la protección de los derechos y libertades fundamentales desde su concepción científica, y especialmente la edición mexicana de 1961, al aparecer además como apéndice (más extenso que el propio libro de Cappelletti), un *Estudio sobre la jurisdicción constitucional mexicana*, de Héctor Fix-Zamudio, que constituye un desarrollo a su pionero y fundamental trabajo de 1955 sobre *La garantía jurisdiccional de la constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo*.

La expresión sobre la “jurisdicción constitucional de la libertad” que utiliza Cappelletti ha sido ampliamente aceptada. Fue empleada por su maestro Calamandrei<sup>297</sup> y ha sido acogida desde hace tiempo por un sector importante de la doctrina constitucional, por ejemplo: Fix-Zamudio,<sup>298</sup> Cascajo Castro<sup>299</sup> y, de manera recientemente, por Brage Camazano.<sup>300</sup> Sin

<sup>295</sup> *Ibidem*, pp. 141 y 142.

<sup>296</sup> Prólogo de Mariano Azuela Rivera, México, UNAM, 1961.

<sup>297</sup> *Cfr.* “Corte Costituzionale e autorità giudiziario”, *cit.*, nota 273, 1956, p. 18.

<sup>298</sup> Véanse, entre otros, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, 2a. ed., *cit.*, nota 251, especialmente párrafo 184: “A) Jurisdicción constitucional de la libertad”, pp. 79 y ss.; y *Derecho constitucional mexicano y comparado* (con Salvador Valencia Carmona), *cit.*, nota 21, pp. 203 y ss.

<sup>299</sup> *Cfr.* “La jurisdicción constitucional de la libertad”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 199, 1975, pp. 149-198.

<sup>300</sup> *Cfr.* Brage Camazano, Joaquín, *La jurisdicción constitucional de la libertad. (Teoría general, Argentina, México, Corte Interamericana de Derechos Humanos)*, México, Porrúa, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, núm. 4, 2005.

embargo, es Fix-Zamudio el que contribuyó a su consagración y divulgación. No sólo por haber traducido al castellano aquella clásica obra con una connotación más amplia que en el texto original, como ya quedó referido, sino particularmente al haberlo considerado como uno de los sectores de estudio de la nueva corriente científica denominada derecho procesal constitucional, junto con la jurisdicción constitucional orgánica y la transnacional.

Precisamente Cappelletti abordó el tema de la jurisdicción constitucional de la libertad en una doble dimensión. Por una parte, en sus múltiples estudios comparativos desde su obra pionera, analizó los instrumentos de protección de los “derechos de libertad” en el ámbito nacional de los Estados; y por la otra, en sus trabajos posteriores como una manifestación supranacional o transnacional del fenómeno, se hizo cargo del estudio de las jurisdicciones internacionales que paulatinamente se fueron consolidando para proteger los derechos humanos previstos en determinados instrumentos internacionales, especialmente ante el desarrollo del derecho comunitario y la consolidación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en Estrasburgo.<sup>301</sup> Esta última preocupación fue muy novedosa al sentar bases para el estudio del derecho procesal transnacional<sup>302</sup> y de lo que él denominaba “justicia constitucional supranacional”.<sup>303</sup>

C) Dos años después de esa primera obra de Cappelletti aparece *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*,<sup>304</sup> año en que inicia su labor docente como profesor de derecho procesal civil en la Universidad de Macerata y que continuara con posterioridad en la Universidad de Florencia. En esta obra se acerca al análisis del tradicional proceso civil

<sup>301</sup> Cfr. su obra *Proceso, ideologías, sociedad, cit.*, nota 167, especialmente la “Parte Segunda: La dimensión supranacional y constitucional”, p. 295 y ss.; así como sus ensayos “Justicia constitucional supranacional”, trad. de L. Dorantes Tamayo, y “El tribunal constitucional en el sistema político italiano: sus relaciones con el ordenamiento comunitario europeo”, trad. de Jorge Rodríguez-Zapata, ambos en *La justicia constitucional...*, *cit.*, nota 143.

<sup>302</sup> Sobre el derecho procesal transnacional, véanse las ponencias generales publicadas en Andolina, Italo (a curia di), *Trans-national Aspects of Procedural Law. General Reports, International Association of Procedural Law-X World Congress on procedural law-Taormina 17-23 settembre, 1995*, Milán, Giuffrè-Università di Catania, Nuova Serie 157/3, 1998, 3 ts. Especialmente véase la ponencia de Fix-Zamudio, Héctor, “Las relaciones entre los tribunales nacionales y los internacionales”, t. III, pp. 181-311, particularmente sobre el “derecho procesal supranacional”, pp. 218-222.

<sup>303</sup> “Justicia constitucional supranacional”, *La justicia constitucional...*, *cit.*, nota 143.

<sup>304</sup> Milán, Giuffrè, 1957.

con una perspectiva constitucional, siguiendo los pasos de Couture y especialmente de Calamandrei que ya había abordado el tema. En ese momento la Corte Constitucional italiana ya había iniciado sus funciones. La preocupación por el estudio de los procesos constitucionales se aprecia con claridad desde sus primeros años de investigación, como se advierte cuando redactó la voz “Amparo” que aparece en 1958 en la *Enciclopedia del Diritto*,<sup>305</sup> y que fue traducida al castellano en ese mismo año en el *Boletín del Instituto de Derecho Comparado* en México.<sup>306</sup>

En 1960 aparece su artículo “La justicia constitucional en Italia” en las Memorias del I Congreso Mexicano de Derecho Procesal y II Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal.<sup>307</sup> Y también en México, derivado de las conferencias que impartió en su viaje en 1965, aparece *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*.<sup>308</sup> Una versión sintética y reelaborada apareció en Estados Unidos por el propio Cappelletti (junto con Jhon Clarke Adams) con el nombre de *Judicial Review of Legislation: European Antecedents and Adaptation*,<sup>309</sup> y dos años después en Italia bajo el título *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*.<sup>310</sup> Obra muy importante en la difusión del pensamiento de Cappelletti a nivel mundial, al haber sido traducida al alemán, inglés, español y japonés.

A iniciativa de Héctor Fix-Zamudio, esta última obra fue enriquecida con otros trabajos en la publicación mexicana de 1987 denominada *La justicia constitucional (Estudios de derecho comparado)*,<sup>311</sup> con prólogo del propio Fix-Zamudio, y que recientemente aparece una nueva edición, publicada conjuntamente con la diversa obra *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo (cuatro estudios de derecho comparado)*,<sup>312</sup>

<sup>305</sup> Editada por Dott. Antonino Giuffrè, 1958, t. I.

<sup>306</sup> “Voz Amparo”, trad. de Héctor Fix-Zamudio en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, año XI, núm. 33, septiembre-diciembre de 1958, pp. 63-66.

<sup>307</sup> La crónica de ambos eventos, puede consultarse en la *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. X, núms. 37-38-39-40, enero-diciembre de 1960.

<sup>308</sup> Traducción de Cipriano Gómez Lara y Héctor Fix-Zamudio, prólogo de Ignacio Medina, México, UNAM, 1966.

<sup>309</sup> *Harvard Law Review*, Bobbs-Merril, vol. 79, núm. 6, abril de 1966, pp. 1207-1224.

<sup>310</sup> Milán, Giuffrè, 1968, con múltiples reimpressiones posteriores.

<sup>311</sup> México, UNAM, 1987.

<sup>312</sup> Traducción de Héctor Fix-Fierro, México, Porrúa, 1993.

en un solo libro.<sup>313</sup> Se recopilan los estudios más importantes de su pensamiento sobre el derecho procesal constitucional a la luz del derecho comparado. Puede sostenerse, sin exageración, que la obra en mención representa uno de los libros más influyentes para la disciplina científica que estudia el fenómeno del proceso y la magistratura constitucionales. Sus aportaciones siguen teniendo vigencia y actualidad en los inicios del siglo XXI. La significativa labor comparatista de la jurisdicción constitucional se vio cristalizada con su conocida obra *Judicial Review in the Contemporary World*,<sup>314</sup> traducida a varios idiomas.

Como se puede apreciar, Mauro Cappelletti realizó contribuciones relevantes para el derecho procesal constitucional a lo largo de su obra escrita, especialmente en los antecedentes de los instrumentos de control constitucional de las leyes, en la sistematización de los medios de protección constitucional de los derechos fundamentales en su dimensión nacional como internacional y en la utilización del método comparativo para el análisis de la jurisdicción constitucional. Si bien estas contribuciones son fundamentales en el contenido del derecho procesal constitucional, debe precisarse que Cappelletti no utiliza la expresión ni tampoco advierte la existencia de la disciplina, como lo sí lo hiciera Fix-Zamudio en el mismo año de aquella pionera obra del jurista italiano.

## XII. LA TESIS CONCEPTUAL Y SISTEMÁTICA DE FIX-ZAMUDIO (1955-1956)

Llegamos al mismo punto con el cual iniciamos la elaboración de las presentes líneas: la tesis conceptual y sistemática de Héctor Fix-Zamudio sobre el derecho procesal constitucional. Representa el último eslabón del peregrinaje científico de la disciplina que se iniciara en 1928 con el precursor ensayo de Kelsen sobre “La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)”.

Con este trascendental trabajo del fundador de la escuela de Viena comienza una nueva etapa relativa al estudio dogmático de la jurisdicción constitucional y de los instrumentos jurídicos para la defensa de la Constitución. Una vez consolidada la postura kelseniana que repercutió en la

<sup>313</sup> Cappelletti, Mauro, *Obras: La justicia constitucional y dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, México, Porrúa-UNAM, Facultad de Derecho, 2007.

<sup>314</sup> Indianapolis-Kansas City-Nueva York, Bobbs-Merryl, 1971.

concepción misma del derecho y en las nuevas constituciones democráticas, con el paso del tiempo aparecieron dentro de la corriente del mejor procesalismo científico las figuras de Alcalá-Zamora, Couture, Calamandrei, Cappelletti y Fix-Zamudio, que condujeron a la concepción de la ciencia del derecho procesal constitucional.

Mientras Kelsen sentó los cimientos, las bases generales desde la teoría del derecho, Couture, Calamandrei y Cappelletti contribuyen para encauzar el fenómeno hacia su significación científica procesal. Y en esa misma corriente Niceto Alcalá-Zamora y Castillo advierte la existencia de la nueva disciplina, con la misma lógica con la cual se venía dando la autonomía de las restantes ramas procesales bajo la unidad de la teoría general del proceso. Faltaba todavía el último eslabón: su coherencia estructural y de sistematicidad científica.

Es en ese contexto donde aparece el primer estudio sistemático de la ciencia del derecho procesal constitucional como tal, es decir, en su dimensión de análisis conceptual como disciplina jurídica autónoma de naturaleza procesal. Se debe a Héctor Fix-Zamudio este mérito en su tesis para optar por el grado de licenciado en derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) de 1955, cuyo título es: *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo*.<sup>315</sup> En la elaboración de este trabajo Fix-Zamudio dedicó cinco años bajo la dirección, en un primer momento del procesalista José Castillo Larrañaga, y luego de quien se convertiría en su maestro Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, habiendo realizado el examen profesional el 18 de enero de 1956 obteniendo mención honorífica.

Esta verdadera “joya” de la ciencia del derecho procesal constitucional no ha sido lo suficientemente valorada por la doctrina contemporánea, no obstante de representar el primer estudio de construcción dogmática de la disciplina con la intención manifiesta de establecer su contorno científico. Por supuesto que Fix-Zamudio se apoyó y tuvo en cuenta la gran aportación de Kelsen en su famoso artículo de 1928, que inspira incluso el título de su tesis, como también se advierte una clara influencia de Couture, Calamandrei, Cappelletti y de su maestro Alcalá-Zamora y Castillo. Sin embargo, no se debe a ninguno de los afamados juristas el primer estudio sistemático por virtud del cual se pone en conexión su identidad, naturaleza y ubicación dentro de la ciencia procesal, su defini-

<sup>315</sup> México, 1955.

ción y contenido, así como su delimitación propiamente con la ciencia constitucional.

El trabajo de Fix-Zamudio de 1955 consta de ciento sesenta y siete páginas, dividido en cinco capítulos. No llegó a publicarse en forma de libro, sino a manera de artículos que fueron apareciendo en diversas revistas. Así se publicaron en 1956 de manera sucesiva sus ensayos: “Derecho procesal constitucional”,<sup>316</sup> “La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana”,<sup>317</sup> “El proceso constitucional”,<sup>318</sup> y “Estructura procesal de amparo”.<sup>319</sup> En ese mismo año se publica su primer artículo (independiente de su tesis de 1955), que lleva el emblemático título: “La aportación de Piero Calamandrei al derecho procesal constitucional”,<sup>320</sup> también aparecen sus primeras traducciones sobre la materia<sup>321</sup> y una “Biografía de Piero Calamandrei”.<sup>322</sup>

Su tesis de licenciatura de 1955 quedó reproducida de manera íntegra, junto con ese primer artículo en su obra *Juicio de amparo* que publicara en 1964.<sup>323</sup> En realidad en este libro quedan reunidos seis ensayos que aparecieron entre los años de 1955 a 1963: I. “La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo”,<sup>324</sup> II. “La aportación de Piero Calamandrei al derecho procesal constitucional”,<sup>325</sup> III. “Algunos problemas que plantea el amparo contra

<sup>316</sup> *La Justicia* (fundador Alfredo Vázquez Labrido), t. XXVII, núm. 309 y 310, enero y febrero de 1956, pp. 12300 y 12361-12364. Corresponde al capítulo III de su tesis de 1955, pp. 56-97.

<sup>317</sup> *Foro de México* (director Eduardo Pallares), núm. XXXV, febrero de 1956, pp. 3-12. Corresponde al capítulo V, relativas a las conclusiones de su tesis de 1955, pp. 157-178.

<sup>318</sup> *La Justicia*, t. XXVII, núm. 317, septiembre de 1956, pp. 12625-12636. Corresponde a la primera parte del capítulo IV de la tesis de 1955, pp. 99-126.

<sup>319</sup> *La Justicia*, t. XXVII, núm. 318, octubre de 1956, pp. 12706-12712. Corresponde a la última parte del capítulo IV de la tesis de 1955, pp. 126-139.

<sup>320</sup> *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. VI, núm. 24, octubre-diciembre de 1956, pp. 191-211. Posteriormente publicado en su obra *El juicio de amparo*, México, Porrúa, 1964, pp. 145-211; así como en la *Revista Michoacana de Derecho Penal*, Morelia, núms. 20-21, 1987, pp. 17-37.

<sup>321</sup> “Piero Calamandrei y la defensa jurídica de la libertad”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, *cit.*, nota 252, pp. 153-189.

<sup>322</sup> Junto con Alcalá-Zamora y Castillo, *op. cit.*, nota 252, pp. 17-39.

<sup>323</sup> Prólogo de Antonio Martínez Báez, México, Porrúa, 1964.

<sup>324</sup> *Op. cit.*, nota 1, corresponde a su tesis de licenciatura.

<sup>325</sup> *Op. cit.*, nota 320.

leyes”;<sup>326</sup> IV. “Estudio sobre la jurisdicción constitucional mexicana”;<sup>327</sup> V. “Mandato de seguridad y juicio de amparo”;<sup>328</sup> y VI. “Panorama del juicio de amparo”.<sup>329</sup>

El primero de ellos corresponde, como hemos anotado líneas arriba, a su tesis de licenciatura de 1955 y publicada parcialmente al año siguiente a manera de artículos independientes en revistas mexicanas. La estructura del trabajo consta de cinco capítulos, que analizaremos brevemente.

I. *Planteamiento del problema.* Constituye el primer capítulo a manera de introducción y justificación del estudio (páginas 9-14). Partiendo de la problemática relativa a que el juicio de amparo mexicano se ha convertido paulatinamente en un procedimiento sumarisimo a “un dilatado y embarazoso procedimiento que iguala a los más complicados de naturaleza civil”, Fix-Zamudio advierte que con independencia de las reformas legislativas que pudieran emprenderse al respecto, es necesario previamente esclarecer “la naturaleza procesal del amparo” que desde su creación en el siglo XIX ha sido analizado esencialmente en su aspecto político y no en su estructura estrictamente jurídica que es la procesal. De esta manera estima que de la misma forma en que “sólo haciendo una cuidadosa auscultación del paciente está en posibilidad el médico de intentar su cura: de este modo, sólo precisando el concepto del proceso constitucional, es factible encausarlo en la vía por la cual puede desarrollarse firme y plenamente”. El proceso constitucional de amparo debe ser estudiado dentro de la más reciente rama del derecho procesal como lo es el derecho procesal constitucional que “todavía no ha salido de la etapa analítico-descriptiva, por no decir exegética, que ha sido superada en otras disciplinas adjetivas, para iniciar francamente un estudio dogmático del amparo desde el punto de vista de la teoría general del proceso”.

<sup>326</sup> *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núm. 37, enero-abril de 1960, pp. 11-39.

<sup>327</sup> Apéndice al libro de Cappelletti, Mauro, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, cit., nota 296, pp. 131-247.

<sup>328</sup> *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núm. 46, enero-abril de 1963, pp. 3-60, reproducido en el volumen *Tres estudios sobre el mandato de seguridad brasileño*, México, UNAM, 1963, pp. 3-69, en colaboración con Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, y Alejandro Ríos Espinoza.

<sup>329</sup> Este ensayo ha sido actualizado con el paso de los años hasta su versión más actualizada denominada “Breve introducción al juicio de amparo mexicano”, que aparece en la obra del mismo autor *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 3a. ed., México, Porrúa, 2003, pp. 1-96.

El autor define su postura y finalidad del estudio: “nuestro trabajo ha de orientarse a una ordenación del amparo hacia la teoría general del proceso y situándolo dentro de la nueva disciplina adjetiva: el derecho procesal constitucional, y esto no sólo con el afán puramente especulativo, sino también con propósitos prácticos, como son el lograr una reglamentación adecuada a su naturaleza que pueda resolver todos los problemas que hasta la fecha han impedido una real y verdadera legislación orgánica del amparo”. En realidad el contenido de los restantes capítulos rebasa con creces el objetivo pretendido por el autor. No sólo se dirige al estudio dogmático del juicio de amparo. Como cuestión previa realiza un profundo análisis de la evolución que ha experimentado la ciencia procesal en general, estableciendo una novedosa clasificación sistemática de sus diversas ramas, con la finalidad de ubicar el sitio donde debe encuadrarse al derecho procesal constitucional; de ahí construye la categoría contemporánea de “garantía constitucional” y ubica al amparo como parte de esa nueva disciplina al constituir su naturaleza jurídica el de un proceso constitucional.

II. *Situación de la materia en el campo del derecho procesal.* Este segundo capítulo parte del concepto mismo del derecho procesal. Entiende el autor que existe un “derecho instrumental” y dentro del cual deben distinguirse el “derecho procedimental” y el “derecho procesal”. El primero se ocupa de las normas que señalan los requisitos formales necesarios para la creación y realización de las disposiciones materiales y el segundo estudia las normas que sirven de medio a la realización del derecho, en el caso concreto, mediante el ejercicio de la función jurisdiccional.

Partiendo de esta concepción del derecho procesal emprende su análisis a la luz de su carácter unitario. Advierte que la confusión generada deriva de los distintos planos en que se analiza la ciencia del derecho procesal, el proceso, el procedimiento y la jurisdicción. Examinando las distintas teorías de la diversidad especialmente aquellas defendidas por Eugenio Florián y Vicente Manzini, relativas al proceso penal como contrapuesto a su subordinación al proceso civil, advierte que en realidad no son contradictorios sino que por el contrario parten de las mismas teorías fundamentales para explicar la naturaleza y fines del proceso, lo que pone de manifiesto la unidad esencial del derecho procesal. De tal suerte



concluye que existe esta unidad conceptual, si bien con diversidad en el proceso y multiplicidad del procedimiento.

En un apartado específico analiza con detalle el carácter histórico de la diversidad del proceso. Para ello analiza el proceso evolutivo de la concepción científica del derecho procesal, que iniciara desde la famosa obra de Bülow de 1968, quien le otorga al proceso un carácter de relación pública entre el juez y las partes, distinguiendo el derecho material y la acción procesal. Pasando por Wach en su teoría sobre la pretensión de tutela jurídica, hasta la conocida prolusión de Chiovenda de 1903 y de autores que siguieron abonando en la construcción científica de la disciplina (Goldschmidt, Carnelutti, Calamandrei, Couture, Prieto Castro, Fairén Guillén, etcétera).

Así se llega a visualizar la conquista del derecho procesal civil como rama autónoma y advierte la manera en que las mismas teorías encuentran eco en el proceso penal hasta su aceptación como disciplina autónoma. Concluye destacando que

...de estas dos primitivas ramas del derecho procesal se fueron formando otras que paulatinamente fueron alcanzando autonomía (haciendo hincapié que con esta palabra no queremos indicar independencia absoluta o desvinculación de la ciencia madre), expansión que se inicia a partir de la revolución Francesa, primeramente con el derecho procesal administrativo (que es desarrollado en forma admirable en Francia a través de la jurisprudencia del Consejo de Estado), posteriormente con el constitucional, el laboral, el agrario, el asistencial, y finalmente, el supraestatal, con inmensas perspectivas en el agitado mundo de la segunda posguerra; pudiendo decirse que ninguna disciplina jurídica ofrece tan brillante futuro como la antaño modesta ciencia procesal, ya que el proceso tiende a invadir y a abarcar todo el inmenso campo del derecho (página 24).

Con estas premisas y otorgando al derecho procesal el carácter de público derivado de su evolución a partir de la segunda mitad del siglo XIX, realiza un ensayo de clasificación de sus diversas ramas. Lo anterior con la finalidad de situar “geográficamente” al derecho procesal constitucional, género al cual pertenece, a su vez, el proceso de amparo. De esta forma clasifica, según la finalidad de las normas, al derecho procesal en: *a)* dispositivo (derecho procesal civil y mercantil); *b)* social (derecho procesal laboral, agrario y asistencial); *c)* inquisitorio (derecho

procesal penal, familiar y del estado civil, administrativo y constitucional), y *d*) supraestatal.

Esta clasificación si bien pudiera actualizarse con una perspectiva contemporánea, tiene el gran mérito de ubicar a la nueva disciplina del derecho procesal constitucional en el concierto de las ramas procesales, otorgándole el carácter inquisitorio. Señala el autor que “con mayor razón debemos situar en este grupo de normas procesales a aquéllas que sirven de método para lograr la efectividad del principio de la supremacía constitucional, la que caería por su base si los órganos del poder pudieran desconocer o violar las normas fundamentales, sin que existiera un medio para prevenir y reparar dichas violaciones” (página 49). En este sentido distingue entre el “proceso” del simple “procedimiento” constitucional. Este último entendido como la vía para lograr la defensa constitucional sin acudir a un acto jurisdiccional, como ejemplifica sucede con la responsabilidad ministerial, la emisión de los votos de confianza, la disolución del Poder Legislativo o el veto presidencial. En cambio, “dado el carácter público del proceso constitucional es evidente que el principio oficial o inquisitorio tiene plena aplicación”.

III. *El derecho procesal constitucional*. Mientras que los capítulos anteriores sirvieron para establecer la naturaleza procesal de la disciplina como rama del derecho procesal, este tercer capítulo lo destina Fix-Zamudio a su sistematización dogmática. Este apartado constituye el primer estudio realizado sobre la “ciencia del derecho procesal constitucional” como disciplina procesal. Y para ello el autor lo divide en siete partes:

#### 1. *Nacimiento de la disciplina*

Partiendo de la evolución del derecho procesal como ciencia expuesta en los capítulos precedentes, Fix-Zamudio enfatiza que

...llegamos a la conclusión de que existe una disciplina instrumental que se ocupa del estudio de las normas que sirven de medio para la realización de las disposiciones contenidas en los preceptos constitucionales, cuando éstos son desconocidos, violados o existe incertidumbre sobre su significado: siendo esta materia una de las ramas más jóvenes de la ciencia del derecho procesal, y por lo tanto, no ha sido objeto todavía de una doctrina sistemática que defina su verdadera naturaleza y establezca sus límites dentro del inmenso campo del derecho.

Esta aseveración resulta significativa, en la medida en que reconoce el propio Fix-Zamudio que el derecho procesal constitucional todavía no había sido objeto de un análisis sistemático que estableciera su naturaleza jurídica. Esto confirma nuestra hipótesis relativa a que en realidad el trabajo de Fix-Zamudio que estamos comentando representa el primero en sistematizarla en su dimensión de disciplina autónoma procesal, lo cual dista de la intención de Kelsen en su ensayo de 1928. De esta manera, estimamos que no debemos confundir la base de cimentación (Kelsen), con la construcción dogmática de la disciplina como ciencia procesal (Couture, Calamandrei, Cappelletti), hasta llegar a su reconocimiento (Alcalá-Zamora y Castillo) y sistematización conceptual (Fix-Zamudio).

Fix-Zamudio parte de las consideraciones de Kelsen y advierte que los diversos estudios que se han realizado en relación con los métodos para actualizar los mandatos de la Constitución están dispersos en los manuales de derecho político o constitucional y englobados bajo la denominación genérica de “defensa constitucional”, por lo que con mayor razón considera que el análisis del concepto de proceso constitucional sea nuevo y prácticamente virgen. Considera que esto se debe, por una parte, a que la Constitución, como objeto de conocimiento, ha sido estudiada preferentemente desde el punto de vista sociológico y político, y de manera secundaria su aspecto estrictamente normativo. Por la otra, a que las normas constitucionales están frecuentemente desprovistas de sanción, esto es, carecen de remedios jurídicos en caso de su violación, recurriéndose frecuentemente a medios políticos para lograr la reparación o cumplimiento de la norma infringida, lo que ha provocado que los estudios se concentren en esa protección política o sociológica. Sin embargo, a partir de las ideas de Hans Kelsen y de Mirkin-Guetzevicht sobre la “racionalización del poder” y continuada por Carl Schmitt, Herman Heller y otros juristas, se alienta la preocupación de un estudio científico de la salvaguardia de la Constitución, incluso en la doctrina francesa (León Duguit, Gastón Jese y Julián Bonnecase), para predicar la nueva corriente del control jurisdiccional de la Constitución, que ya venía aplicándose en los Estados Unidos derivada de la jurisprudencia de su Corte Suprema.

## *2. La defensa constitucional*

Este es un apartado de relevancia en la medida en que Fix-Zamudio, con la finalidad de contribuir al objeto de estudio de la nueva rama pro-

cesal, emprende su deslinde con el derecho constitucional. Esta delimitación la realiza a través de la distinción entre los conceptos de “defensa” y “garantía” de la Constitución. Asevera que esta confusión lleva a “errores semánticos” de manera similar a los que se producen cuando se identifica el derecho subjetivo con la acción procesal.

El autor parte de la concepción de Calamandrei sobre las disposiciones “primarias” dirigidas al sujeto jurídico y las “secundarias” enderezadas hacia un órgano del Estado encargado de imponer ese mandato primario, así como de las ideas de James y Roberto Goldschmidt sobre el carácter “justicial” de aquellas normas secundarias o sancionatorias. Bajo esta concepción, entiende que “las garantías de las normas supremas son aquéllas de carácter justicial formal que establecen la actualización del poder que debe imponer la voluntad del Constituyente”. Y señala su preferencia por la expresión “garantía” de las también utilizadas connotaciones relativas a la “tutela” o “control”, al estimar que la primera implica en sentido estricto un remedio, un aspecto terapéutico o restaurador, mientras que las otras expresiones son demasiado amplias.

La “Defensa de la Constitución” conforme al pensamiento de Fix-Zamudio, constituye un concepto genérico de salvaguarda de la norma suprema, que comprende tanto a los aspectos “patológicos” como “fisiológicos” en la defensa de la ley fundamental, a manera de sus dos especies: *a)* La primera denominada “protección constitucional” es materia de la ciencia política en general, de la teoría del Estado y del derecho constitucional. Comprende la protección política (principio de división de poderes), protección jurídica (procedimiento dificultado de reforma constitucional), protección económica (control del presupuesto del estado) y la protección social (organización de los partidos políticos), teniendo un carácter eminentemente “preventivo o preservativo”, y *b)* la segunda que denomina “garantías constitucionales”, materia del derecho procesal constitucional y que constituyen los remedios jurídicos de naturaleza procesal destinados a reintegrar la eficacia de los preceptos constitucionales violados, por lo que tienen un carácter “restitutorio o reparador”.

### *3. Garantías fundamentales y garantías de la Constitución*

Fix-Zamudio se detiene a su vez en las tres diversas connotaciones de la expresión “garantías” que se le otorgan en el derecho público. Por un

lado la tradicional denominación de “garantías fundamentales” como sinónimo de derechos, utilizada por las Constituciones francesas posteriores a la Revolución de 1789; por otro, aquella concepción que se refiere a los instrumentos sociales, políticos y jurídicos para preservar el orden jurídico establecido en la Constitución (Jellinek); y por último, su significación como método procesal para hacer efectivos los mandatos fundamentales. De ahí concibe la distinción contemporánea que debe existir entre “garantías fundamentales” entendidas como derechos y “garantías constitucionales” referidas a los medios procesales que dan efectividad a los mandatos fundamentales cuando son desconocidos, violados o existe incertidumbre respecto de su forma o contenido.

#### 4. *Diversos sistemas de garantías de la Constitución*

Una vez definida la significación de las “garantías constitucionales” se analizan los sistemas establecidos para reintegrar la validez del orden constitucional. Partiendo de los dos sistemas significados por Kelsen relativos a la “abrogación de la ley inconstitucional” y la “responsabilidad personal del órgano”, el autor estima que esta clasificación resulta insuficiente al quedar excluidos aquellos actos contrarios a las disposiciones dogmáticas y orgánicas de la Constitución que no tengan carácter legislativo. Por lo tanto, Fix-Zamudio estima que en realidad los sistemas de garantías de la Constitución son de tres clases:

A) *Garantía política*, que realiza un órgano político, pudiendo ser alguno de los existentes en la estructura de la Constitución o bien un órgano especialmente creado. Es un órgano calificado como poder “neutral” “intermedio” “regulador” o “moderador” conforme a la concepción de Schmitt y que tiene su origen en la teoría de la monarquía constitucional del siglo XIX (Benjamin Constant).

B) *Garantía judicial de la Constitución*, que se sigue ante un tribunal establecido al efecto, teniendo como función la de declarar, sea de oficio o principalmente a petición de personas u órganos públicos legítimos, cuando una ley o un acto son contrarios a la ley fundamental y produce tal declaración la anulación absoluta de los mismos. Advierte el autor dos sistemas, el que denomina “austriaco” por obra de Kelsen, si bien con precedentes anteriores en algunas Constituciones alemanas como las de Baviera (1818) y Sajona (1831) que instituyeron un Tribunal de Justi-

cia Constitucional como lo advertía Schmitt; y el que denomina “español”, por haberse creado en la Constitución de la II República española de 1931, que si bien se inspiró en el sistema “austriaco”, estableció modalidades que permiten considerarlo como un sistema peculiar con procedimientos específicos.

C) *Garantía jurisdiccional de la Constitución*, que realizan los órganos estrictamente jurisdiccionales actuando en la composición de la litis sobre el contenido o forma de una norma constitucional, para el caso concreto y a través del “agravio personal”. El autor lo denomina “sistema americano”, en virtud de que es seguido en términos generales por los países de ese continente y derivado de la Constitución de los Estados Unidos de 1787. Este sistema se divide, conforme a la concepción del autor, en dos grandes ramas: la primera que se realiza a través de una verdadera jurisdicción constitucional (como señala sucede en México debido a que del amparo conoce privativamente y con procedimiento especial el Poder Judicial de la Federación); y la segunda, cuyo control se realiza por el Poder Judicial común (excepto los denominados *extraordinary legal remedies*) dentro del procedimiento ordinario.<sup>330</sup>

##### 5. *Ventajas y superioridad de la garantía jurisdiccional*

El autor precisa que no existen en forma típica ni exclusiva los diversos sistemas de garantías de la Constitución. Sin embargo, las argumen-

<sup>330</sup> Por supuesto que existen construcciones dogmáticas de gran calado en la actualidad, como la concepción de “garantía” de Luigi Ferrajoli, al entender que “Las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional. Por eso, reflejan la diversa estructura de los derechos fundamentales, para cuya tutela o satisfacción han sido previstas: las *garantías liberales*, al estar dirigidas a asegurar la tutela de los derechos de libertad, consisten esencialmente en técnicas de invalidación o de anulación de los actos prohibidos que las violan; las *garantías sociales*, orientadas como están a asegurar la tutela de los derechos sociales, consisten, en cambio, en técnicas de coerción y/ o de sanción contra la omisión de las medidas obligatorias que las satisfacen. En todos los casos, el garantismo de un sistema es una cuestión de *grado*, que depende de la precisión de los vínculos positivos o negativos impuestos a los poderes públicos por las normas constitucionales y por el sistema de garantías que aseguran una tasa más o menos elevada de eficacia a tales vínculos” (*Derechos y garantías. La ley del más débil, cit.*, nota 205, p. 25).

taciones de Fix-Zamudio se dirigen a la superioridad que caracteriza al sistema de garantía jurisdiccional, sea como integrante de una jurisdicción especializada o como órgano judicial ordinario, al ser la figura del juez el defensor más calificado de las normas fundamentales, actuando sin apasionamiento ni vehemencia de las lides políticas.

#### *6. Concepto de derecho procesal constitucional*

Así llega el autor a una definición de lo que entiende por derecho procesal constitucional, al concebirla como

...la disciplina que se ocupa del estudio de las garantías de la Constitución, es decir, de los instrumentos normativos de carácter represivo y reparador que tienen por objeto remover los obstáculos existentes para el cumplimiento de las normas fundamentales, cuando las mismas han sido violadas, desconocidas o existe incertidumbre acerca de su alcance o de su contenido, o para decirlo en palabras carnelutianas, son las normas instrumentales establecidas para la composición de los litigios constitucionales (páginas 90- 91).

#### *7. El derecho procesal constitucional mexicano*

Pone en conexión los apartados anteriores con el ordenamiento jurídico mexicano. Así se ocupa del examen de las garantías de la propia Constitución y que están establecidas en el texto mismo de la norma suprema. Fix-Zamudio advierte tres garantías de carácter jurisdiccional y en tal virtud, tres procesos diversos, a saber: 1) el que denomina “represivo” que corresponde al “juicio político” o “de responsabilidad” (artículo 111); 2) el proceso constitucional que se contrae a las controversias entre dos o más Estados, entre los Poderes de un mismo Estado sobre la constitucionalidad de sus actos, de los conflictos entre la Federación y uno o más Estados, así como aquéllas en que la Federación fuese parte (artículo 105), y 3) el proceso de amparo, que se contrae a la controversia que se suscite por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales (artículo 103).

### 8. *El proceso constitucional*

En este cuarto capítulo el autor estudia de manera particular al amparo como “el proceso constitucional por antonomasia, en virtud que constituye la garantía normal y permanente de la Constitución, en contradicción con los otros dos que son medios extraordinarios e intermitentes”. Partiendo de un estudio genérico de lo que se entiende por “proceso” y de las diversas teorías en su evolución, define al mismo como “el conjunto armónico y ordenado de actos jurídicos, en vista de la composición de la litis de trascendencia jurídica, que establece una relación de las partes con el juzgador y que se desenvuelve en una serie concatenada de situaciones”.

Una vez establecida la naturaleza y fines del proceso en general, Fix-Zamudio incursiona en la naturaleza jurídica y fines propios del “proceso de amparo”. Así estudia conceptos como la “acción constitucional”, la “jurisdicción constitucional”, la “relación jurídica procesal” y su “estructura procesal”. En este último sentido, la separación estructural de los diversos tipos de amparo constituye una de las principales contribuciones del autor, diseccionando los distintos sectores del amparo mexicano: 1) el primer sector se refiere a su concepción original como medio de protección de los derechos fundamentales en su dimensión individual y colectiva; 2) el segundo como “amparo contra leyes”; 3) el tercero en su dimensión de garantía de la legalidad, es decir, el “amparo casación”, que se perfila como un recurso de casación propiamente dicho. Y es por ello que el autor considera que el amparo mexicano tiene una trilogía estructural, de recurso de inconstitucionalidad, de amparo de derechos fundamentales y de amparo de casación, lo que lo lleva también a la conclusión de la desbordante labor que en ese entonces realizaba la Suprema Corte de Justicia, al realizar las funciones de un Tribunal Constitucional, de una Corte de Casación, de un Tribunal Supremo Administrativo y de un Tribunal de Conflictos.

Con esta significativa aportación se inició en México la reivindicación de la naturaleza procesal del amparo. El propio Fix-Zamudio ha reconocido expresamente “iniciar esta corriente” en un importante estudio que preparó con motivo al merecido homenaje a su maestro Alcalá-Zamora y Castillo, bajo el título de “El juicio de amparo y enseñanza del derecho procesal”. El profesor mexicano expresa:



Creemos haber tenido el privilegio de iniciar esta corriente con nuestra sencilla tesis profesional intitulada *La garantía jurisdiccional de la Constitución Mexicana* (México, 1955), que lleva el subtítulo significativo de ensayo de una estructuración procesal del amparo, inspirada en las enseñanzas del distinguido procesalista Niceto Alcalá-Zamora y Castillo sobre la unidad del derecho procesal, y en cuanto a la trilogía estructural de nuestra institución.<sup>331</sup>

Esta definición conceptual, sin embargo, fue debatida por Ignacio Burgoa, destacado profesor de amparo y que en aquel entonces ya contaba con su clásica obra sobre la materia.<sup>332</sup> En la sexta edición de su obra critica la corriente procesalista para estudiar el amparo, al considerar que la teoría general del proceso se origina del proceso civil, diferente del amparo por su motivación y teología. Se dio pronto la polémica debido a que el destacado abogado Santiago Oñate opinaba lo contrario, defendiendo el carácter procesal del amparo.<sup>333</sup> Esto repercutía incluso en la manera en que debía enseñarse la materia en las universidades, ya que tradicionalmente se ha enseñado bajo el título de “garantías y amparo”, que implica el estudio propiamente de los derechos fundamentales y del mecanismo procesal de su tutela.

Esto llevó a Fix-Zamudio a defender su postura en los siguientes años, al señalar:

¿En qué consiste esta teoría general del proceso, que parece tan esotérica a varios de los cultivadores del juicio de amparo mexicano? Se trata en realidad de una conclusión muy simple, que consiste en sostener la existencia de una serie de conceptos comunes a todas las ramas de enjuiciamiento, los

<sup>331</sup> Fix-Zamudio, Héctor, “El juicio de amparo y la enseñanza del derecho procesal”, en el “Número Especial. Estudios de Derecho Procesal en honor de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, *cit.*, nota 215, p. 429.

<sup>332</sup> *El juicio de amparo*, 6a. ed., México, Porrúa, 1968. La última edición de este clásico libro es la 41a. ed., de 2006. La 1a. edición corresponde al año de 1943. El profesor Burgoa falleció a los 87 años, el 6 de noviembre de 2005. Véanse las semblanzas de Xitlali Gómez Terán y Alfonso Herrera García, que aparecen en la *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 5, enero-junio de 2006, pp. 447-79 y 481-486, respectivamente.

<sup>333</sup> La polémica aparece en los periódicos *Excelsior* del 7 de junio y *El Heraldo* del 2 y 5 de julio, todos de 1968; citado por Héctor Fix-Zamudio, en su estudio “El juicio de amparo y la enseñanza del derecho procesal”, *cit.*, nota 215, p. 426, notas 2 a 4.

cuales pueden estudiarse en su aspecto genérico, sin perjuicio de los aspectos peculiares que asumen en cada una de las disciplinas específicas.<sup>334</sup>

### 9. Conclusiones

El último capítulo contiene diecisiete conclusiones que reflejan el contenido del trabajo desarrollado. Para los efectos que aquí interesan, destacan las conclusiones segunda, cuarta y quinta, que expresan:

SEGUNDA. Las grandes conquistas alcanzadas por la teoría general del proceso en los últimos tiempos, primeramente bajo la dirección de los jurisconsultos alemanes y posteriormente por la ciencia jurídica italiana, que ha trascendido a los procesalistas españoles e hispanoamericanos; y por otra parte, la aparición de una nueva disciplina procesal: “El derecho procesal constitucional” permiten encauzar el amparo hacia su plena reivindicación procesal, aspecto que ha ocupado hasta la fecha un lugar secundario, pero que promete un gran florecimiento, eliminando los obstáculos que impiden una consciente y necesaria reforma de la legislación de amparo.

CUARTA. Dentro de la clasificación del proceso en razón de su materia, el amparo debe considerarse formando parte del derecho procesal constitucional, el cual, por virtud de la categoría de normas que garantiza, que son las fundamentales del ordenamiento jurídico, entra plenamente dentro del sector inquisitorio del derecho procesal, toda vez que la publicidad de su objeto implica que sus principios formativos establezcan la plena dirección del juzgador, la falta de disposición de las partes tanto sobre el objeto del litigio como sobre el material probatorio, el predominio de la verdad material sobre la formal, y la máxima concentración, publicidad y oralidad del procedimiento.

QUINTA. La falta de sistematización de una materia tan novedosa, como lo es la ciencia del derecho procesal constitucional, cuya consolidación debe situarse en el año de 1928, en el cual el profesor Hans Kelsen publicó un fundamental trabajo sobre la misma, hace necesario precisar conceptos, para lo cual debe hacerse la distinción, dentro del género de la defensa constitucional de dos grandes grupos de normas que tutelan los mandatos del constituyente: por un lado deben situarse aquellas que sirven de protección a las disposiciones supremas, que tienen un carácter preventivo o preservativo y, por otro, a las de naturaleza procesal o “justicia formal”,

<sup>334</sup> *Ibidem*, p. 431.

que garantizan la Constitución de manera represiva y reparadora. Estas últimas constituyen las “garantías de la Constitución”.

Hasta aquí el resumen de la trascendental postura doctrinal de Fix-Zamudio que elaboró en su tesis para obtener el grado de licenciado en derecho en el año de 1955, cuyos capítulos se publicaron parcialmente en distintas revistas al año siguiente. Como puede apreciarse, representa el primer estudio sistemático de la ciencia del derecho procesal constitucional, entendida como disciplina autónoma procesal.

El origen científico del derecho procesal, como hemos tratado de exponer a lo largo del presente estudio, inicia con el trascendente estudio de Kelsen en 1928 sobre la garantía jurisdiccional de la Constitución. Este ensayo que impactó a la concepción misma del derecho, constituye la base sobre la cual la corriente científica procesal encontraría sustento, por lo que puede considerarse a Kelsen como el precursor de la disciplina. Sin embargo, el desarrollo desde la corriente del procesalismo científico se debió a las aportaciones de Eduardo J. Couture (1946-1948), Piero Calamandrei (1950-1955) y Mauro Cappelletti (1955). Estos autores desde distintas perspectivas estudiaron las categorías procesales vinculadas a la Constitución, especialmente “el debido proceso”, las nuevas “jurisdicciones constitucionales” así como los “procesos constitucionales” que se habían creado. Y es Alcalá-Zamora y Castillo (1944-1947), como acertadamente lo ha puesto de relieve recientemente el destacado jurista peruano Domingo García Belaunde, el que por vez primera vislumbra la “disciplina científica” y le otorga nombre. Faltaba, sin embargo, la configuración conceptual y sistemática, que la realizara Héctor Fix-Zamudio (1955-1956), a manera de último eslabón de construcción de la ciencia del derecho procesal constitucional.

Es precisamente con la clara postura doctrinal de Fix-Zamudio donde el derecho procesal constitucional se termina de configurar “como ciencia”, debido a que:

- 1) Parte del reconocimiento de la “falta de sistematización” de la ciencia del derecho procesal constitucional.
- 2) La incardina en la ciencia procesal a manera de una de sus ramas y como consecuencia natural de la evolución que han experimentado las demás ramas procesales. Si bien Alcalá-Zamora y Castillo lo había puntualizado con anterioridad, es Fix-Zamudio el que lo sustenta científicamente.

- 3) Acepta la teoría de la unidad de la ciencia procesal, aclarando que existe diversidad de procesos y multiplicidad de procedimientos.
- 4) Clasifica las diversas ramas procesales teniendo en cuenta el objeto de sus normas y encontrando la naturaleza propia del derecho procesal constitucional.
- 5) Ubica al derecho procesal constitucional dentro de las disciplinas que comprenden el sector inquisitorio del derecho procesal. Entiende que debido a la publicidad de su objeto implica que sus principios formativos establezcan la plena dirección del juzgador, la falta de disposición de las partes del objeto del litigio como del material probatorio y predomina la verdad material sobre la formal, así como la máxima concentración, publicidad y oralidad del procedimiento.
- 6) Para determinar el objeto de estudio del derecho procesal constitucional, realiza un planteamiento integral de la defensa de la Constitución.
- 7) Partiendo de la connotación genérica de la defensa constitucional, distingue entre sus especies dos grandes grupos de normas que tutelan los mandatos del constituyente. Por una parte las que denomina “protección constitucional” que protegen las disposiciones supremas teniendo un carácter preventivo o preservativo. Las segundas, que denomina “garantías constitucionales” se integran por los instrumentos procesales que garantizan la Constitución de manera represiva y reparadora.
- 8) Delimita el estudio entre la ciencia constitucional y la procesal, puntualizando que las primeras pertenecen al campo del derecho constitucional, derecho político o teoría del Estado; mientras que las segundas constituyen objeto de estudio del derecho procesal constitucional.
- 9) Estudia las diversas connotaciones que desde el derecho público se le han atribuido al vocablo “garantías”, para deducir que la concepción contemporánea de las “garantías constitucionales” se dirige a su significación como instrumentos de protección y no en su dimensión de derechos fundamentales. Esto lo lleva a distinguir, por tanto, las “garantías fundamentales” de las “garantías de la Constitución”, entendiendo estos últimos como los instrumentos normativos de carácter represivo y reparador que tienen por objeto

remover los obstáculos existentes para el cumplimiento de las normas fundamentales.

- 10) Distingue tres especies de “garantías de la Constitución”: política, judicial y jurisdiccional, que producen los tres sistemas existentes en la defensa de la Constitución.
- 11) Estudia el por qué la “garantía jurisdiccional” es el que ofrece mayores ventajas.
- 12) Se establece por primera vez un concepto del derecho procesal constitucional, entendida como la disciplina que se ocupa del estudio de las garantías de la Constitución, es decir, de los instrumentos normativos de carácter represivo y reparador que tienen por objeto remover los obstáculos existentes para el cumplimiento de las normas fundamentales, cuando las mismas han sido violadas, desconocidas o exista incertidumbre acerca de su alcance o de su contenido.
- 13) Establece el contenido del derecho procesal constitucional mexicano, identificando las garantías constitucionales establecidas en su ley fundamental.
- 14) Para definir el “proceso constitucional” se parte de la naturaleza jurídica y fines mismos del “proceso”, como una de las categorías fundamentales de la ciencia procesal. Para ello se emprende el análisis de las diversas teorías desde la corriente del procesalismo científico.
- 15) Define al proceso como el conjunto armónico y ordenado de actos jurídicos, en vista de la composición de la litis de trascendencia jurídica, que implica la vinculación de las partes con el juzgador y que ese desenvuelve a través de una serie de situaciones jurídicas que se van sucediendo según las partes actúen en relación con las expectativas, posibilidades, cargas y liberación de cargas que les son atribuidas.
- 16) Se distingue entre los fines de las pretensiones de las partes (protección de los derechos subjetivos), de la jurisdicción (actuación del derecho objetivo) y de los fines propios del proceso, que pueden ser inmediatos (composición del litigio) o mediatos (restaurar el orden jurídico violado).
- 17) Definiendo el proceso y sus fines, llega al entendimiento de que la institución del “amparo” es un “proceso” que merece la califica-

ción de “constitucional” por su doble vinculación con la ley fundamental, debido a que su objeto lo constituyen precisamente las normas constitucionales, ya sea directamente o a través del control de legalidad, y además porque su configuración se encuentra en los propios preceptos fundamentales.

- 18) Analiza las particularidades del “proceso constitucional de amparo”, donde advierte que existe una “acción constitucional” y una “jurisdicción constitucional”.
- 19) Advierte la triple naturaleza del proceso de amparo mexicano: como un verdadero amparo (en su concepción original para la protección de los derechos fundamentales), como un “recurso de casación” (amparo-casación) y como un “recurso de inconstitucionalidad” (amparo contra leyes).
- 20) Analiza la problemática derivada de la compleja competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al actuar como Tribunal Constitucional, Corte de Casación, Tribunal Supremo Administrativo y Tribunal de Conflictos.

Debe tenerse presente que este planteamiento sistemático e integral de la ciencia del derecho procesal constitucional se realizó por Fix-Zamudio en 1955, cuando todavía no iniciaba funciones la Corte Constitucional italiana y la alemana se encontraba en sus primeros trazos. Es por ello que si bien algunos planteamientos pueden verse superados o redimensionados a la luz del desarrollo contemporáneo que han experimentado las magistraturas constitucionales en sus diversas modalidades, el planteamiento teórico relativo a su definición conceptual y sistemática como disciplina autónoma procesal sigue vigente. En esa dimensión debemos de valorar esa joya de ensayo del hoy *investigador emérito* del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y replantear su significación histórica ahora que los estudiosos escudriñan el nacimiento científico de la disciplina del derecho procesal constitucional.

Esta postura es la que, con algunos matices y desarrollos posteriores, ha defendido el profesor mexicano a lo largo de sus cincuenta años fructíferos de investigación jurídica, como se puede apreciar de las últimas ediciones de sus trascendentales libros sobre *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*,<sup>335</sup> *Derecho constitucional*

<sup>335</sup> 3a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2005 (1a. ed., 1994, 2a. ed., 1998)

*mexicano y comparado* (con Salvador Valencia Carmona)<sup>336</sup> e *Introducción al derecho procesal constitucional*.<sup>337</sup>

Desde hace medio siglo comenzaron sus enseñanzas sobre el derecho procesal constitucional, que se refleja directa o indirectamente en todos sus libros y donde se pueden apreciar distintas etapas en la evolución de su pensamiento: *El juicio de amparo*,<sup>338</sup> *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional. 1940-1965*,<sup>339</sup> *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*,<sup>340</sup> *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*,<sup>341</sup> *Metodología, docencia e investigación jurídicas*,<sup>342</sup> *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*,<sup>343</sup> *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*,<sup>344</sup> *Protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos*,<sup>345</sup> *Ensayos sobre el derecho de amparo*,<sup>346</sup> *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*,<sup>347</sup> *El Poder Judicial en el ordenamiento mexicano*,<sup>348</sup> *El consejo de la judicatura*,<sup>349</sup> *México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*,<sup>350</sup> *Comentarios a la Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal*, y<sup>351</sup> *Derecho procesal*.<sup>352</sup>

<sup>336</sup> México, Porrúa-UNAM, 5a. ed., 2007 (1a. ed. 1999, 2a. ed. 2001, 3a. ed. 2003 y 4a. ed. 2005).

<sup>337</sup> Querétaro, Fundap, 2002.

<sup>338</sup> México, Porrúa, 1964.

<sup>339</sup> México, UNAM, 1968.

<sup>340</sup> México, UNAM, 1974.

<sup>341</sup> México, UNAM, 1980 ( 2a. ed., Porrúa-UNAM, 1985).

<sup>342</sup> México, Porrúa-UNAM, 14a. ed., 2007 (1a. ed. UNAM, 1981).

<sup>343</sup> Madrid, Civitas-UNAM, 1982.

<sup>344</sup> México, UDUAL-Miguel Ángel Porrúa, 1988.

<sup>345</sup> México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991.

<sup>346</sup> México, Porrúa-UNAM, 3a. ed., 2003 (1a. ed., UNAM, 1993, 2a. ed., Porrúa-UNAM, 1999).

<sup>347</sup> México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2a. ed., 2001 (1a. ed., 1993, reimpresión 1997).

<sup>348</sup> Con José Ramón Cossío, México, Fondo de Cultura Económica, 3a. reimpr., 2003 (1a. ed., 1996).

<sup>349</sup> Con Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, 1996.

<sup>350</sup> 2a. ed., México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 1999.

<sup>351</sup> México, Porrúa-Comisión Nacional de los Derechos Humanos del Distrito Federal, 1995.

<sup>352</sup> Con José Ovalle Favela, México, UNAM, 1991 (2a. ed., 1993).

### XIII. EPÍLOGO

El derecho procesal constitucional comprende dos realidades. Por un lado su análisis histórico-social y por otro su estudio científico.

El primero se refiere a los instrumentos jurídicos de protección de los derechos humanos o de altos ordenamientos, así como en general las distintas jurisdicciones u órganos que conocían de estos mecanismos procesales en las diversas épocas y sistemas jurídicos. Así se estudian las instituciones, medios de defensa, garantías, personajes, jurisdicciones, jurisprudencia, doctrina e ideologías, lo que permite escurrir sus antecedentes remotos desde la antigüedad. Corresponde a las “fuentes históricas” de la disciplina sean legislativas, jurisprudenciales o ideológicas.

En cambio, el origen científico del derecho procesal constitucional se ubica entre los años de 1928 y 1956. En este periodo se advierten cuatro etapas concatenando las contribuciones de insignes juristas, hasta llegar a su conformación científica:

#### 1. *Precursora (1928-1942)*

Se inicia con el trabajo de cimentación teórica de Kelsen, relativo a las garantías jurisdiccionales de la Constitución (1928) y al reafirmarse su postura con la polémica que sostuvo con Carl Schmitt sobre quién debería ser el guardián de la Constitución (1931). En este periodo también el fundador de la escuela de Viena realiza uno de los primeros estudios de corte comparativo entre los sistema de control austriaco y americano (1942).

#### 2. *Descubrimiento procesal (1944-1947)*

El procesalista español Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, en sus primeros años de exilio en Argentina (1944-1945) y luego en México (1947), advierte la existencia de una nueva rama procesal y le otorga denominación.



### 3. *Desarrollo dogmático procesal (1946-1955)*

Etapa en la cual desde el mejor procesalismo científico se realizan importantes contribuciones acercando su disciplina a la tendencia del constitucionalismo de la época. Es el periodo del estudio de las garantías constitucionales del proceso iniciada por Couture (1946-1948) y del estudio dogmático de la jurisdicción y de los procesos constitucionales a través de las colaboraciones de Calamandrei (1950-1956) y Cappelletti (1955).

### 4. *Definición conceptual y sistemática (1955-1956)*

El último eslabón constituye su configuración científica como disciplina procesal. La realiza Fix-Zamudio en su trabajo relativo a *La garantía jurisdiccional de la Constitución mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo* (1955), publicado parcialmente al año siguiente en diversas revistas mexicanas (1956).

Esta verdadera “joya” de la ciencia del derecho procesal constitucional no ha sido lo suficientemente valorada por la doctrina contemporánea, no obstante representar el primer estudio de construcción dogmática de la disciplina con la intención manifiesta de establecer su contorno y perfil científico. En otras palabras, constituye el primer ensayo cuyo objeto de análisis es la “disciplina científica” como tal y no algunos aspectos aislados de su contenido.

La postura teórica de Fix-Zamudio tardó en darse a conocer. Probablemente debido a que su inicial trabajo de 1955, que constituye su tesis de licenciatura, apareció en publicaciones dispersas en 1956 siendo hasta 1964 cuando se publica íntegra junto con otros estudios en su libro *El juicio de amparo*. En los siguientes años los rumbos en el análisis científico de la jurisdicción y procesos constitucionales se encaminaron bajo la ciencia constitucional, no obstante que en Italia los procesalistas iniciaron su estudio dogmático a partir de la Constitución de 1947 hasta los primeros años de funcionamiento de la *Corte Costituzionale*.<sup>353</sup> ¿Por qué

<sup>353</sup> Especialmente por los procesalistas en materia civil. Así lo advertía Alcalá-Zamora y Castillo. *Cfr.* “La protección procesal internacional de los derechos humanos”, en varios autores, *Veinte años de evolución de los derechos humanos*, México, UNAM, 1974, pp. 275-384, en p. 278.

razón los procesalistas se apartaron de su estudio? Es una respuesta que debería ser analizada con detenimiento y materia de un diverso ensayo.

Esta tendencia se ha mantenido en el viejo continente. Salvo excepciones, pareciera que el estudio sistemático de los procesos, jurisdicción y órganos de naturaleza constitucionales se encuentra (auto) vedada para los procesalistas, debido a su anclaje como parcela del derecho constitucional. Si bien existe una tendencia para estudiar algún proceso constitucional en particular o uno de sus componentes, siguen resultando escasos los estudios integrales del derecho procesal constitucional como corriente del procesalismo científico contemporáneo. En Europa ha predominado la visión constitucionalista bajo la denominación “justicia constitucional”. Sin embargo, se ha utilizado también la expresión “derecho procesal constitucional” aunque con muy diversos significados y algunas veces como sinónimo de aquélla, siendo pocos los casos que le dan la significación dentro de la corriente procesal, como ha sucedido en España, con procesalistas como Jesús González Pérez, José Almagro Nosete, Víctor Fairén Guillén y María del Calvo Sánchez. En otros países se le dan connotaciones diversas a la expresión, como en Alemania: Michael Sachs, Christian Hillgruber, Christoph Goos, C. F. Müller, Roland Fleury, Ernet Benda, Hubertus Gerdsdorf y Christian Pestalozza; en Italia: Gustavo Zagrebelsky, Alessandro Pizzorusso, Roberto Romboli, Antonio Ruggeri, Marilisa D’Amico y Antonio Spadaro; o bien en Portugal: Jose Joaquim Gomes Canotilho, Guilherme da Fonseca, Inês Domingos y Jorge Miranda.<sup>354</sup>

En Latinoamérica, a partir de la década de los setenta del siglo pasado, la semilla científica sembrada retoma nuevos brotes por los que podríamos denominar forjadores de segunda generación. Curiosamente por dos constitucionalistas: Domingo García Belaunde y Néstor Pedro Sagüés. El primero en el Perú, al advertir la existencia de la disciplina cuando emprende un análisis sobre el *habeas corpus* en su país (1971);<sup>355</sup> y el segundo en Argentina, al estudiar la institución del amparo (1979).<sup>356</sup> En las décadas de los ochenta y noventa desarrollan su contenido aceptando

<sup>354</sup> Véase *supra*, la bibliografía citada en el epígrafe IV: “Hacia la consolidación de una nueva disciplina autónoma”.

<sup>355</sup> *El habeas corpus interpretado*, Lima, Instituto de Investigaciones Jurídica de la Pontificia Universidad Católica de Perú, 1971, p. 21.

<sup>356</sup> *Ley de Amparo: comentada, anotada y concordada con las normas provinciales*, Buenos Aires, Astrea, 1979, p. 64.

implícita o directamente la postura inicial de Fix-Zamudio de 1955-1956, sobre su autonomía procesal. A través de importantes publicaciones, organización de seminarios, congresos, conferencias y enseñanza universitaria, dan a conocer la disciplina y han contribuido de manera importante en su desarrollo científico.

Domingo García Belaunde si bien discrepa en cuanto al contenido que en los años sucesivos le ha otorgado Fix-Zamudio relativo a la distinción con otra rama limítrofe que denomina “derecho constitucional procesal”, lo cierto es que acepta sin ambages y defiende con argumentos sólidos y propios la postura esencial del jurista mexicano: la naturaleza procesal de la disciplina.<sup>357</sup> Por su parte, Néstor Pedro Sagüés también acoge la vertiente procesal del derecho constitucional y acepta a su vez la confluencia del “derecho constitucional procesal” como materia de la ciencia constitucional, si bien advierte “mutaciones y zonas comunes” que conllevan la posibilidad del análisis “mixto” de los institutos.<sup>358</sup>

Estos forjadores de segunda generación se han convertido en genuinos embajadores del derecho procesal constitucional a lo largo y ancho de Latinoamérica. Han formado “escuela” en sus respectivos países y en general en nuestro continente. Esto ha llevado incluso a la formación de institutos o asociaciones científicas como el *Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional*, cuyo presidente es Sagüés y uno de sus vicepresidentes García Belaunde.

Por supuesto que al lado de ellos han destacado importantes juristas latinoamericanos que aceptan la corriente científica del derecho procesal constitucional con diversos matices y contenidos, con importante obra escrita como Osvaldo Alfredo Gozáini (Argentina), Humberto Nogueira Alcalá (Chile) y Rubén Hernández Valle (Costa Rica). Asimismo, debe también destacarse los siguientes autores:

Argentina: Víctor Bazán, Enrique A. Carelli, Juan Carlos Hitters, Fernando M. Machado, Pablo Luis Manili, Mario Masciottra, Adolfo Rivas, Sofía Sagüés y María Mercedes Serra.

<sup>357</sup> Cfr., entre otros, “El derecho procesal constitucional y su configuración jurídica (aproximación al tema)”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 2, julio-diciembre de 2004; así como su libro *Derecho procesal constitucional*, Bogotá, Temis, 2001, *passim*.

<sup>358</sup> Cfr. el t. I de su obra *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*, *cit.*, nota 175, pp. 3-6.

Bolivia: Jorge Asbun, René Baldivieso, José Decker y José Antonio Rivera Santivañez.

Brasil: Marcelo Cantonni de Oliveira, Paulo Roberto de Gouveia Medina, Paulo Hamilton Siqueira Junior, José Alfredo de Oliveira Baracho, Marcus Orione Gonçalves Correia, Gustavo Rabay Guerra, Roberto Rosas y Willis Santiago Guerra Filho.

Chile: Andrés Bordalí Salamanca, Juan Colombo Campbell, Alfonso Perramont y Francisco Zúñiga.

Colombia: Anita Giacomette Ferrer, Javier Henao Hidrón y Ernesto Rey Cantor.

México: Gumesindo García Morelos, Raymundo Gil Rendón, Manlio F. Casarín y César Astudillo.

Nicaragua: Iván Escobar Fornos.

Panamá: Boris Barrios, Rigoberto González Montenegro y Sebastián Rodríguez Robles.

Perú: Samuel B. Abad, Edgar Carpio, Susana Castañeda, Luis Castillo Córdova, Francisco J. Eguiguren, Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, Gerardo Eto Cruz, César Landa, José Palomino Manchego, Aníbal Quiroga León, Elvito A. Rodríguez Domínguez y Luis R. Sáenz Dávalos.

Esto último sólo por mencionar los que tienen obra escrita, enseñan la disciplina y que decididamente han contribuido significativamente a su consolidación.<sup>359</sup>

Hace más de medio siglo Héctor Fix-Zamudio advertía el amanecer de una nueva disciplina procesal, que prometía un florecimiento inusitado por la trascendencia que sus principios tienen para la salvaguarda de las Constituciones democráticas. Hoy el *investigador emérito* del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM tiene la satisfacción de haber contribuido en su formación y contemplar a medio día los rayos luminosos de ese sol esplendoroso de la *Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*.

<sup>359</sup> Véase la bibliografía citada en el epígrafe IV: “Hacia la consolidación de una disciplina autónoma”.



HÉCTOR FIX-ZAMUDIO: LA DEFENSA DE LOS DERECHOS  
HUMANOS. REFLEXIONES SOBRE LA CORTE  
INTERAMERICANA

Sergio GARCÍA RAMÍREZ\*

Celebro la feliz iniciativa de reunir en una obra a colegas, discípulos, amigos —una legión, en cada categoría— del profesor Héctor Fix-Zamudio para hacer nuevo homenaje, convencido y justiciero, a quien es una figura descollante de la ciencia del derecho en Iberoamérica. Y me alegra, no menos, que los organizadores de esta obra colectiva me hayan extendido una invitación generosa para participar en ella, acaso por mi amistad, ya muy antigua, con el profesor Fix-Zamudio, y por mi coincidencia con éste, siempre enriquecedora para mí, en dos espacios de su vida fecunda: el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, desde que fuera Instituto de Derecho Comparado,<sup>1</sup> y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH). En ésta, Fix-Zamudio fue juez y presidente; yo accedí a esa magistratura al cesar la etapa de don Héctor, y he tenido la fortuna de presidir el tribunal en el curso de los últimos cuatro años.

Hubo otros homenajes, semejantes a éste, en torno al catedrático ilustre. Uno de ellos, la obra colectiva, en tres volúmenes, que se le dedicó al<sup>13</sup>

\* Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

<sup>1</sup> El Instituto de Derecho Comparado se fundó en 1940. El 15 de diciembre de 1967 el Consejo Universitario de la UNAM aprobó el cambio de denominación: en lo sucesivo llevaría la que tiene ahora. *Cfr. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Sexagésimo aniversario*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 21 y ss. Ingresé por primera vez al IDC (IIJ) en 1967, cuando Fix-Zamudio llevaba algún tiempo como investigador de carrera.

cumplir treinta años como investigador universitario,<sup>2</sup> una maciza edición que congregó, bajo el signo del Instituto de Investigaciones Jurídicas, a numerosos autores, que dieron testimonio de las tareas del investigador laureado o desarrollaron, en su honor, otros temas. Por motivos ajenos a mi voluntad, no me fue posible llegar a tiempo a esa publicación, pero tuve la oportunidad de agregar al homenaje mi propio artículo, tiempo más tarde, a través de otro medio.<sup>3</sup>

Años después, la Corte Interamericana promovió una obra colectiva, encabezada por los antiguos colegas de Fix-Zamudio en ese tribunal, en la que pude participar.<sup>4</sup> Esa obra, por cierto, fue presentada en una solemne ceremonia en el viejo edificio —viejo de un siglo, como lo atestigua el “árbol de la paz”, sembrado en su jardín central— de la Organización de los Estados Americanos, en la ciudad de Washington. La nutrida concurrencia se unió en un cálido aplauso como homenaje que la comunidad interamericana ofrecía a un mexicano excepcional que había servido, con gran dignidad, en la magistratura de aquella Corte.<sup>5</sup>

Movido por el aprecio y el afecto —pero más por la justicia—, deposité mis reflexiones acerca del profesor Fix-Zamudio en un artículo publicado en la primera plana del diario *Excélsior*, durante la época —trece años— en que me desempeñé como editorialista de esa publicación, bajo el título de “Fix-Zamudio, ilustre mexicano”.<sup>6</sup> De este texto tomaré algu-

<sup>2</sup> *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1988, tres volúmenes: I. Derecho constitucional, con 35 artículos; II. Derecho comparado (y miscelánea), con 29 estudios, y III. Derecho procesal, con 41 artículos.

<sup>3</sup> “Ombudsman, amparo y otros medios tutelares de derechos” (“A Héctor Fix-Zamudio, en homenaje a treinta años de investigación jurídica”), *Medio siglo de la Revista de la Facultad de Derecho. Edición conmemorativa*, México, UNAM, Facultad de Derecho, 1991, pp. 619-634.

<sup>4</sup> *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, San José, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, en dos volúmenes, con 94 artículos, entre ellos mi trabajo “Raíz y horizonte de los derechos ‘sociales’ en la Constitución mexicana”, pp. 77-110, reproducido en mis *Estudios jurídicos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 15 y ss.

<sup>5</sup> La ceremonia se desarrolló el 13 de octubre de 1998. Hizo la presentación de la obra el juez Hernán Salgado Pesantes, entonces presidente de la Corte Interamericana. “El paso de Héctor Fix-Zamudio por la Corte Interamericana —señaló Salgado Pesantes— dejó estelas de sabiduría jurídica y de calidad humana... No es aventurado decir que todos quienes nos honramos con haber sido sus colegas en la Corte mucho aprendimos del maestro erudito, del jurista lúcido y del amigo entrañable”.

<sup>6</sup> *Excélsior*, 22 de octubre de 1998, primera sección, p. 1.

nos pasajes, más adelante, para volver sobre la vida y la obra de mi amigo. Finalmente, a invitación de Fix-Zamudio hice el prólogo o estudio introductorio de su excelente obra en torno a la función constitucional del Ministerio Público en México,<sup>7</sup> que presenta varios artículos —seguidos de una sustanciosa reflexión final— sobre esa institución central de la administración de justicia mexicana. De esta suerte pude ponderar, nuevamente, la tarea de don Héctor, y tal vez corresponder, con modestia, al privilegio que me otorgó en el distante 1974 cuando compuso el prólogo para la primera edición de mi libro *Curso de derecho procesal penal*.<sup>8</sup>

En el artículo periodístico al que me he referido mencioné la necesidad de ir más allá del árido paisaje que suele ofrecer nuestra república, que avanza sobre un camino incierto. Dije entonces que en ese paisaje claroscuro dominaba la región de sombra. Sin perjuicio de echar abajo mitos y distracciones, errores y corrupciones, arrebatados por una demolición saneadora, es preciso formular la apología de cuanto y cuantos la merecen, como lección y ejemplo. Por fortuna, hay materia para el elogio, que algunas veces prodigamos con ligereza y ahora debemos expresar con acierto: elogio que celebre las virtudes y los aciertos, y proponga paradigmas.

Por ello es conveniente buscar señales favorables en la región iluminada del paisaje claroscuro; o en otros términos, localizar notables figuras contemporáneas que se yergan con fuerza decisiva. Contra lo que muchos aseguran, no se necesita la linterna de Diógenes para encontrarlas. Existen, tal vez en abundancia y dondequiera: en los altos quehaceres o en las modestas faenas. Lo importante es que hay figuras de ese carácter para disuadir el pesimismo que nos asedia. El secreto estriba en buscar donde se debe, orientar la búsqueda en la dirección correcta. Si así lo hacemos, pronto surgen bajo nuestros ojos mujeres y hombres de buena cepa, formados en el trabajo genuino y en la práctica de una vida creativa; mujeres y hombres que no se detienen ni se resumen en la codicia ni en el asalto al derecho ajeno. Son la región más transparente de nuestros días.

<sup>7</sup> “A manera de prólogo: la obra de Fix-Zamudio y la institución del Ministerio Público”, en Fix-Zamudio, Héctor, *Función constitucional del Ministerio Público. Tres ensayos y un epílogo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2002, pp. 1-21.

<sup>8</sup> Fix-Zamudio, “Prólogo”, en *Curso de derecho procesal penal*, México, Porrúa, 1974, pp. XXIII y ss.



En esos términos inicié mi comentario periodístico acerca de Héctor Fix-Zamudio. Dije —y hoy lo recuerdo, añadiendo a los años de entonces los que luego transcurrieron— que conocí a don Héctor hace más de cuarenta años en el entorno de quien era maestro de ambos, miembro de un conjunto de eminentes profesores universitarios a los que nuestra casa de estudios debe gran lucimiento, y nosotros, sus discípulos, mucho de lo que hemos logrado —si algo logramos—, sembrado por un magisterio sabio y benévolo.

En este caso me refiero a don Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, hijo del primer presidente de la Segunda República Española, Niceto Alcalá-Zamora y Torres. Nuestro catedrático siguió a su padre en el exilio. Pasó años de trabajo riguroso —como lo fue todo el que desarrolló en una vida entera de servicio a la ciencia jurídica— en su primer destino americano, Argentina. De ahí se trasladó a México, donde profesó e investigó por más de treinta años. Vinculado a otro notable transterrado, don Felipe Sánchez Román, Alcalá-Zamora participó en el establecimiento y desenvolvimiento del Instituto de Derecho Comparado.<sup>9</sup>

En ese tiempo, Fix-Zamudio se desempeñaba como funcionario de la Suprema Corte de Justicia, tarea que lo familiarizó con el juicio de amparo, tema de su tesis de licenciatura<sup>10</sup> y llave de acceso para la especiali-

<sup>9</sup> Sobre el doctor Alcalá-Zamora, *cfr.* las semblanzas o noticias biobibliográficas que suministran Saíd, Alberto, “Breve semblanza del doctor Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, y tres expresiones de sus afares en México 1946-1976”, *Ponencias generales del XII Congreso Mundial de Derecho Procesal*, México, septiembre 22-26, 2003, México, 2003, y en Gómez Lara, Cipriano (comp.), *XII Congreso Mundial de Derecho Procesal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 17 y ss.; y *Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. A 100 años de su nacimiento* (trabajo ganador del Concurso de Ensayos sobre Juristas del Siglo XX, organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2007), que se puede consultar en [www.derecho.procesal.unam.mx](http://www.derecho.procesal.unam.mx) (sección “Nuestros maestros”). También, *cfr.* García Ramírez, “Maestros españoles: Niceto Alcalá-Zamora y los penalistas”, *Cincuenta años del exilio español en la UNAM*, México, UNAM, Coordinación de Difusión Cultural, 1991, pp. 73-83.

<sup>10</sup> Su tesis de licenciatura (“La garantía jurisdiccional de la Constitución: ensayo de una estructuración procesal del amparo”), una excelente obra sobre la materia, forma parte del libro *El juicio de amparo*, México, Porrúa, 1964, con presentación del profesor Antonio Martínez Báez. Agreguemos, entre otras publicaciones específicamente dedicadas a la materia, sus *Ensayos sobre el derecho de amparo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993, y recordemos su presencia en múltiples afares para la reforma del amparo; es el caso, últimamente, de su participación en la comisión designada por la Suprema Corte de Justicia para elaborar un proyecto de reformas a los preceptos constitucionales concernientes a esta materia y a la legislación reglamentaria. *Cfr. Pro-*

dad que ha cultivado, con gran maestría, en derecho procesal constitucional.<sup>11</sup> Los lustros que cumplió en la administración de justicia lo proveyeron de conocimientos y disciplina intelectual, que encauzaría en su nueva y definitiva misión: investigador universitario, con vocación muy firme y dedicación completa. Ninguna solicitud, por atractiva que fuera, desvió su “plan de vida”. Yo mismo fui portador de una invitación, que él declinó con delicadeza, para ser ministro de la Suprema Corte de Justicia. Otras invitaciones recibió, y a todas dio la misma respuesta, amable y resuelta.

Desde los primeros años sesenta se entregó Fix-Zamudio a la tarea de investigación, y al cabo de poco tiempo sustituyó a don Roberto Molina Pasquel en la dirección del Instituto de Derecho Comparado —luego de Investigaciones Jurídicas— cuando este organismo albergaba sólo un pequeño grupo de académicos. En esos años inicié mi trato con él, como alumnos, ambos, de Alcalá-Zamora, quien nos benefició con su afecto y su magisterio. Tuvo, inclusive, la deferencia de dedicarnos una obra, en la que reunió buena parte de las investigaciones que hizo en México,<sup>12</sup> antes de su retorno a España, una vez restablecida la democracia. Fix-Zamudio permaneció en la dirección del Instituto doce años, cuando la norma universitaria disponía periodos directivos de seis años, con una posible reelección.<sup>13</sup> Sobra ponderar lo mucho que debe el Instituto a la gestión de Fix-Zamudio como director, sucedido por otros notables académicos que han colocado al Instituto en la posición relevante que ahora tiene.

*yecto de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de la Ley de Amparo reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, SCJN, 2001.

<sup>11</sup> Ha adquirido carta de naturalización esta perspectiva en el estudio de los medios de defensa procesal de la Constitución. El profesor Fix-Zamudio ha contribuido señaladamente al desarrollo de la materia. *Cfr.*, de éste, el “Prólogo” y el artículo “Breves referencias sobre el concepto y el contenido del derecho procesal constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 3a. ed., México, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación-Porrúa, 2002, pp. XXXI y ss. y 165 ss. Entre las obras más relevantes y requeridas del profesor Fix-Zamudio en el ámbito de la defensa de la Constitución, motivo y razón del derecho procesal constitucional, figura *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, México, Porrúa, 2005.

<sup>12</sup> La dedicatoria corresponde a la obra *Derecho procesal mexicano*, de Alcalá-Zamora y Castillo, México, Porrúa, 1976, t. I, p. VII, que en ella abarca a Héctor Fix-Zamudio, Sergio García Ramírez y Santiago Oñate Laborde.

<sup>13</sup> De octubre de 1966 a octubre de 1978.

A partir de sus estudios sobre el juicio de amparo, Fix-Zamudio emprendió el examen del derecho procesal y luego se adentró en el derecho constitucional, hasta convertirse en uno de los primeros cultivadores de esta disciplina,<sup>14</sup> maestro de muchos jóvenes juristas que le reconocen ascendente y primacía. Presidió el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, del que es ahora Presidente Honorario Vitalicio.<sup>15</sup> En esta larga carrera académica ha publicado numerosos libros y centenares de artículos en revistas nacionales y extranjeras. No sé de nadie en México que tenga la misma presencia en la bibliohemerografía jurídica más allá de nuestras fronteras.<sup>16</sup>

Dije que Fix-Zamudio inició su labor como jurista con el estudio del juicio de amparo, y unos años más tarde emprendió los temas constitucionales. De esta doble fuente, más su propio temperamento y su íntima vocación humanista, provino el interés hacia una materia en la que haría notables aportaciones teóricas y prácticas: los derechos humanos. No deja de ser relevante esta opción profesional y académica, que pone a Fix-Zamudio en una trinchera natural: la defensa de los derechos más

<sup>14</sup> En los días en que elaboro este breve artículo ha aparecido la quinta edición de una obra fundamental en la bibliografía constitucional mexicana: Fix-Zamudio, Héctor, y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, México, Porrúa, 2007. Como se sabe, el profesor Fix-Zamudio también ha traducido al español algunas obras de gran relevancia para el estudio del derecho constitucional y del derecho procesal. Son los casos de Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, y Calamandrei, Piero, *Proceso y democracia*, Buenos Aires, EJEA, 1960.

<sup>15</sup> Presidente del Instituto al inicio del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, calidad en la que pronunció el discurso inaugural de dicho encuentro el 12 de febrero de 2002, al término de éste asumió su nueva y elevada función como Presidente Honorario Vitalicio. El discurso de clausura correspondió al nuevo presidente, doctor Jorge Carpizo. *Cfr. Conclusiones y relatorías del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2002, pp. 129 y ss.

<sup>16</sup> *Cfr.* la semblanza de Fix-Zamudio que hacen J. Jesús Orozco Henríquez y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea en la revista *El Mundo del Abogado*, México, año IV, núm. 33, enero de 2002, pp. 13 y ss. Hablar de aquél —dicen los autores de la semblanza— “no es sólo referirnos al investigador jurídico más importante en México; al jurista mexicano más conocido y reconocido en el mundo; al maestro y forjador de muchas generaciones de juristas; al inspirador de las grandes transformaciones del derecho mexicano; al universitario ejemplar; al Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; es aludir, antes de cualquier otro aspecto, a un ser humano excepcional, en quien coinciden la sabiduría jurídica con la grandeza personal”.

respetables, necesarios y exigentes del ser humano. En la trinchera de enfrente se instalan, en cambio, los luchadores contra la vida, la libertad, la paz, la seguridad y la justicia. En el desempeño de nuestros quehaceres académicos, volvimos a encontrarnos en un curso sobre derechos humanos, en 1969,<sup>17</sup> y en tareas que él promovió dentro de la Academia Mexicana de Derechos Humanos, que culminaron en nuevas publicaciones,<sup>18</sup> así como en la Consulta Nacional sobre Administración de Justicia y Seguridad Pública (1993)<sup>19</sup> y en la comisión redactora de reformas al Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal.<sup>20</sup>

Entre las aportaciones a la tutela de los derechos humanos destacaré ahora la promoción del *ombudsman*. Hasta hace un cuarto de siglo, el *ombudsman* era escasamente conocido en México, y fue mirado, al principio, con recelo. La institución tenía casi dos siglos de vida a partir de su aparición en Suecia. De aquí pasó a otros países —inicialmente escandinavos— y tuvo amplia difusión en el mundo entero, inclusive Iberoamérica, donde fue recibido en forma un tanto tardía, como expresan Fix-Zamudio y Valencia Carmona.<sup>21</sup> Había ciertos desarrollos en nuestro

<sup>17</sup> En éste, patrocinado por la Secretaría de Relaciones Exteriores de México y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y desarrollado del 6 de enero al 27 de marzo e 1969, Fix-Zamudio tuvo a su cargo el cursillo “Introducción al estudio procesal comparativo de la protección internacional de los derechos humanos”, y yo el cursillo sobre “Los derechos humanos y el derecho penal”. *Cfr. Veinte años de evolución de los derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, pp. 169 y ss. y 155 y ss., respectivamente.

<sup>18</sup> Fue el caso de la segunda parte (“Actualidad de los derechos humanos en materia penal. Derechos humanos y sociedad contemporánea”) de mi libro *Derechos humanos y derecho penal*, 2a. ed., México, Miguel Ángel Porrúa, 1988, pp. 167 y ss.

<sup>19</sup> En esta insólita consulta, realizada con amplitud y seriedad por la Procuraduría General de la República en 1982 y 1983, Fix-Zamudio coordinó la comisión referente a justicia de amparo. *Cfr. Memoria de la Consulta Nacional sobre Administración de Justicia*, México, PGR, 1988, pp. 79 y ss., y Alba Leyva, Samuel, “Consulta Nacional sobre Administración de Justicia (1983)”, *La reforma jurídica de 1983 en la administración de justicia*, México, PGR, 1984, pp. 17 y ss.

<sup>20</sup> Comisión convocada por la Procuraduría General de la República, durante mi gestión como titular de esa dependencia, constituida por los profesores Gonzalo M. Armienta Calderón, José Becerra Bautista, Héctor Fix-Zamudio, Fernando Flores García, Fernando García Cordero, Ignacio Medina Lima y el autor de este artículo.

<sup>21</sup> *Cfr.*, de estos autores, la amplia exposición acerca del *ombudsman* en varios países, y desde luego en Latinoamérica y México, en *Derecho constitucional...*, *cit.*, pp. 469 y ss. En diversas obras de Fix-Zamudio aparecen estudios valiosos acerca del *ombudsman*; así, *cfr.*, p. ej., *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, México,

país, que ofrecían precedentes útiles para la aparición franca y el crecimiento de la institución.

Ésta fue una apreciable batalla del profesor Fix-Zamudio, bien librada y finalmente ganada para la causa del derecho y del ser humano. Primero se ocupó en difundir la figura y la tarea del *ombudsman*; luego contribuyó al establecimiento de esta institución en la Universidad Nacional —como Defensoría de los Derechos Universitarios, iniciativa del rector Jorge Carpizo—<sup>22</sup> y en el orden federal, a través de la Comisión Nacional de Derechos Humanos. Tuve el privilegio de coincidir con él, durante varios años, en el Consejo Consultivo de esta Comisión.

También es pertinente mencionar aquí —antes me referí a este punto— el desvelo que nuestro apreciado tratadista ha dedicado al estudio del Ministerio Público, una figura central del enjuiciamiento penal, pero también del orden jurídico nacional, en el que tiene apreciable presencia, suficiente o insuficientemente desarrollada.<sup>23</sup> En este campo, las reflexiones del profesor Fix-Zamudio le han llevado a ocuparse de la autonomía de la institución, tema sobresaliente en debates antiguos<sup>24</sup> y recientes, de los que hemos participado;<sup>25</sup> en la reubicación de la función asesora del

Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993, pp. 403 y ss., y *Protección jurídica de los derechos humanos*, 2a. ed., México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1999, pp. 347 y ss.

<sup>22</sup> La creación de la Defensoría fue planteada por el rector Jorge Carpizo en su discurso de toma de posesión de ese cargo en enero de 1985. El primer Defensor fue el destacado profesor Jorge Barrera Graf, catedrático de la Facultad de Derecho e investigador emérito, hasta su fallecimiento, del Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Cfr.* Aguilar Cuevas, Magdalena, *El defensor del ciudadano* (ombudsman), México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991, pp. 120 y 121. El Estatuto y el Reglamento de este órgano figuran en la misma obra, pp. 328 y ss. *Cfr.*, asimismo, Carreras Maldonado, María *et al.*, “Defensoría de los Derechos Universitarios (ombudsman de la UNAM)”, *Cuadernos de Legislación Universitaria*, nueva época, 1993, núm. 2; y Lara Sáenz, Leoncio, *XX años de derechos humanos y universitarios en la UNAM*, México, UNAM, Defensoría de los Derechos Universitarios, 2005.

<sup>23</sup> *Cfr.*, al respecto, García Ramírez, “Reflexiones sobre el Ministerio Público. Presente y futuro”, *Estudios jurídicos en memoria de Alfonso Noriega Cantú*, México, Porrúa, 1991, pp. 189-223.

<sup>24</sup> Así, el debate entre Emilio Portes Gil y Luis Cabrera, frecuentemente citado por los estudiosos del Ministerio Público en México. *Cfr.* *La misión constitucional del procurador general de la República*, 2a. ed., México, Botas, 1963.

<sup>25</sup> *Cfr.*, por ejemplo, mi posición en García Ramírez, *Poder Judicial y Ministerio Público*, 3a. ed., México, Porrúa, 2006, pp. 149 y ss., así como en el prólogo a la obra de Fix, *Función constitucional...*, *cit.*, p. 14.

gobierno fuera de la institución del Ministerio Público, reubicación que ocurrió, finalmente, bajo la reforma constitucional de 1994-1995; en la revisión del tradicional monopolio de la acción penal en manos el Ministerio Público; en la profesionalización del Ministerio Público a través de medidas semejantes a las adoptadas en el renglón de la carrera judicial, que implican, entre otras cosas, el establecimiento de un organismo rector a la manera del Consejo de la Judicatura, tema que, por cierto, también ha atraído la atención de Fix-Zamudio y motivado la elaboración de una obra valiosa,<sup>26</sup> etcétera.

Deseo referirme en seguida a otro espacio favorecido por el estudio y la dedicación profesional de don Héctor, en forma sobresaliente: la jurisdicción interamericana sobre derechos humanos. Dedicaré a esta materia una extensión mayor, siempre dentro de las limitaciones del presente artículo. Como antes mencioné, Fix-Zamudio fue juez, vicepresidente y presidente de la Corte Interamericana.<sup>27</sup> Su etapa judicial correspondió a un periodo de fortalecimiento y desarrollo del tribunal, que se abría paso entre las instituciones de su género o propósito y debía vencer, todavía, carencias y resistencias tal vez comprensibles en ese periodo aun cercano al nacimiento del organismo. La gestión del juez mexicano, desplegada durante doce años de infatigable labor, contribuyó al buen desempeño de la Corte y a su progreso en puntos esenciales, tanto jurisprudenciales como administrativos. Existe pleno reconocimiento de esta circunstancia, al que me sumo con enorme satisfacción.

Antes de la llegada de don Héctor a la Corte habían actuado en ella otros competentes magistrados, que figuran en la nómina de los fundadores, o bien, en todo caso, de la primera generación.<sup>28</sup> Con ellos coincidió el juez Fix-Zamudio durante los primeros años de su desempeño judicial, como también concurrió a la integración de la Corte con otros jueces que actuaron en etapas posteriores y contribuyeron al afianzamiento del tri-

<sup>26</sup> Fix-Zamudio y Fix-Fierro, Héctor, *El Consejo de la Judicatura*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996.

<sup>27</sup> Electo por la Asamblea General de la OEA en 1985, se desempeñó como integrante de la Corte Interamericana entre 1986 y 1997. Fue vicepresidente en 1989-1999, y presidente en 1990-1993 y 1994-1997.

<sup>28</sup> Los primeros integrantes de la Corte, a partir de la instalación en 1979, fueron Thomas Buergenthal, Estados Unidos; Máximo Cisneros Sánchez, Perú; Huntley Eugene Munroe, Jamaica; César Ordóñez, Colombia; Rodolfo Piza Escalante (primer presidente), Costa Rica; Carlos Roberto Reina, Honduras, y Rafael Urquía, El Salvador.

bunal. Fueron muchas las opiniones consultivas en las que intervino.<sup>29</sup> Participó, igualmente, en sentencias sobre casos contenciosos<sup>30</sup> de las que surgió —conjuntamente con las opiniones consultivas— la importante jurisprudencia interamericana. En todo ello —y en mucho más— se encuentra la huella humana y profesional del distinguido magistrado mexicano.

Aquellos no fueron años fáciles, se sabe bien: hubo que persuadir y atraer voluntades, vencer resistencias y acortar distancias, sortear carencias presupuestales —crónicas, por lo demás— que pesaban sobre el quehacer de la Corte, cumplir innumerables gestiones ante la Organización de los Estados Americanos.<sup>31</sup> Se trataba de que el naciente Tribunal echara firme raíz, creciera, adquiriera prestigio, ganara la confianza de tirios y troyanos. Era, en suma, una novedad institucional pendiente de alcanzar el crédito y la fortaleza indispensables para la enorme tarea que la Convención Americana sobre Derechos Humanos —y la opinión internacional, con diversas perspectivas— habían puesto a su cargo.

En la solución de los problemas operó la personalidad de Fix-Zamudio, bien equipado para participar en un órgano colegiado, que requiere de sus integrantes —“pares” en el ejercicio de la jurisdicción, designados por la misma autoridad y depositarios de idéntica responsabilidad y con-

<sup>29</sup> Participó en la emisión de diez opiniones consultivas, desde la OC-06, del 9 de mayo de 1986, sobre La expresión ‘leyes’ en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, hasta la OC-15/97, del 14 de noviembre de 1997, acerca de Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (artículo 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

<sup>30</sup> Intervino en cuarenta casos contenciosos, del primero que conoció la Corte —el célebre caso Velásquez Rodríguez, ampliamente analizado y citado, que figura con relevancia en la historia jurisdiccional de la Corte, cuyas sentencias (excepciones preliminares, fondo, reparaciones e interpretación) datan de 1987-1990—, que corresponde a la serie C, número 1, al caso de la Panel Blanca (Paniagua Morales y otros), con sentencia del 8 de marzo de 1998 (serie C, número 37); posteriormente, entre 1997 y 1998, también en las sentencias de interpretación de los casos Genie Lacayo, Loayza Tamayo y El Amparo (serie C, números 45-47).

<sup>31</sup> En el discurso de Salgado Pesantes, del 13 de octubre de 1998, al que *supra* me referí, aquél da cuenta de la tareas de Fix-Zamudio en este sector: “Durante sus presidencias (1990-93 y 1994-96) buscó afanosamente mejorar el presupuesto general de la Corte, para lo cual hubo de venir a esta Organización (la OEA) a defender con vehemencia dichos rubros. En su primera presidencia realizó las gestiones preparatorias —que luego culminaron con éxito— para lograr que el Gobierno de Costa Rica... donara el edificio donde se encuentra ubicada la sede de la Corte”.

fianza— mutua y efectiva consideración. A su innegable jerarquía académica, unánimemente conocida y respetada, se unió un “estilo personal” que propició el mejor desempeño del Tribunal. Quienes lo conocen de tiempo atrás y lo han tratado en esta función o en otras que también pusieron a prueba su habilidad y fortaleza, saben que jamás pretende predominar o vencer con criterios de ciencia o autoridad, que no le faltan, sino sugerir, analizar, moderar, coincidir, convencer.

En el profesor Fix campean —y así cumplió su propia travesía— sencillez de trato, modestia natural, renuencia a constituirse en protagonista de todo trabajo y autor de todo progreso, cortesía y cordialidad con quienes le rodean, invariable respeto hacia los colegas y los subalternos. Su natural honorable y ponderado le permite comentar con elogio las tareas ajenas y defender dondequiera el quehacer y la dignidad del tribunal, no sólo a fuer de buen amigo, sino de funcionario justo y cabal.

La Corte Interamericana, anhelada en múltiples declaraciones y resoluciones del orbe americano,<sup>32</sup> que no podría analizar en este momento, se halla en ese conjunto de garantías o instituciones dispuestas para remontar la distancia que media entre las proclamaciones de los derechos y su puntual observancia. Corresponde, pues, a una segunda etapa o a un “reto ulterior” en el orden de la defensa internacional de los derechos humanos;<sup>33</sup> etapa que se caracteriza —si se mira el tema desde la historia general de la tutela de los derechos— justamente por la presencia de normas e instituciones internacionales en una misión que antes quedó confinada en el orden jurídico doméstico y en las atribuciones de parlamentos y jueces nacionales.

Dentro de lo que denominamos el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos,<sup>34</sup> al que más adelante me referiré con al-

<sup>32</sup> Cfr. el panorama que ofrezco en mi libro *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 57 y ss.

<sup>33</sup> Cfr. Bobbio, Norberto, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi Tascabile, 1997, pp. 17 y ss.; “Presente y futuro de los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos 1981*, Madrid, Universidad Complutense, Facultad de Derecho-Instituto de Derechos Humanos, 1982, p. 10, y *El problema de la guerra y las vías de la paz*, trad. de Jorge Binaghi, Barcelona, Gedisa, 1982, p. 130; y Jiménez de Aréchaga, Eduardo, “Prólogo” a la citada obra de García Bauer, Carlos, *Los derechos humanos, preocupación universal*, Guatemala, Universidad de San Carlos, 1960, pp. 7-8.

<sup>34</sup> Que entiendo ahora conforme a la caracterización que he mencionado en diversos trabajos, por ejemplo, “El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. La Corte Interamericana”, en García Ramírez, *La jurisdicción interamericana de de-*



gún detalle, la Corte es “criatura” de la Conferencia Especializada en Derechos Humanos, que se reunió en San José, Costa Rica, en 1969, y de la Convención Americana suscrita en esa oportunidad.<sup>35</sup> Hubo, antes y entonces, voces elevadas que urgieron el establecimiento de un tribunal competente para conocer de violaciones a derechos humanos de las que proviniera la responsabilidad internacional de los Estados.<sup>36</sup> Se tenía a la vista la buena experiencia de la Corte Europea, instituida por el Convenio de Roma, de 1950, que comenzaba a rendir frutos excelentes.<sup>37</sup> Hoy, a distancia de muchos años, la propia Corte Interamericana, que entonces se informó en la Europea, única existente, es a su turno fuente de reflexión para nuevas jurisdicciones regionales, como la Corte Africana.<sup>38</sup>

En sus años de funcionamiento —cerca de treinta, a partir del año de establecimiento—<sup>39</sup> la Corte IDH ha formado una amplia y sólida jurisprudencia, que concurre a integrar el derecho interamericano de los derechos humanos. El *corpus juris* de los derechos humanos en el hemisferio ha crecido constantemente —pero no ha llegado a su término, situación que difícilmente se presentará en el futuro cercano—, y hoy constituye

*rechos humanos. Estudios*, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2006, pp. 77 y ss., y “Una reflexión ‘pragmatica’ sobre el sistema interamericano”, en *id.*, pp. 291 y ss (anteriormente publicado en *Revista CEJIL. Debates en derechos humanos* (año I, núm. 1, 2005).

<sup>35</sup> *Cfr.* Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969. Actas y Documentos, Washington, D. C., Secretaría General, Organización de los Estados Americanos, rep. 1978.

<sup>36</sup> *Cfr.* García Bauer, *Los derechos humanos...*, *cit.*, esp. pp. 213 y ss. y 350 y 351. En la Conferencia de San José, *cfr.* la intervención de René Cassin, *Conferencia Especializada... Actas y Documentos, cit.*, pp. 432 y ss.

<sup>37</sup> Acerca de esta jurisdicción, hoy día, *cfr.* el estudio del profesor Fix-Zamudio, “La Corte Europea de Derechos Humanos y el derecho de amparo internacional”, en Fix-Zamudio y Ferrer Mac-Gregor, *El derecho de amparo en el mundo*, México, Porrúa, 2006, pp. 1105 y ss.

<sup>38</sup> La Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos se sustenta en un protocolo a la correspondiente Carta Africana. Ésta fue aprobada por la Organización de la Unión Africana en 1981; el protocolo relativo a la Corte, adoptado por la Asamblea de la Organización de la Unión Africana en 1998, entró en vigor el 25 de enero de 2004. *Cfr.* Odimba, Jean Cadet, “Protección de los derechos fundamentales en África”, en Fix-Zamudio y Ferrer Mac-Gregor (coords.), *El derecho de amparo...*, *cit.*, pp. 981 y ss.

<sup>39</sup> La Corte se instaló formalmente el 3 de septiembre de 1979 en ceremonia realizada en el teatro Nacional de San José, Costa Rica. *Cfr. Memoria de instalación*, 2a. ed., San José, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1999, reproducida en, *La Corte Interamericana...*, *cit.*, pp. 415 y ss.

un macizo normativo que abarca, con normas generales o específicas, un amplio horizonte.

Por supuesto, no me refiero solamente a los dos protocolos a la Convención y a las convenciones directamente relacionadas con derechos humanos que aparecieron a partir de 1969 y en la misma línea emprendida por el Pacto de San José, a su vez arraigado en la Carta de la OEA y la Declaración Americana. Aludo también al complejo de estatutos y reglamentos, en constante evolución,<sup>40</sup> a las recomendaciones y declaraciones de diversos órganos, entre ellos, significativamente, la Comisión Interamericana, y a las opiniones y sentencias de la propia Corte IDH. Añádase el amplio aparato de normas convencionales, americanas o universales, que el tribunal invoca para interpretar las prevenciones de la CADH y que constituyen la circunstancia jurídica en la que ésta se aplica, y otros actos relevantes en el orden internacional.

Con ese *corpus juris*, anclado en los valores y principios que enuncian la Carta de la OEA y la Declaración Americana,<sup>41</sup> navegan los protagonistas, agentes o actores del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. En diversas ocasiones he descrito los elementos de dicho sistema, y creo útil insistir ahora, para seguir ahuyentando la idea de que sólo se compone con dos piezas: la Comisión y la Corte Interame-

<sup>40</sup> Así, Protocolo de San Salvador, sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por 14 Estados; Protocolo acerca de la Abolición de la Pena de Muerte, que ha sido ratificado por 8 Estados; Convención contra la tortura, ratificada por 17 Estados; Convención contra la Desaparición Forzada, con ratificación de 16 Estados; Convención sobre Eliminación de la Violencia contra la Mujer (Belém do Pará), con el mayor número de ratificaciones (de manera semejante a la CEDAW, sólo superada, en número de ratificaciones o adhesiones, por la Convención sobre Derechos del Niño), que tiene en su haber 32 ratificaciones, y Convención acerca de los Derechos de los Discapacitados, con 17 ratificaciones. El número de ratificaciones (o, en su caso, adhesiones) pone de manifiesto el largo camino a recorrer para que rijan formalmente, con plenitud, el *corpus juris* al que me estoy refiriendo (las cifras sobre ratificaciones o adhesiones corresponden al estado que esta materia guardaba en mayo de 2007).

<sup>41</sup> Sobre la vinculación entre valores y principios y derechos humanos, que orienta el *corpus juris* y el ejercicio de la jurisdicción interamericana, la Corte ha expresado: “El concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, es también inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira. En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros”. CIDH, El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (artículos 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, serie A, núm. 8, párrafo 26.

ricanas. En rigor, el Sistema abarca, por supuesto, a los Estados mismos —sus creadores y garantes: garantes de los derechos del individuo y de la integridad y eficacia del sistema continental construido por los propios Estados—;<sup>42</sup> a la Organización de los Estados Americanos, que como comunidad de éstos sirve, en su propio plano, al mismo designio que corresponde —a título de raíz y misión— a los Estados que lo integran;<sup>43</sup> a la sociedad civil, es decir, el pueblo —o los pueblos— de América, y las instituciones que éste genera, cuya presencia es indispensable y ha sido determinante para la operación del conjunto, sea en los ámbitos internos, sea en el internacional.

Agregaré a los que he llamado protagonistas emergentes, algunos nuevos —o relativamente nuevos— actores del sistema de protección de los derechos humanos, sumados a las filas de éste en los últimos tiempos.<sup>44</sup> Ejemplo notable es la “academia”, presente en el análisis y la crítica, que también es construcción laboriosa; asimismo, el *ombudsman*, que ha comenzado a encontrar su sitio como defensor de los derechos a escala internacional, no obstante la naturaleza que posee como órgano o parte del Estado; y las profesiones o sus representantes individuales o sectoriales, cada vez más diligentes en esta materia. Citaré la interesante actividad que comienzan a desplegar, no sin cuestionamientos, las defensorías públicas de diversos países y las sociedades que las agrupan.

<sup>42</sup> Los Estados tienen la obligación general de (reconocer), respetar y garantizar los derechos incorporados en la CADH y adoptar las medidas conducentes a que así sea (artículos 1 y 2 de la Convención). Cfr. Medina Quiroga, Cecilia, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia*, San José, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, 2003, pp. 1 y ss. En el Preámbulo del Convenio Europeo de 1950 se establece que los gobiernos de los Estados Europeos tomarán las “medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal”; y en el Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se manifiesta: “Considerando que la Carta de la Naciones Unidas impone a los Estados la obligación e promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanas”.

<sup>43</sup> Es decir —recordando textos fundacionales de la era moderna—: “El objeto de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre” (artículo 2 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789), o bien: para “garantizar (los derechos inalienables) se instituyen entre los hombres los gobiernos” (Declaración de Independencia de los Estados Unidos, de 1776).

<sup>44</sup> Cfr. García Ramírez, “El sistema interamericano de protección...”, *La jurisdicción interamericana...*, cit., p. 80, y “Una reflexión ‘pragmática’...”, en *id.*, pp. 295 y 296.

Conviene observar el panorama que ofrece, en las distintas porciones del hemisferio, la materia que ahora examino. Los organizadores del sistema interamericano de protección, y particularmente los promotores y favorecedores de la Corte Interamericana, se plantearon un *desideratum* similar al que campeaba en Europa: que el sistema se desplegara con todas sus piezas, normativas e institucionales, en el conjunto del hemisferio, no apenas en alguna o algunas de sus regiones; en suma, que fuera verdaderamente interamericano. Esta visión se realiza, hasta cierto punto, en las atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, órgano de la Organización de los Estados Americanos, así como de la Convención Americana. No ocurre lo mismo, aun, con respecto a la jurisdicción regional de los derechos humanos.

Los grandes Estados septentrionales no son, todavía, partes en la Convención Americana; no se hallan sujetos, por ende, a la jurisdicción contenciosa de la Corte, aunque sí abarcados por la competencia consultiva. Hasta ahora, todo hace suponer que está distante el día en que los Estados Unidos de América se adhieran a la Convención Americana. Esa distancia acaso no existe, en la misma forma, por lo que toca a Canadá. En este país, un sector de la opinión—inclusive la opinión de organismos o funcionarios del Estado—favorece la incorporación al Pacto de San José y el acercamiento a la Corte, con ciertas reservas o restricciones, en sus casos.<sup>45</sup>

El Caribe, heterogéneo—advértase la complejidad de tradiciones, culturas, idiomas de los países localizados en esa región: continental o insular, ésta sobre todo—, no se ha integrado mayoritariamente ni a la Convención ni, consecuentemente, a la competencia contenciosa de la Corte.<sup>46</sup> En ese conjunto de Estados surgió el único caso, hasta hoy, de denuncia de la Convención Americana.<sup>47</sup> La firmeza de la tradición caribeña favorable

<sup>45</sup> *Cfr.* el dictamen de una comisión senatorial canadiense en pro de la incorporación de Canadá a la CADH y a la competencia contenciosa de la Corte, con determinadas limitaciones: *Enhancing Canada's Role in the OAS. Canadian Adherence to the American Convention on Human Rights. Report of the Standing Senate Committee on Human Rights*, The Senate, May 2003, pp. 58 y ss.

<sup>46</sup> Los Estados caribeños (algunos, además, latinoamericanos) que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte Interamericana son: Suriname, Haití, República Dominicana y Barbados.

<sup>47</sup> Trinidad y Tobago depositó el instrumento de ratificación de la Convención Americana el 28 de mayo de 1991, y en la misma fecha reconoció la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, sujeta a ciertas “declaraciones interpretativas” o “reservas”, que haría valer, tiempo más tarde, en la tramitación de medidas preliminares en los *casos*

a la pena de muerte y otras decisiones jurídicas internas<sup>48</sup> alejan, aunque no evitan, la presencia de los países del Caribe en la Convención y en la competencia contenciosa de la Corte IDH.

En cambio, todas las repúblicas latinoamericanas han ratificado o se han adherido al Pacto de San José, e igualmente todas han aceptado la competencia contenciosa de la Corte. El proceso ha sido largo; la admisión, paulatina: entre 1969, fecha de la Convención, y 1999, fecha de incorporación del último Estado latinoamericano que reconoció la competencia contenciosa del Tribunal: República Dominicana. En ese proceso ha habido algunos obstáculos y ciertos sobresaltos. Así, las ideas prevalecientes acerca de la soberanía nacional<sup>49</sup> y sobre la asunción y efectos de compromisos internacionales generaron demoras en el proceso y vicisitudes en la operación. También cabe recordar algunos problemas a propósito del retiro unilateral de un Estado de la competencia contenciosa de la Corte —sin que mediara denuncia de la Convención misma—<sup>50</sup> y, en menor grado, de las atribuciones de ésta para la supervisión de la ejecución de sus resoluciones.<sup>51</sup>

*Hilaire, Constantine y otros y Benjamin y otros* del 1 de septiembre del 2001: “Con respecto al artículo 62 de la Convención, el Gobierno de la República de Trinidad y Tobago reconoce la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se estipula en dicho artículo sólo en la medida en que tal reconocimiento sea compatible con las secciones pertinentes de la Constitución de la República de Trinidad y Tobago, y siempre que una sentencia de la Corte no contravenga, establezca o anule derechos o deberes existentes de ciudadanos particulares”. La Corte negó eficacia a estas manifestaciones del Estado, por considerar que contravenían el objeto y fin del tratado y hacían nugatoria la jurisdicción interamericana de derechos humanos. *Cfr. Sentencias sobre excepciones preliminares* en los casos citados, párrafos 78 y ss. Véase mi Voto razonado sobre estas sentencias en *Temas de la jurisprudencia...*, *cit.*, pp. 106 y ss. El 26 de mayo de 1998, el Estado denunció la Convención; esta denuncia se hizo efectiva al cabo de un año (artículo 78 CADH), el 26 de mayo de 1999.

<sup>48</sup> Véase el examen de algunos aspectos de esta cuestión, a propósito de la llamada *mandatory death penalty*, en la sentencia de fondo del caso (por acumulación de casos) *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, del 21 de junio de 2002, párrs. 103 y ss.

<sup>49</sup> *Cfr.* García Bauer, *Los derechos humanos...*, *cit.*, pp. 298 y ss.

<sup>50</sup> *Cfr.* mi estudio “Una controversia sobre la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en García Ramírez, *La jurisdicción internacional. Derechos humanos y justicia penal*, México, Porrúa, 2003, pp. 247 y ss., anteriormente publicado en *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, Santiago de Chile, t. XCV, núm. 2, mayo-agosto de 1998, pp. 61 y ss., y en mi libro *Estudios jurídicos*, *cit.*, pp. 351 y ss.

<sup>51</sup> *Cfr.* la sentencia de la Corte sobre competencia para supervisar el cumplimiento de sus resoluciones, en el caso *Baena Ricardo y otros*, del 28 de noviembre de 2003, párrs. 58 y ss.

Sea lo que fuere, el hecho alentador es que veinticuatro Estados americanos son partes en el Pacto de San José, y veintiuno han aceptado expresamente la competencia de la Corte en asuntos contenciosos. Estamos lejos de alcanzar la meta deseable: derechos para todos y jurisdicciones para todos. Empero, se ha logrado un avance considerable, con paciencia y constancia. No hemos cesado de insistir, desde luego, en la necesidad de que el sistema adquiriera verdadera universalidad o plenitud —o completa regionalidad hemisférica, si se prefiere decirlo de este modo—, en la inteligencia de que no fue concebido, ya lo dije, como un “espacio judicial latinoamericano”, sino “interamericano”, y éste debe ser el fin al que se dirige.

También es verdad que los instrumentos integrantes del *corpus juris* al que antes me referí se hallan a media vía —y a veces menos que esto— en el rumbo de su adopción por parte de los Estados, sin salvedad. Faltan muchas ratificaciones o adhesiones, que es preciso seguir requiriendo para que ese orden jurídico posea, de veras, plenitud interamericana. También resulta necesario avanzar, con pasos firmes y grandes, en la denominada justiciabilidad de los derechos: esto concierne sobre todo a los derechos económicos, sociales y culturales,<sup>52</sup> pero también a otras libertades que sólo recientemente ha atraído la Corte merced a interpretaciones evolutivas en la solución de asuntos contenciosos.<sup>53</sup>

En su jurisprudencia, la Corte ha dado pasos importantes en la dirección correcta. Obviamente, puede haber opiniones diferentes en algunos extremos, pero difícilmente las habrá —me parece— en el gran balance de los treinta años de ejercicio jurisdiccional. Véanse, por ejemplo, las obligaciones de los Estados;<sup>54</sup> las nuevas fronteras abiertas en la comprensión y el alcance de derechos al amparo del Convención

<sup>52</sup> El Protocolo de San Salvador sólo atribuye competencia material a la Corte para conocer violaciones a los derechos de sindicalización y educación (artículo 19.6 en relación con los artículos 8, a, y 13). Sobre el tema, en general, *cfr.* mi artículo “Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”, *La jurisdicción internacional...*, *cit.*, pp. 321 y ss.

<sup>53</sup> Al respecto, es importante la aplicación directa que la Corte hizo de la Convención de Belém do Pará, para la eliminación de la violencia contra la mujer, en la sentencia correspondiente al caso del Penal Castro Castro, del 25 de noviembre del 2006. En mi Voto razonado analizo la competencia de la Corte para invocar dicho instrumento en la forma en que lo hizo en la sentencia mencionada. Véase en la página *web* [www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr).

<sup>54</sup> *Cfr.* Medina Quiroga, Cecilia, “Las obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *La Corte Interamericana...*, *cit.*, pp. 207 y ss.

Americana;<sup>55</sup> determinadas resoluciones a propósito de la competencia del tribunal; los conceptos desarrollados por éste en lo que respecta a atribuibilidad al Estado de conductas de particulares (enlazadas con conductas, activas u omisivas, de agentes públicos);<sup>56</sup> la impresionante evolución del régimen de reparaciones;<sup>57</sup> el desenvolvimiento de las medidas provisionales,<sup>58</sup> etcétera. En cuanto a regulación del proceso, es particularmente importante la amplitud que ha cobrado la legitimación de la presunta víctima, inicialmente localizada entre los representantes de la Comisión Interamericana que comparecían en el enjuiciamiento.<sup>59</sup>

<sup>55</sup> *Cfr.* Abreu Burelli, Alirio, “Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *La Corte Interamericana...*, *cit.*, pp. 87 y ss.

<sup>56</sup> En varios casos ha habido pronunciamientos a este respecto, en los que se aborda la conducta activa u omisiva de los agentes del Estado, frente a la función de garante de los derechos que concierne a éste, así como la responsabilidad por el comportamiento de terceros, en virtud de participación, apoyo, negligencia, abstención, etcétera. Por lo que toca a opiniones consultivas, véase el parecer del Tribunal en CorteIDH, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, opinión consultiva OC-18/03, del 17 de septiembre de 2003, serie A, núm. 18, párrafos 133 y ss. En lo que respecta a asuntos contenciosos, véase la muy reciente sentencia dictada en el caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia, del 11 de mayo de 2007, párr. 78, en la que también se invocan precedentes en los casos Masacre de Pueblo Bello, Masacres de Ituango, Masacre de Mapiripán y 19 Comerciantes, en [www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr).

<sup>57</sup> Sobre esta cuestión, en la que se registran varias de las más interesantes aportaciones jurisprudenciales de la Corte Interamericana, me remito a mi trabajo “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones”, *La Corte Interamericana...*, *cit.*, pp. 3 y ss.

<sup>58</sup> Al respecto, *cfr.* mi trabajo “Las medidas provisionales en la jurisdicción interamericana”, en García Ramírez, *La jurisdicción interamericana...*, *cit.*, esp. pp. 251 y ss., así como el *Voto razonado* conjunto que emitimos los jueces Sergio García Ramírez y Alirio Abreu Burelli con respecto a la resolución sobre medidas provisionales en el caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó (Colombia), del 24 de noviembre de 2000, en que se modificó el criterio tradicional de la Corte a propósito de la identidad de los beneficiarios de medidas provisionales, sostenido hasta la resolución de medidas provisionales en el caso de haitianos y dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana, del 18 de agosto de 2000. *Cfr.* García Ramírez, *Temas de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos. Votos particulares*, Ciudad de México/Universidad de Guanajuato, Guadalajara, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, ITESO/Universidad Iberoamericana, Puebla/Universidad Iberoamericana, 2005, pp. 355 y ss.

<sup>59</sup> Sobre la posición de la víctima, *cfr.* Cançado Trindade, Antonio A., “The emancipation of the individual from his own State: the historical recovery of the human persona as subject of the Law of Nations”, *La Corte Interamericana...*, *cit.*, pp. 159 y ss., y “Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humano: el acceso directo de los individuos a la justicia a nivel internacional y la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria

Evidentemente, los criterios sustentados por la Corte, generadores de progresos en el derecho internacional de los derechos humanos, quedarían baldíos si no tuvieran indispensable y natural correspondencia en el proceso de recepción nacional, que ha crecido muy considerablemente en los últimos años. Me refiero a lo que en otras oportunidades he calificado como “tendido de puentes” entre el orden nacional y el internacional. Esta recepción ocurre en diversos espacios, todos ellos necesarios, que se complementan y apoyan mutuamente: legislativo, incluso en el plano constitucional;<sup>60</sup> de políticas públicas; jurisprudencial, donde los progresos han sido notables y diligentes.<sup>61</sup> Además: cultural, a través de una creciente y eficaz admisión interna, por la opinión oficial y social, de la dignidad eminente de los derechos de la persona y de la legitimidad y necesidad de una tutela internacional de esos derechos, convergente —pero subsidiaria o complementaria— de la que brindan los Estados. Es claro que el progreso de la democracia tiene que ver, a fondo, con los avances de los derechos humanos.<sup>62</sup> Y lo es que el panorama actual de la democracia en América no es,

de los tribunales internacionales de derechos humanos”, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI. Memoria del Seminario. Noviembre de 1999*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, pp. 5 y ss.

<sup>60</sup> Cfr. Fix-Zamudio y Valencia Carmona, *Derecho constitucional...*, cit., pp. 526 y ss.

<sup>61</sup> En la síntesis del informe presentada por la Corte ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de la OEA, el 29 de marzo de 2007, expresé: “La efectividad de la jurisdicción que han construido los pueblos y gobiernos de los países americanos, en el marco de la Organización que los reúne, se pondera a través de la recepción nacional de los nuevos rumbos jurisprudenciales. No me refiero solamente a la observancia de las resoluciones particulares, en sus términos y conforme a las circunstancias de cada caso, sino a la recepción más amplia de los criterios jurisprudenciales en materia de derechos humanos, a través de políticas, legislación y jurisprudencia, enlazadas con la evolución de las prácticas y la construcción de una poderosa cultura de los derechos humanos. Invitamos respetuosamente a los Estados a mantener activa esta recepción y conferir creciente trascendencia a las resoluciones de la jurisdicción interamericana. Hay desarrollos excelentes en la jurisprudencia de varios Tribunales internos, que conocemos, apreciamos e invocamos”. Cfr. [www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr). Asimismo, cfr. García-Sayán, Diego, “Una viva interacción: Corte Interamericana y tribunales internos”, *La Corte Interamericana...*, cit., pp. 323 y ss. Recientemente, la Corte Interamericana, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y la Fundación Konrad Adenauer iniciaron la publicación de una revista bajo el título de *Diálogo Jurisprudencial* (núm. 1, julio-diciembre de 2006; núm. 2, en prensa), que recoge decisiones de altos tribunales nacionales basadas en el derecho internacional de los derechos humanos y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

<sup>62</sup> En el Preámbulo y en las disposiciones de la Carta Democrática Interamericana, del 11 de septiembre de 2001, destaca el binomio democracia-derechos humanos, que es



por ahora, el mismo que prevalecía hace medio siglo, cuando el sistema interamericano adelantaba sus primeros pasos. El registro de esta evolución, en el punto —o en los puntos— en que ahora se halla, no significa, ni remotamente, echar las campanas a vuelo. Lo subrayo.

Concluyo mis reflexiones con algunos datos sobre el quehacer de la Corte Interamericana, no ya cualitativos —que están a la vista para todos los observadores de buena fe, y se hallan desde luego sujetos a examen y crítica—, sino también cuantitativos.<sup>63</sup> Expresar éstos es llevar el pulso del sistema en uno de sus espacios más sensibles. Me valdré de la más reciente información suministrada por la Corte a la Organización de los Estados Americanos, tanto en la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos como en la Asamblea General.

Antes de examinar esas cuentas, vale recordar que la Corte tiene hoy la misma integración que tuvo en la hora de su fundación, siempre bajo el inalterado mandato de la Convención Americana: siete jueces y una reducida secretaría. Con este aparato debía atender, en el origen, las cuestiones que planteaba el corto número de Estados presentes en la competencia contenciosa, y en la actualidad, treinta años después, las que propone el nuevo conjunto de veintiún Estados en los que moran quinientos millones de seres humanos.

En 2006, la Corte tuvo más períodos de sesiones que en cualquier año anterior: siete; de ellos, cuatro ordinarios y tres extraordinarios. Éstos se realizaron —otra novedad a partir de 2004— fuera de la sede: en Paraguay, Brasilia, Buenos Aires y El Salvador. En 2007 hubo un periodo ex-

indispensable retener y favorecer. En dicho Preámbulo se dice: “Teniendo presente que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos contienen los valores y principios de libertad, igualdad y justicia social que son intrínsecos a la democracia”; y “Reafirmando que la promoción y protección de los derechos humanos es condición fundamental para la existencia de una sociedad democrática, y reconociendo la importancia que tiene el continuo desarrollo y fortalecimiento del sistema interamericano de derechos humanos para la consolidación de la democracia”.

<sup>63</sup> Los datos sobre actividades y desempeño jurisdiccional, así como diversos aspectos de orden administrativo, pueden ser consultados en la página web *www.corteidh.or.cr*. Igualmente, me remito a la publicación en español y en inglés *Corte Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual 2006* (OEA/Ser.L/V/III.73. Doc. 1, 31 de noviembre de 2006), Corte IDH, San José, febrero de 2007. Los datos estadísticos figuran en láminas incorporadas en las páginas 76 y ss. En la obra colectiva *La Corte Interamericana...*, *cit.*, aparece también un apéndice estadístico elaborado en 2005, año de publicación de ese libro, pp. 485 y ss.

traordinario en Guatemala y habrá otro en Bogotá. Entre 2004 y 2006 se realizó el 32 por ciento del número total de audiencias desde 1979.<sup>64</sup> En el mismo 2006 la Corte dictó 23 sentencias,<sup>65</sup> que significan el mayor número con respecto a ejercicios previos. Por medio de estas decisiones, quedaron íntegramente resueltos<sup>66</sup> 17 casos contenciosos; si a este número se suman 16, correspondientes a 2005, y 12, relativos a 2004, se observa que en tres años la Corte ha resuelto cerca del 53 por ciento del número total de casos contenciosos atendidos desde su fundación.<sup>67</sup>

Ciertamente, ha crecido el número de asuntos litigiosos llevados ante la Corte a través de demandas presentadas por la Comisión Interamericana. En 2006 hubo 14 demandas. Al periodo 2004-2006 corresponde el 36 por ciento del total histórico, que es de 100 casos. No obstante, las reformas incorporadas al Reglamento en 2000 y 2003 y las modificaciones en

<sup>64</sup> Entre el año de establecimiento (1979) y el año 2006, la Corte ha celebrado 145 audiencias públicas sobre casos contenciosos y medidas provisionales. De éstas, 47 se han desarrollado en los últimos tres años.

<sup>65</sup> En 2006, la Corte dictó sentencias en los siguientes casos contenciosos: *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia* (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), *López Álvarez vs. Honduras* (fondo, reparaciones y costas), *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* (interpretación de sentencia), *Raxcacó Reyes vs. Guatemala* (interpretación de sentencia), *Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), *Comunidad Moiwana vs. Suriname* (interpretación de sentencia), *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, (fondo, reparaciones y costas), *Baldeón García vs. Perú* (fondo, reparaciones y costas), *Masacres de Ituango vs. Colombia* (fondo, reparaciones y costas), *Ximenes Lopes vs. Brasil* (fondo, reparaciones y costas), *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela* (fondo, reparaciones y costas), *Claude Reyes y otros vs. Chile* (fondo, reparaciones y costas), *Servellón García vs. Honduras* (fondo, reparaciones y costas), *Goiburú y otros vs. Paraguay* (fondo, reparaciones y costas), *Vargas Areco vs. Paraguay* (fondo, reparaciones y costas), *Almonacid Arellano vs. Chile* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), *Juárez Cruzat vs. Perú* (fondo, reparaciones y costas), *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* (fondo, reparaciones y costas), *Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú* (interpretación de sentencia), *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia* (interpretación de sentencia), *Yean y Bosico vs. República Dominicana* (interpretación de sentencia), *Nogueira Carvalho vs. Brasil* (fondo, reparaciones y costas), y *“La Cantuta” vs. Perú* (fondo, reparaciones y costas).

<sup>66</sup> La expresión significa que han sido resueltos por la Corte, a través de una sentencia (conforme a la posible concentración de etapas procesales) o varias sentencias (cuando se ha examinado una controversia en distintas etapas y audiencias) todos los puntos litigiosos planteados ante el Tribunal: excepciones preliminares, violaciones (fondo) y reparaciones como consecuencia de éstas.

<sup>67</sup> Hasta diciembre de 2006, la Corte había resuelto íntegramente 85 casos contenciosos.

la práctica judicial han permitido abreviar considerablemente<sup>68</sup> el tiempo de despacho de los asuntos: de 40 meses, en 1996, a 20 meses, en 2007. Es preciso mencionar que al inicio de 2007 no se hallaba pendiente de sentencia ningún asunto anterior a 2006. No había, pues, rezago. En tal virtud ¿es indispensable que el colegio de integrantes de la Corte Interamericana, que ya es un tribunal permanente,<sup>69</sup> sesione ahora mismo en forma ininterrumpida? Por ahora, la respuesta —en mi concepto, y sin perjuicio de respetables opiniones en otro sentido— sería negativa, a la luz de los resultados observados en los últimos años y registrados en los datos que acabo de exponer,<sup>70</sup> y sin olvidar, por supuesto, cuál es el flujo real de casos —hasta hoy, por supuesto— llevados a la Corte y cuáles son los recursos disponibles para atender la marcha del tribunal.

Quedan en el horizonte numerosas cuestiones cuya solución es indispensable para proseguir el empeñoso recorrido iniciado hace medio siglo, hacia un mejor futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Muchos trabajos se han rotulado con esta pretensión prospectiva.<sup>71</sup> Todos contienen sugerencias valiosas.

<sup>68</sup> No es tema menor la diligencia en el despacho de los casos que se someten al tribunal. Recuérdese la expresión: “Justicia retardada es justicia denegada”, y tómesese en cuenta que la obligación de observar un plazo razonable para la solución de controversias, contenida en el artículo 8 de la CADH, no sólo es vinculante para los órganos domésticos, sino también para los internacionales. En mi discurso de apertura del periodo extraordinario de sesiones de la Corte en la ciudad de Guatemala (14-17 de mayo de 2007), observé: “Si es importante deliberar con rigor y resolver con razón, no lo es menos hacerlo a tiempo, sin tardanza injustificada. La regla del plazo razonable, que rige para el ámbito nacional, también debe presidir el desempeño internacional. Soslayarla colocaría a la Corte en entredicho y agravaría a los justiciables. De ahí que la Corte modificara normas y prácticas para corresponder mejor, en la medida de sus fuerzas, a la expectativa de justicia pronta y expedita. Es esto lo que los justiciables aguardan de los juzgadores, con razón y con derecho”. El texto de esta intervención puede verse en la página [www.corteidh.or.cr](http://www.corteidh.or.cr)

<sup>69</sup> Lo es, en la medida en que la Secretaría actúa ininterrumpidamente y los integrantes del tribunal atienden, también en forma continua, los asuntos que les competen. Tómesese en cuenta que, como se ha dicho en el texto, todos los casos pendientes de audiencia y decisión ante la Corte Interamericana, en los primeros meses de 2007, habían llegado a ésta en 2006 o en el propio 2007. No se mantenía pendiente de trámite, audiencia o sentencia ningún caso de años anteriores a 2006.

<sup>70</sup> *Cfr.*, en sentido diferente, Ventura Robles, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos: la necesidad de convertirse en un tribunal permanente”, *La Corte Interamericana...*, *cit.*, p. 271.

<sup>71</sup> La he utilizado como título de mi estudio “El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, incluido en la primera y la segunda ediciones

Tenemos al frente temas evidentes, que hemos destacado en planteamientos formales ante la Organización de los Estados Americanos, pero también ante otros protagonistas y estudiosos del sistema. Entre ellos figuran la plenitud del Sistema, con presencia de todos los Estados Americanos, ratificación de todos los instrumentos existentes y adición de otros que convenga añadir para la mejor tutela de los derechos humanos; la evolución y el afianzamiento, en todos los planos, de la cultura de los derechos humanos, que constituye el cimiento firme para la preservación y el engrandecimiento de éstos; la recepción de los criterios emitidos por la Corte en los diversos campos en que debieran recibirse y a los que *supra* me referí: Constituciones nacionales, legislación interna, políticas públicas, jurisprudencia, prácticas; la facilitación del acceso de los individuos al sistema a través de medios o mecanismos que lo permitan; la revisión del procedimiento consecuente con la situación actual; la provisión de recursos que permitan a los órganos internacionales de protección, llevar a cabo su tarea con suficiencia, eficiencia y oportunidad. No es pequeño ni sencillo este catálogo de requerimientos, incompleto, por lo demás. El sistema interamericano de protección de derechos humanos sigue siendo —y será, por mucho tiempo, o acaso por todo el tiempo— una obra en construcción.

Por otro lado, es preciso tener conciencia de que el sistema debe mantenerse en guardia para preservar los progresos alcanzados. Ningún territorio ha sido conquistado en definitiva. En todos hay obstáculos y riesgos, que obligan a sostener una permanente vigilia y a librar, todavía, batallas que con excesivo optimismo creímos ganadas en definitiva. Ésta es una cuestión mayor para el sistema interamericano. Enlaza con el destino y la gestión de los derechos humanos en una época, la nuestra, a la que llegan nuevos asedios y enfrentamientos. Se cuestiona y cuestionará el alcance de aquéllos, amagados por corrientes relativizadoras, y habrá que ver el papel que esos derechos adquieran —y promover el que deben

de García Ramírez (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2a. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, t. I, pp. 1073 y ss. Igualmente, *cf.* Méndez, Juan E. y Cox, Francisco (eds.), *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998, y dentro de éste, el artículo de Buergethal, Thomas y Cassel Douglass, “The future of the Inter-American Human Rights System”, pp. 539 y ss. A. Cançado Trindade y M. Ventura Robles son autores de libro *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos-Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 2003.

adquirir—, paso a paso, en el mundo entero, en los Estados de nuestro hemisferio y en la Organización de los Estados.

Dejo aquí mis reflexiones acerca de la jurisdicción interamericana de derechos humanos. Fueron propiciadas por la grata oportunidad que se me ofreció de participar en el homenaje a un descollante constructor del sistema: Héctor Fix-Zamudio. Merece el homenaje organizado en torno suyo, como también lo merece —y quiero destacarlo— María Cristina Fierro, su leal compañera de toda la vida, presente en las duras y en las maduras, como se suele decir, testigo y coautora del trabajo bien cumplido por el eminente jurista mexicano.

## EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL CONTROL DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL\*

Jorge CARPIZO\*\*

*A Domingo García Belaunde, ilustre  
fundador de la nueva escuela peruana  
de derecho constitucional*

SUMARIO: I. *El valor del tribunal constitucional.* II. *Poder Constituyente y poderes constituidos.* III. *El tribunal constitucional y el órgano revisor de la Constitución.* IV. *El tribunal constitucional como órgano político.* V. *La interpretación constitucional.* VI. *Los límites de los órganos constituidos primarios.* VII. *Los controles del tribunal constitucional.* VIII. *¿Puede el tribunal constitucional controlar una reforma constitucional aprobada en un referendo?* IX. *¿Puede el tribunal constitucional controlar una reforma constitucional aprobada por el órgano revisor de la Constitución?* X. *Algunas reflexiones y propuestas.*

\* Agradezco a mis colegas, a quienes menciono en orden alfabético, Astudillo, César; Carpizo, Enrique; Corzo, Edgar; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y García Belaunde, Domingo, las sugerencias y observaciones que realizaron a este ensayo. Los errores que puedan encontrarse en el mismo son responsabilidad exclusiva del autor. Asimismo, agradezco a la Sra. Isabel Cacho la transcripción del manuscrito, su dedicación y su habitual eficiencia.

\*\* Investigador emérito de la Universidad Nacional, adscrito al Instituto de Investigaciones Jurídicas.

## I. EL VALOR DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. La existencia de la jurisdicción constitucional, que incluye tribunales o cortes especializados, incluso salas generalmente calificadas de constitucionales, a pesar de sus problemas y debilidades, es hasta nuestros días el mejor sistema que se ha creado para asegurar la supremacía de la ley fundamental como norma decidida por el Poder Constituyente, para impedir que los poderes constituidos rebasen la competencia y atribuciones que expresamente les señala la propia Constitución, y para la protección real de los derechos humanos. En una palabra, es la mejor defensa del orden constitucional.

Al respecto, se puede afirmar que a dicho sistema jurisdiccional le es también aplicable el pensamiento de Winston Churchill respecto a la democracia: nadie pretende que la democracia sea perfecta. Se sostiene que la democracia es la peor forma de gobierno; sí, pero a excepción de todas las demás que la historia ha conocido, debido a que resultaron peores. Es decir, la democracia es la menos mala de todas las formas de gobierno que el hombre ha construido.

2. El distinguido jurista inglés John-Anthony Jolowicz, en 1984, aseveró que al parecer el periodo histórico en el cual era necesario justificar la propia existencia de la revisión judicial de las leyes había finalizado, y que actualmente los esfuerzos deben dirigirse a fortalecer esa revisión en contra de sus enemigos —los gobiernos hostiles— y a mejorar su operación práctica.<sup>1</sup>

Me parece que ahora los gobiernos hostiles a la jurisdicción constitucional son, cuando menos en los dichos, pocos. Por el contrario, de 1984 a nuestros días, más y más Constituciones incorporan la institución de tribunales y cortes constitucionales como pieza esencial del orden constitucional, de la defensa de la Constitución y de la protección de los derechos humanos, lo cual se comprueba con lo acontecido en los países de Europa del Este, América Latina e incluso en Asia y África.

No obstante, indispensable es reforzar y superar cuestiones que acontecen en su “operación práctica”, así como resolver antiguos problemas,

<sup>1</sup> Jolowicz, John-Anthony, “Summary of Discussion”, en Favoreu, Louis y Jolowicz, J. A. (eds.), *Le contrôle juridictionnel des lois. Légitimité, effectivité et développements récents*, París, Aix-en-Provence, Economica y Presses Universitaires d’ Aix-Marseille, 1986, p. 14.

que no representaban mayor importancia pero que actualmente sí la tienen, y algunos nuevos.

3. La jurisdicción constitucional se integra por el conjunto de garantías constitucionales que la propia Constitución establece para reintegrar “el orden fundamental infringido o violado por los órganos del poder”.<sup>2</sup>

En principio, el tribunal constitucional, sin importar la denominación que reciba, es el instrumento de la jurisdicción creado para conocer y decidir en última instancia sobre los conflictos de interpretación de la ley fundamental a través de las garantías constitucional-procesales. El tribunal goza de jerarquía superior respecto a los órganos constituidos secundarios y debe tener asegurada su independencia para que realmente defienda a la Constitución.<sup>3</sup>

4. Los antecedentes de la existencia de normas jurídicas o principios con jerarquía superior a las demás normas del orden jurídico son muy antiguos. Desde los tiempos de Atenas se distinguió entre *nomoi* —algo parecido a las normas que actualmente denominamos constitucionales— y *psèphismata* —normas secundarias o decretos—, pasando por las concepciones medievales, la teoría francesa de la *heureuse impuissance* en el antiguo régimen, las ideas de Coke, la jerarquía de las normas en las colonias inglesas en América y una vez independizadas.<sup>4</sup>

Hamilton en *El Federalista* escribió una hermosa defensa de la supremacía constitucional y de la *judicial review*. Manifestó que:

<sup>2</sup> Fix-Zamudio, Héctor, “Las garantías constitucionales en el derecho mexicano”, *Revista de la Facultad de Derecho*, Sinaloa, 1967, t. II, núm. 3, p. 179. Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, México, Porrúa-UNAM, 2003, pp. 180, 192-197.

<sup>3</sup> Favoreu, Louis, *Los tribunales constitucionales*, Barcelona, Editorial Ariel, 1994, p. 13, define al tribunal constitucional como “una jurisdicción creada para conocer especial y exclusivamente en materia de lo contencioso constitucional, situada fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente tanto de éste como de los poderes públicos”. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Ensayos sobre Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-CNDH, 2004, p. 37, define al tribunal constitucional como el “órgano jurisdiccional de mayor jerarquía que posee la función esencial o exclusiva de establecer la interpretación final de las disposiciones de carácter fundamental”, definición que se encuentra dentro del pensamiento de Fix-Zamudio, Héctor, “Tribunales constitucionales” en *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, Editorial Porrúa-UNAM, 2005, p. 3804.

<sup>4</sup> Cappelletti, Mauro, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford, Gran Bretaña, Clarendon Press-Oxford University Press, 1989, pp. 117-131.



La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios. Esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del Poder Judicial sobre el Legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia a las primeras. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son.<sup>5</sup>

Este pensamiento fue magistralmente afinado por el juez Marshall en la célebre y muy conocida sentencia *Marbury versus Madison*.<sup>6</sup>

En América Latina el control de la constitucionalidad es, asimismo, muy antiguo. Entre los primeros ejemplos se pueden destacar: la Constitución de la provincia colombiana de Cundinamarca de 1811 estableció una vía de acción directa, abierta y pública de los ciudadanos en contra de todo acto jurídico que violara esa ley fundamental. Dicha acción se ejercía ante el Senado de Censura, que era un órgano político, no de naturaleza judicial.

La Constitución venezolana de 1858 creó la acción pública de inconstitucionalidad que tomó de la colombiana de 1811. La Suprema Corte venezolana poseyó competencia para anular normas legislativas de los congresos provinciales si contravenían la Constitución, facultad que fue extendida a toda la legislación nacional a partir de 1893.<sup>7</sup> Los efectos de la sentencia eran *erga omnes*.

<sup>5</sup> Hamilton, Madison y Jay, *El federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1957, LXXVIII, p. 332

<sup>6</sup> Véase Nelson, William E., *Marbury vs. Madison. The Origins and Legacy of Judicial Review*, Lawrence, Kansas, University Press of Kansas, 2000, pp. 65-83.

<sup>7</sup> Nogueira Alcalá, Humberto, "Consideraciones sobre la Jurisdicción Constitucional en América y Europa", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, núm. 4, 2000, pp. 278-279. Tovar Tamayo, Orlando, *La jurisdicción constitucional*, Caracas, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1983, p. 87. Henas

La Constitución colombiana de 1858, en su artículo 49, 7a., facultó a la Corte Suprema para decidir las controversias que se suscitaren entre los estados, o entre éstos y la Confederación, señalándose expresamente los problemas de competencia. En el artículo 50 le otorgó la facultad de suspender las leyes locales o las de la Confederación si eran contrarias a la Constitución, dando cuenta de dicha suspensión al Senado, órgano que decidía en definitiva al respecto, y cuyas resoluciones también tenían efectos *erga omnes*.

En esta forma, el control concentrado de constitucionalidad nació en América Latina, aunque con particularidades propias.<sup>8</sup>

En Europa, con algunos antecedentes en el siglo XIX, como el caso del Tribunal del Imperio en Austria en 1867, no es sino hasta después de la Primera Guerra Mundial, y sin grandes resultados prácticos, que se aceptó la jurisdicción constitucional con un tribunal especializado en las Constituciones de Austria y Checoslovaquia de 1920 y, posteriormente, en la España republicana con la Constitución de 1931.

Ante los horrores cometidos durante la Segunda Guerra Mundial Europa reaccionó creando sistemas jurisdiccionales de control constitucional a través de un tribunal especializado. Este movimiento comenzó con el restablecimiento de la vigencia de la Constitución austriaca de 1929 y con las Constituciones de Italia de 1947 y Alemania de 1949. Hoy constituye una ola fuerte, vigorosa y saludable, lo que no significa la ausencia de problemas diversos, algunos de especial complejidad.

Se pueden suscribir las palabras de Eduardo García de Enterría en el sentido de que la jurisdicción constitucional (justicia en sentido más amplio) no es una panacea absoluta, porque “es ley humana que no existan panaceas, (pero) es el más eficaz de los instrumentos de integración política y social que las sociedades avanzadas conocen, según es experiencia común”.<sup>9</sup>

Hidrón, Javier, *Panorama del derecho constitucional colombiano*, Bogotá, Temis, 1998, pp. 74-80.

<sup>8</sup> Restrepo Piedrahita, Carlos, *Constituciones de la Primera República Liberal: 1855-1885. Constituciones Federales. Antioquía-Bolívar*, Bogotá, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1985, t. III, pp. 288-290. García Belaunde, Domingo, *El derecho procesal constitucional en perspectiva*, México, Porrúa-Imdpc, 2008, pp. 153 y 154.

<sup>9</sup> García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981, p. 196.

Jean Rivero considera que la existencia de un tribunal constitucional constituye en Europa una revolución en la defensa de los derechos humanos, ocurrida sólo en el lapso de unos cuarenta años. Destacó que cuando él estudiaba derecho dicha idea era completamente impensable y era ignorada por todos, era, a lo más, una especialidad americana como el *western* o la comedia musical; afirma que dicha revolución se ha completado y constituye en la actualidad uno de los elementos integrantes del derecho político común de Europa.<sup>10</sup>

5. En lo personal, comparto, tanto en el aspecto teórico como en el práctico,<sup>11</sup> las ideas expuestas en este ensayo por varios tratadistas. Soy un ferviente defensor de la jurisdicción y de la justicia constitucionales y de la existencia de tribunales constitucionales, sin desconocer los problemas que se presentan en la realidad.

Es decir, parafraseando a Jolowicz, hay que mejorar su operación práctica, discutir los antiguos y nuevos problemas en forma abierta para encontrarles solución, en virtud de que los problemas deben ser superados con la finalidad de fortalecer a la jurisdicción constitucional y, por ende, a los tribunales constitucionales.

Dentro del esquema señalado existe una cuestión muy importante para ser clarificada y que cada día se discute más en las asambleas constituyentes, tribunales constitucionales y en la academia, y que es la siguiente: ¿Está facultado un tribunal constitucional para revisar y controlar “la constitucionalidad” de una reforma constitucional aprobada por el órgano revisor de la Constitución o confirmada a través de un referendo? En caso de que lo pueda realizar, ¿es tanto respecto al procedimiento como al aspecto material o de fondo?

Si se considera que un tribunal constitucional no posee dicha facultad, ¿cuáles son los argumentos que fundamentan dicha consideración? ¿Tiene el tribunal constitucional algún o algunos límites?

<sup>10</sup> Citado por Favoreu, Louis, *op. cit.*, p. 149.

<sup>11</sup> Carpizo, Jorge, “Algunas reflexiones sobre el Poder Judicial federal y sobre las relaciones internacionales de México”, *Legislación y Jurisprudencia*, México, año II, volumen II, 1982, pp. 561-566, y *El derecho, la Universidad, la diplomacia y el arte*, México, Porrúa y UNAM, 2001, pp. 137-140. Carpizo, Jorge y Fix-Zamudio, Héctor, *La necesidad y la legitimidad de la revisión judicial en América Latina. Desarrollo reciente*, *cit.*, pp. 140-145. Carpizo, Jorge, *Temas constitucionales*, México, Porrúa-UNAM, 2003, pp. 181-222.

¿Cuándo las Constituciones, aún pocas, expresamente conceden al tribunal constitucional esa facultad, ya sea en el aspecto formal, material o en ambos?, ¿es correcto desde la perspectiva de una teoría constitucional democrática? o ¿pueden presentarse problemas que más que fortalecer el Estado constitucional y democrático de derecho, lo debiliten?

Para aproximarme a encontrar respuestas, aunque sean provisionales, es necesario repasar algunos principios y conceptos constitucionales, precisar otros y contemplar sus alcances. Es lo que me propongo realizar en las páginas siguientes.

## II. PODER CONSTITUYENTE Y PODERES CONSTITUIDOS

1. El titular del Poder Constituyente es el mismo titular de la soberanía. En este sentido, Poder Constituyente, soberanía y pueblo son términos intercambiables. Esta es la base, principio y fin de cualquier teoría o planteamiento democrático.

El Poder Constituyente se ejerce en función inmediata de la soberanía que reside en el pueblo, el cual no puede desprenderse de esta potestad, dado que la soberanía es al pueblo lo que la libertad al hombre.<sup>12</sup>

2. La distinción entre Poder Constituyente y poderes constituidos la desarrolló el abate Sieyès en Francia y Alejandro Hamilton en Estados Unidos.

Sieyès distinguió con toda claridad entre Poder Constituyente y poderes constituidos. En un importante documento, presentado al Comité Constitucional de la Asamblea Francesa, en julio de 1789, afirmó que:

Una Constitución supone ante todo un Poder Constituyente. Los poderes comprendidos en el establecimiento público están todos sometidos a leyes, reglas, formas, que ellos no son dueños de cambiar...

Así como no han podido constituirse por sí mismos, tampoco pueden cambiar su Constitución: del mismo modo, los unos nada pueden sobre la Constitución de los otros. El Poder Constituyente lo puede todo en esta materia. De ninguna manera está sometido de antemano a una Constitución dada. La nación, que ejerce entonces el más grande, el más importante

<sup>12</sup> Cueva, Mario de la, *Apuntes de derecho constitucional*, México, edición mimeográfica, 1965, p. 35. Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1963, p. 306.

de sus poderes, debe hallarse en esta función, libre de toda sujeción, y de toda otra forma que aquella que le plazca adoptar...<sup>13</sup>

El constitucionalismo moderno se basa, entre otros aspectos, en la diferencia entre Poder Constituyente y poderes constituidos.

Mientras el Poder Constituyente es un poder de origen, poder que se encuentra en sí, los poderes constituidos derivan de la Constitución

Mientras que el Poder Constituyente es el poder creador de todo el orden jurídico, los constituidos son creados por el propio Poder Constituyente en la Constitución.

Mientras que el Poder Constituyente, en principio, es un poder jurídicamente ilimitado, los constituidos se encuentran completamente limitados, ya que no pueden actuar más allá de la competencia que les señala la Constitución. Hoy en día el Poder Constituyente habrá de respetar el derecho internacional de los derechos humanos, a menos que decida quedar aislado de los países civilizados.

Mientras que la función del Poder Constituyente se concreta en darse una Constitución y, en su caso, reformarla a través de referendos, los poderes constituidos poseen múltiples funciones.<sup>14</sup>

En consecuencia, un poder constituido tiene límites y siempre debe ser controlado. Es, al final de cuentas, la médula del pensamiento de Montesquieu: que el poder detenga al poder para que florezca la libertad, que ningún hombre o corporación monopolice las funciones de algún otro órgano del poder.<sup>15</sup>

3. Los poderes constituidos, creados por la Constitución, son: el poder revisor de la misma y el tribunal constitucional, donde ellos existan; los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, y los órganos constitucionales autónomos.

No obstante, ellos no tienen la misma jerarquía constitucional; unos son jerárquicamente superiores a los otros. Podemos, entonces, referirnos a órganos o poderes constituidos primarios y a órganos o poderes constituidos secundarios. Todos son constituidos porque se crean en la

<sup>13</sup> Sánchez Viamonte, Carlos, *Los derechos del hombre en la Revolución francesa*, México, UNAM, 1956, p. 21.

<sup>14</sup> Carpizo, Jorge, *Estudios constitucionales*, México, Porrúa-UNAM, 2003, p. 573.

<sup>15</sup> Montesquieu, Charles de Secondat, *De l'esprit des lois*, Oeuvres Complètes, París, Gallimard, 1949, t. II, pp. 396 y 397.

Constitución, pero los primarios gozan de jerarquía superior respecto a los secundarios o, si se quiere, se puede expresar esta idea diciendo que los primarios tienen una competencia constitucional superior a los secundarios, debido a la naturaleza de sus funciones.

Los primarios son el órgano revisor de la Constitución y el tribunal constitucional, donde existen, aunque la Constitución denomine a este último órgano constitucional autónomo. La denominación es lo de menos; lo esencial es, reitero, la naturaleza de la función.

Los secundarios son los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, y los órganos constitucionales autónomos.

El órgano revisor de la Constitución es jerárquicamente superior o goza de esa competencia superior a los órganos o poderes secundarios, en virtud de que puede alterar la estructura, integración y funciones de los segundos, e incluso los puede crear como en el caso de los órganos constitucionales autónomos. Al contrario, estos últimos no poseen ninguna facultad respecto al órgano revisor de la Constitución. Aclaro, aunque el poder revisor se integre por órganos o poderes secundarios, su naturaleza y funciones son diversas de aquéllos. Además, cierto es que los órganos secundarios intervienen en diversos aspectos de los primarios. Este es un asunto de los controles y de los pesos y contrapesos que deben existir entre todos los órganos del poder, tema del cual me ocupo con posterioridad.

El tribunal constitucional es jerárquicamente superior o goza de esa competencia superior a los poderes u órganos secundarios debido a que es quien controla la constitucionalidad de sus normas y actos. Si no gozara de jerarquía superior, el tribunal constitucional no podría revisar, declarar inválidos o anular los actos de los órganos secundarios.

Entre los órganos secundarios no existe jerarquía alguna. En caso de aparente conflicto, hay que cuestionarse a cuál de ellos la Constitución atribuye esa competencia, y quien resuelve en última instancia es el tribunal constitucional. En consecuencia, las cuestiones conflictivas entre los órganos o poderes constituidos secundarios son asuntos de competencia.

Ahora bien, los órganos o poderes constituidos primarios, tal y como los secundarios, son poderes constituidos, por tanto limitados, cuyas funciones se encuentran señaladas y demarcadas en la propia Constitución. No puede existir poder constituido ilimitado, porque entonces se actuali-

za la oración que, entre otros, Lord Acton ha expresado con todo acierto: el poder tiende a corromper y el poder absoluto corrompe totalmente.

Las propias Constituciones en algunos casos y la teoría constitucional señalan expresamente límites al órgano revisor de la Constitución. A ello me referiré más adelante.

Empero, poco se han estudiado los límites del tribunal constitucional por diversas razones como son las cronológicas, que cuando comenzó la *nueva ola* de creación de dichos órganos en la segunda posguerra mundial, las críticas fueron acérrimas y fuertes y hubo que defenderlos con argumentos, y, por el contrario, a que existió en algunos sectores jurídicos y políticos una especie de enamoramiento con esa idea como una panacea para que no se repitieran los horrores de los regímenes nacional-socialistas y fascistas que desataron dicha conflagración.

Sin embargo, se han venido exponiendo algunas preocupaciones al respecto, como en el caso de Mauro Cappelletti, quien precisó que la idea central de un sistema democrático de gobierno son los “*checks and balances*”, que un poder jamás puede ser ilimitado y que, incluso, el poder controlador no debe ser irresponsable y encontrarse libre de control, que es la respuesta moderna a la famosa pregunta de Juvenal sobre quién vigila al vigilante.<sup>16</sup>

Riccardo Guastini expresa una preocupación similar, al preguntarse si los contrapesos del Poder Judicial (extensibles a la Corte Constitucional) se encuentran únicamente en el interior de sí mismo.<sup>17</sup>

A los límites del tribunal constitucional también dedico algunas reflexiones.

4. Ahora bien, me pregunto si ¿entre el órgano revisor de la Constitución y el tribunal constitucional existe una relación de jerarquía o una de competencia?, ¿si alguno de ellos prima sobre el otro? En otras palabras, ¿es el órgano revisor de la Constitución jerárquicamente superior al tribunal constitucional, o viceversa?

Una Constitución puede resolver esta cuestión: si acepta *expresamente* que el tribunal constitucional puede revisar la obra del órgano revisor, entonces el primero prima sobre el segundo, en virtud de que la Consti-

<sup>16</sup> Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, p. 113.

<sup>17</sup> Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara-UNAM, 2001, pp. 80 y 81.

tución lo señala expresamente como su último contralor, incluso sobre el otro órgano constituido de carácter primario.

Si la Constitución es omisa al respecto, entonces la pregunta debe ser contestada con los instrumentos de la Teoría de la Constitución.

Si el problema no es de jerarquía sino de competencia, no resulta asunto fácil delimitar, sin lugar a dudas, dicha competencia.

La Constitución puede facultar al tribunal constitucional para revisar la constitucionalidad de la reforma constitucional en el aspecto procedimental o también en relación con el contenido o materia de la misma. Hasta ahora son pocas las Constituciones que señalan dicha competencia al tribunal, en especial en este segundo supuesto. Indicaré algunas de ellas en el lugar correspondiente.

En dichos supuestos hay que preguntarse si es una atribución adecuada o si puede traer consigo problemas constitucionales o políticos cuya resolución desborde al propio orden constitucional con resultados de hecho que incluso quiebren el sistema constitucional vigente.

Adelanto que todo problema debe resolverse dentro de los cauces jurídicos, más aún los de carácter constitucional, que son los que pueden afectar directamente a la sociedad en su conjunto. Es posible lograr que todo fenómeno político se desarrolle con normalidad dentro de los márgenes constitucionales. A esa finalidad contribuye un buen diseño de ingeniería constitucional, en el cual resulta útil la claridad en los conceptos.

### III. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL ÓRGANO REVISOR DE LA CONSTITUCIÓN

1. Voy a contrastar las características esenciales del tribunal constitucional y del órgano revisor de la Constitución.

Mientras el tribunal posee un carácter permanente y su actuación es constante, el órgano revisor se manifiesta sólo en determinadas ocasiones, aunque en un país pueda ser con más frecuencia que en otros.

Mientras *la función primordial* del tribunal es la defensa de la Constitución, controlando la constitucionalidad de normas y actos de los poderes constituidos secundarios, así como sus conflictos, su decisión debe desprenderse de una interpretación correcta o adecuada de la Constitución; en cambio, la función del órgano revisor es actualizar la propia obra del Poder Constituyente, alterando, reformando o adicionando a la Cons-



titución, creando algo nuevo aunque no tenga antecedentes en ese orden jurídico. Desde luego, alterar, reformar o adicionar es algo completamente diverso de sustituir o destruir. La importancia de esta función resalta en las diversas denominaciones que ha recibido, aunque sean erróneas por no corresponder a su naturaleza de poder constituido, tales como Poder Constituyente permanente y Poder Constituyente constituido (*pouvoir constituant institué*).

Mientras las decisiones del tribunal constitucional habrán de ser argumentadas como en cualquier otra sentencia y deben respetar el desarrollo lógico de aquélla, el órgano de revisión no necesita, ni lo realiza, argumentar la reforma como si se tratara de una sentencia, aunque generalmente se exponen las razones de la misma en los debates legislativos y existe una exposición de motivos. Diferente es la argumentación judicial de la de una exposición de motivos. La primera es esencialmente de carácter jurídico, la segunda, de conveniencia política.

Mientras el tribunal no puede alterar ningún aspecto concerniente al órgano revisor, éste puede modificar desde la estructura, competencias e integración del tribunal, así como el procedimiento de elección de sus miembros.

Mientras el tribunal es el órgano encargado *fundamentalmente* para controlar las normas y actos de los poderes constituidos y dirimir las controversias entre ellos, el órgano revisor decide qué permanece y qué se altera en la propia Constitución para adaptarla a una realidad socio-política cambiante, aunque su labor tiene que estar subordinada a la ley fundamental.

2. Al tribunal constitucional suele calificársele de guardián o custodio de la Constitución, su intérprete último y el gran defensor de los derechos humanos. Indudablemente que es todo ello y es precisamente por ello que juega un papel primordial en cualquier sistema democrático y en la preservación de las libertades. Aclaro, parto del supuesto que se acepta plenamente la competencia del tribunal constitucional para controlar la constitucionalidad de leyes y actos, y dirimir las controversias entre los poderes. Es decir, es un asunto que no discuto.

3. No obstante, no es posible dejar a un lado precisiones necesarias a esas calificaciones.

El tribunal constitucional no es el único guardián de la Constitución. Lo son también:

- a) La sociedad, que debe sentirla como suya y como algo de importancia, y debe estar dispuesta a defenderla a través de sus organizaciones, e incluso con la desobediencia civil.
- b) El órgano revisor de la Constitución, que la debe mantener actualizada, sin sustituirla o destruirla.
- c) Los órganos constituidos secundarios, que deben actuar de conformidad a ella y ejerciendo sus facultades para custodiarla. Una de las razones que el Poder Ejecutivo puede tener para vetar un proyecto de ley es si lo considera inconstitucional.
- d) En situaciones límites lo son el jefe del Estado y el ejército.

4. En estrecha relación con lo expuesto en el anterior párrafo, y *dependiendo de cada Constitución y sistema de gobierno*, el tribunal constitucional no siempre es la última instancia de interpretación o decisión constitucionales. Aún en *la mayoría* de las Constituciones, el tribunal constitucional no es competente para conocer una serie de situaciones. Enuncio algunos ejemplos:

- a) El juicio político de responsabilidad.
- b) Las resoluciones de los tribunales electorales cuando son inatacables.
- c) Los estados de emergencia, de excepción o de sitio.
- d) La declaración de guerra.
- e) La protección de la forma federal en las entidades o provincias.
- f) Las resoluciones de los Consejos de la Judicatura.
- g) Las resoluciones sobre los límites territoriales entre las entidades o provincias.
- h) Las recomendaciones de los *ombudsmen*.

5. Muy cierto es que los tribunales constitucionales son grandes defensores y protectores de los derechos humanos. Esta es una de sus grandes virtudes. Así ha sido especialmente en Estados Unidos y en la Alemania e Italia de la segunda posguerra mundial. Así debe ser en todos los países y es una de las razones para su creación.

Empero, de acuerdo con una serie de circunstancias en muchos países, grandes defensores de los derechos humanos también lo son:

- a) Los poderes constituyentes, al aprobar nuevas Constituciones e

incluir amplias declaraciones de derechos humanos y las garantías procesales para su protección.

b) Los órganos de revisión de la Constitución, al ampliar o precisar aquéllos.

c) Los órganos ejecutivos y legislativos, al ratificar tratados, convenios o pactos internacionales de derechos humanos, o al aceptar la jurisdicción regional o internacional de cortes o tribunales internacionales de derechos humanos.

d) Los *ombudsmen*.

e) Las organizaciones no-gubernamentales de derechos humanos.

Desde luego, en los dos últimos supuestos, por su propia naturaleza, sus actuaciones no son vinculantes.

Sin embargo, los tribunales constitucionales se encuentran en una situación privilegiada para defender y proteger los derechos humanos de las arbitrariedades y violaciones que existen incluso en los gobiernos y sociedades de los países más civilizados, ni qué decir de los nuestros de América Latina, y de la gran mayoría de África y Asia.

1. Las facultades del tribunal constitucional son señaladas expresamente por la Constitución; éstas son de naturaleza política.<sup>18</sup> Las más frecuentes son:

a) Controlar la constitucionalidad de las normas generales, sin importar el poder constituido secundario que las expida; se examina si éstas son compatibles con la Constitución, y si el tribunal considera que no lo son, anula dicha norma general con efectos *erga omnes*. El tribunal no juzga un caso individual, sino que realiza una función lógica-abstracta cuyo resultado puede ser la anulación de la norma examinada. Por esta razón, Hans Kelsen declaró expresamente que en estos casos el tribunal es realmente un legislador negativo.

b) Controlar la constitucionalidad de los tratados internacionales que pasan a ser parte del orden jurídico interno.

<sup>18</sup> Vigo, Rodolfo Luis, "Directivas de la interpretación constitucional", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación Constitucional*, México, Editorial Porrúa UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, tomo II, pp. 1350-1353. Peter Häberle se refiere al tribunal constitucional como un tribunal social; es decir, como el tribunal de toda la sociedad, véase, *El Tribunal Constitucional como Tribunal Ciudadano*. El recurso constitucional de Amparo, Querétaro, Qro., FUNDAp, 2005, pp. 67-72.

- c) Controlar la constitucionalidad de los actos administrativos y ejecutivos.
- d) Controlar la constitucionalidad de sentencias definitivas.
- e) Interpretar la Constitución estableciendo sus propios parámetros interpretativos con lo cual señala el marco jurídico y político de la propia actuación de las autoridades, construyendo juicios de valor que, sin duda alguna, implican decisiones políticas, lo cual queda claro especialmente en la protección de los derechos humanos.
- f) Resolver conflictos constitucionales y políticos entre los órganos o poderes secundarios.
- g) Adoptar definiciones políticas y sociales que impactan en la sociedad en temas tales como el aborto, la eutanasia y el principio de no-discriminación.
- h) Declarar la inconstitucionalidad de los partidos políticos.

Además, en algunas Constituciones se le suelen atribuir funciones de la más diversa naturaleza, como son:

- i) La vigilancia de las elecciones y el conocimiento de los recursos sobre esta materia.
- j) La valoración sobre la admisibilidad de las solicitudes de referendo.
- k) El análisis constitucional de los *projectos* de leyes y tratados internacionales; es decir, constituye un control previo o preventivo.
- l) En algunas ocasiones, la intervención en el proceso de juicio político, emitiendo una opinión, instruyendo la acusación, garantizando la correcta aplicación del procedimiento, e incluso, como órgano juzgador.
- m) La verificación de la existencia de causas de impedimento temporal o definitivo del jefe del Estado.
- n) En algunos casos, incluso, se le faculta para emitir opiniones en relación con las medidas de emergencia, la constatación de la muerte o la incapacidad de los candidatos a la presidencia de la República, la comprobación de las circunstancias de la disolución presidencial del parlamento, el pronunciamiento sobre las candidaturas al cargo de presidente y la decisión sobre la extradición de ciudadanos ex-

tranjeros.<sup>19</sup>

Fácil, entonces, es constatar que la labor del tribunal constitucional constituye por esencia una función política, enmarcada dentro de la Constitución, que se actualiza a través de la jurisdicción y con técnicas, metodologías y parámetros jurídicos, sin desconocer los aspectos valorativos y axiológicos en su interpretación.

Entonces, la pregunta se impone: ¿cuáles son los límites y la responsabilidad del tribunal constitucional?, ¿puede en una democracia<sup>20</sup> existir un poder ilimitado e irresponsable?, ¿es posible que un órgano del Estado acumule tantas y tan delicadas funciones sin que exista control alguno y sin que tenga que rendir cuentas de cómo ha ejercido esas funciones?

2. Por la especial trascendencia del tribunal constitucional hay dos temas muy importantes: el perfil del magistrado constitucional y el procedimiento para su elección o designación. De este último me he ocupado en otras ocasiones.<sup>21</sup>

En unas cuantas oraciones aludo al primero de ellos.

En muchas ocasiones esos magistrados no son especialistas en cuestiones constitucionales ni juristas preparados, sino que lograron su nombramiento en la negociación política entre los partidos políticos.

<sup>19</sup> Pegoraro, Lucio, “Tribunales constitucionales y revisión de la Constitución”, en *Pensamiento Constitucional*, Lima, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Graduados, 1999, p. 227.

<sup>20</sup> Carpizo, Jorge, *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, p. 100. Defino a la democracia como “el sistema en el cual los gobernantes son electos periódicamente por los electores; el poder se encuentra distribuido entre varios órganos con competencias propias y con equilibrios y controles entre ellos, así como responsabilidades señaladas en la Constitución con el objeto de asegurar los derechos fundamentales que la propia Constitución reconoce directa o indirectamente”. Al respecto véanse Lijphart, Arend, *Modelos de democracia. Formas de gobierno y resultados en treinta y seis países*, Barcelona, Ariel Ciencia Política, 2000, p. 13. Kelsen, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, México, Editora Nacional, 1980, pp. 30 y 31, 35, 45. Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992, pp. 14, 15, 29-31 y 136. Sartori, Giovanni, *Teoría de la democracia*, Madrid, Alianza Universidad, 1988, t. I: *El debate contemporáneo*, pp. 98, 259 y 260. Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica-UNAM, 2006, pp. 136-139.

<sup>21</sup> Carpizo, Jorge, *Temas constitucionales*, cit., pp. 188-191. Carpizo, Jorge, *Concepto de democracia*, cit., pp. 142-144. Véase Favoreu, Louis, *op. cit.*, pp. 29 y 30.

Los magistrados constitucionales no necesitan ser héroes ni sabios, pero sí es necesario que comprendan la especial importancia de su función para que, en la medida en que sea humanamente posible, se coloquen por encima de intereses políticos, de partido, económicos, sociales y religiosos. Su única brújula y estrella polar debe ser la Constitución; habrán de ser muy cuidadosos para evitar ser recusados, lo cual lesiona el prestigio del propio tribunal y el suyo propio, más si la recusación se dirige a varios magistrados alegándose parcialidad política o problemas de honestidad.

El cargo de magistrado no debe servir para realizar clientelismo judicial o político. Hasta donde sea posible debe ser un cargo terminal, con una buena jubilación, para dedicarse con posterioridad exclusivamente a actividades honoríficas, de beneficio social, académicas o culturales.

En el perfil del magistrado constitucional deben reunirse condiciones de imparcialidad y especialidad, personales y humanas, que implican valores como la capacidad para trabajar en equipo, independencia, creer en la justicia, eficacia, sabiduría, valentía, moderación, humildad intelectual, honestidad y vocación pluralista.<sup>22</sup> Hans Kelsen hace énfasis en que una parte de los magistrados del tribunal constitucional debe integrarse con especialistas, o sea con juristas eminentes.<sup>23</sup>

En una buena parte, los tribunales constitucionales más exitosos, prestigiados e influyentes son los que han contado con magistrados de calidad que satisfacen las características que una persona debe reunir para ocupar tan alto cargo.

De la calidad de los magistrados constitucionales se puede decir lo mismo que ya expresó Tocqueville respecto a los de la Corte Suprema de Estados Unidos:

En manos de los siete jueces federales descansan incesantemente la paz, la prosperidad y la existencia misma de la unión. Sin ellos, la Constitución es letra muerta...

Los jueces federales no deben (*los justices*), pues, solamente ser buenos ciudadanos, hombres instruidos y probos, cualidades necesarias a todos los magistrados, es preciso encontrar en ellos a verdaderos hombres de

<sup>22</sup> Landa, César, *Tribunal Constitucional y Estado democrático*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, pp. 367-371.

<sup>23</sup> Kelsen, Hans, "La garantía jurisdiccional de la Constitución", *Anuario Jurídico*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, t. I, p. 493.

Estado; es necesario que sepan discernir el espíritu de su tiempo, afrontar los obstáculos que se pueden vencer, y apartarse de la corriente cuando el oleaje amenaza arrebatar junto con ellos la soberanía de la unión y la obediencia debida a sus leyes.

El presidente puede fallar sin que el Estado sufra, porque el presidente no tiene sino un poder limitado. El Congreso puede errar sin que la unión perezca, porque por encima del Congreso reside el cuerpo electoral que está facultado a cambiar su espíritu al cambiar sus miembros.

Pero si la Corte Suprema llegara alguna vez a estar compuesta de hombres imprudentes o corrompidos, la confederación tendría que temer a la anarquía o a la guerra civil...

Ahora bien, mientras más necesario es que un poder sea fuerte, es más preciso darle extensión e independencia. Cuanto más extenso e independiente es un poder, más peligroso es el abuso que se puede hacer de él. El origen del mal no está en la Constitución de ese poder, sino en la Constitución misma del Estado que necesita la existencia de tal poder.<sup>24</sup>

## V. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

1. El tribunal constitucional realiza y cumple con sus importantes y delicadas funciones primordialmente a través de un instrumento de cuerdas finísimas: la interpretación.

Para la mejor comprensión del tema de la interpretación constitucional se le puede clasificar en diversas categorías.<sup>25</sup> Me interesa en este ensayo aludir únicamente a una de ellas: puede ser de carácter restrictivo o literal, o amplio, axiológico o valorativo.

Desde 1971 me pronuncié por una interpretación constitucional de naturaleza finalista o axiológica. Textualmente afirmé que “la finalidad última de la interpretación constitucional debe ser proteger y defender lo más valioso que existe para cualquier hombre: su libertad y dignidad”.<sup>26</sup>

2. Los desarrollos jurisprudenciales y académicos que este tema ha tenido en las últimas décadas, principalmente en la última mitad del siglo

<sup>24</sup> Tocqueville, Alexis de, *La democracia en América*, México, Fondo de Cultura Económica, 1963, pp. 147 y 148.

<sup>25</sup> Carpizo, Jorge, “La interpretación constitucional en México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año IV, núm. 12, 1971, pp. 386-402.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 385.

XX, son asombrosos y revolucionarios,<sup>27</sup> aunque no dejan de presentar problemas y críticas. Me voy a referir únicamente a algunos de los métodos y técnicas actuales de la interpretación constitucional.

Puedo decir que se considera que la Constitución se integra con una serie de valores y principios de los cuales es posible extraer principios y normas implícitas, por tanto no expresas, que son importantes para normar diversos aspectos jurídicos, políticos y sociales.<sup>28</sup>

La anterior visión, expresada por la jurisprudencia y por la academia, presenta los matices más variados y diversos. Considero, con una de esas visiones, que la interpretación valorativa debe apoyarse en la teoría general del derecho para desentrañar la resolución justa, adecuada o certera, que no implica aspectos morales sino nace de la obligación de una resolución jurídicamente correcta. La interpretación no debe alejarse del universo jurídico, convirtiendo al derecho constitucional en filosofía del derecho. “Buscar la llamada justicia material es un propósito plausible. Hacerlo con olvido e incluso menosprecio de las formas jurídicas es un despropósito que acaba siempre pagándose muy caro”.<sup>29</sup>

<sup>27</sup> Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2005, t. I, 730 pp., y t. II, pp. 731-1428. Fix-Zamudio, Héctor, “Algunos aspectos de la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano”, *Revista Jurídica Veracruzana*, Xalapa, núm. 4, 1970, pp. 9, 15-16 y 28. Los estudios de Moreno, José Juan “Conflictos entre principios constitucionales” y de Luis Prieto Sanchís, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta-UNAM, 2003. Morbidelli, G., “Introduzione al diritto e all’interpretazione”, Morbidelli, G., Pegoraro, L., Reposo, A., Volpi, M., *Diritto costituzionale italiano e comparato*, Bolonia, Monduzzi Editore, 1995, pp. 34-40. Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, UNAM y CNDH, 2004, pp. 122-132. Carmona Tinoco, Jorge Ulises, *La interpretación constitucional*, México, UNAM-CNDH, 1996, pp. 191-205.

<sup>28</sup> Guastini, Riccardo, *op. cit.*, p. 159.

<sup>29</sup> Aragón Reyes, Manuel, “La justicia constitucional en el siglo XX. Balance y perspectivas en el umbral del siglo XXI”, *La ciencia del derecho durante el siglo XX*, México, UNAM, 1998, p. 199. Del mismo autor, *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, pp. 86-101. Astudillo, César, *Del control formal al control material de la reforma constitucional. Un análisis desde el modelo de Constitución actual*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, memoria de investigación, p. 106. Véase Gascón Abellán, Marina, “La teoría general del garantismo: rasgos principales”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (ed.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento de Luigi Ferraioli*, Madrid, Trotta -UNAM, 2005, pp. 33-36.



La interpretación valorativa se fundamenta en facultades constitucionales que se atribuyen al tribunal constitucional; hay que enlazar la propia Constitución con un método o métodos adecuados —que son de naturaleza jurídica— con la finalidad de alcanzar resultados coherentes que se desprenden de los contenidos constitucionales que están dirigidos hacia finalidades específicas que *con anterioridad* el Poder Constituyente inscribió en la Constitución, las cuales la singularizan y le otorgan su identidad en cuanto orden valioso en sí mismo,<sup>30</sup> pero sin ignorar que el tribunal constitucional no es Poder Constituyente ni poder revisor de la Constitución.

Así pues, los tribunales constitucionales trabajan con principios y conceptos constitucionales indeterminados de valor y, a veces, dichos principios y conceptos no son explícitos pero son susceptibles de ser extraídos de otros que sí lo son.<sup>31</sup>

3. En ocasiones, los derechos, los principios e incluso los valores pueden entrar en conflicto entre sí. Entonces, el tribunal constitucional establece una jerarquía axiológica entre ellos, con lo cual unos primarán sobre los otros, unos se aplicarán y otros “se harán a un lado”. Dicha jerarquía es “móvil”, lo cual expresa que es posible que en diferente caso concreto se proceda en forma diversa con esos derechos, principios o valores.<sup>32</sup> A dicha técnica se le denomina *ponderación*.

4. Otra técnica que diversos tribunales constitucionales han creado y utilizan es la del principio de razonabilidad, basado en el principio de igualdad y no discriminación, del cual han derivado el principio de que los casos iguales deben ser tratados de la misma forma o manera, y los casos diversos, en forma o manera diferente.

Así, lo que hay que esclarecer es qué casos son iguales de aquellos que no lo son; es decir, qué distinciones son razonables y cuáles no y, por tanto, son discriminatorias.

<sup>30</sup> Véase Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 137-144. Astudillo, César, *op. cit.*, p. 111.

<sup>31</sup> Véanse García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, p. 230. Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, pp. 116-126.

<sup>32</sup> Guastini, Riccardo, *op. cit.*, pp. 182 y 183. Moreso, José Juan, “Conflictos entre principios constitucionales”, *Neoconstitucionalismo(s)*, *cit.*, pp. 100-110. Alexy, Robert, “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, *ibidem*, pp. 32-37.

Las distinciones o clasificaciones establecidas por el legislador deben ser *razonables*, o sea, deben ser buenos argumentos o justificaciones. Por este camino, “según el principio de razonabilidad, una distinción es justificada cuando está justificada”, lo cual implica un juicio de valor. Entonces, el tribunal constitucional revisa discrecionalmente las determinaciones discrecionales del legislador.<sup>33</sup>

5. Entre los diversos métodos y técnicas de la interpretación constitucional, me refiero únicamente a uno más, que utilizan varios tribunales constitucionales, el principio de proporcionalidad, cuyas características son: la relación que existe entre la decisión y su finalidad, o sea la relación medio fin; la idoneidad y la necesidad de la disposición obedecen en gran parte a las circunstancias en que se ha tomado, por lo cual puede verse influenciada por el transcurso del tiempo y por los hechos; la disposición objeto de control no necesita ser la más proporcionada posible, sino únicamente que no sea desproporcionada; es decir, lo que se prohíbe es que la norma o acto sea excesivo, y se refiere a las medidas restrictivas de los poderes públicos.

González Beilfuss otorga una caracterización del principio de proporcionalidad, que él mismo califica de insuficiente pero que es clara y adecuada para las finalidades que persigo en este inciso; afirma que “el principio de proporcionalidad constituye un parámetro de control relacional y relativo, en que necesariamente tienen entrada elementos fácticos y temporales, que es aplicable a cualquier actuación de los poderes públicos que incida negativamente en un bien jurídico constitucional susceptible de restricción, y que tiene un contenido básicamente negativo, en el sentido de prohibir los regímenes jurídicos que no guarden una mínima relación de proporcionalidad respecto a la finalidad perseguida por los mismos”.<sup>34</sup>

<sup>33</sup> Guastini, Riccardo, *op. cit.*, pp. 53 y 54. Véanse los interesantes ensayos, principalmente las páginas mencionadas, incluidos en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, cit., t. I, Canosa Usera, Raúl, “Interpretación constitucional y voluntad democrática”, pp. 243-259. Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “Algunos aspectos sobresalientes de la interpretación judicial constitucional”, pp. 307-314. Comanducci, Paolo, “Modelos e interpretación de la Constitución”, pp. 485-491. García Belaunde, Domingo, “La interpretación constitucional como problema”, pp. 615-621. Häberle, Peter, “Métodos y principios de la interpretación constitucional”, pp. 687-700.

<sup>34</sup> González Beilfuss, Markus, *El Principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Thomson, Aranzadi, 2003, pp. 98-109; la definición se encuentra en la p. 101.

El principio de proporcionalidad persigue proveer soluciones para resolver adecuadamente los conflictos entre los derechos fundamentales y el interés general, a través de un razonamiento que contrasta intereses jurídicos opuestos para poder determinar si una medida restrictiva está justificada o es adecuada —no excesiva— respecto al fin que se persigue.<sup>35</sup>

6. No cabe duda alguna que la cuestión de la interpretación constitucional se ha colocado como uno de los grandes temas de la teoría constitucional por las consecuencias que lleva consigo. Está íntimamente ligada a cuestiones de la más alta importancia constitucional: el principio de supremacía constitucional, la defensa de los derechos humanos, los pesos y contrapesos entre los poderes, los límites constitucionales de éstos, la justicia y la jurisdicción constitucionales, el control constitucional de leyes y actos de autoridad, la rigidez de la norma constitucional y las funciones del tribunal constitucional.

Como asenté párrafos atrás, desde 1971 me pronuncié por una interpretación constitucional de índole finalista o axiológica, misma que continúo defendiendo y más con los argumentos y desarrollos que se han presentado en las últimas décadas.

No obstante, hay que ser muy cuidadosos: el tribunal constitucional, reitero, no puede usurpar las funciones del Poder Constituyente ni del órgano revisor de la Constitución. En consecuencia, no debe crear normas ni principios que no sean susceptibles de reconducirse a la ley fundamental, pero sí puede deducir principios implícitos de los expresamente asentados, tales como dignidad humana, libertad, igualdad, seguridad jurídica, justicia social, estado de bienestar, etcétera.

Asimismo, el tribunal no puede desconocer y necesita equilibrar su interpretación de los principios con otras finalidades que cualquier orden jurídico persigue: la certeza y la seguridad jurídica, y jamás desconocer que es un órgano político, que conoce de asuntos políticos, pero que es un *tribunal*, y que como tribunal únicamente puede resolver con metodología y técnicas jurídicas.

Tampoco puede ignorar el contexto social y político en que se encuentra. No es lo mismo un país democráticamente consolidado que uno que se encuentra en transición democrática. No es lo mismo un país política-

<sup>35</sup> Bernal Pulido, Carlos, “El principio de proporcionalidad en el control de las medidas estatales ambientales de efecto equivalente en el derecho comunitario europeo”, *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, núm. 9, 2000, pp. 110 y 112.

mente estable y socialmente equilibrado que uno con divisiones y diferencias políticas y sociales muy profundas.

Más allá de los límites que el tribunal tiene como cualquier órgano de poder, resulta muy importante que sepa autolimitarse, es decir, *el self-restraint*; que el activismo judicial no sea desbordado, que aplique con prudencia las técnicas de la interpretación constitucional, que jamás pretenda usurpar funciones que la Constitución atribuye a otros órganos, que siempre tenga presente que está interpretando la Constitución, no creando una filosofía o moral constitucionales. En otras palabras, que tenga muy presente el criterio de Otto Bachof respecto al tribunal alemán: “La Corte ha necesitado conquistar su actual posición con mucho trabajo y contra muchas resistencias. Que lo haya logrado radica, y no es la menor de las razones, en que con sabia autolimitación haya entendido correctamente cómo trazar las fronteras entre derecho y política”.<sup>36</sup> Suscribo totalmente este pensamiento de Bachof.

## VI. LOS LÍMITES DE LOS ÓRGANOS CONSTITUIDOS PRIMARIOS

1. Como ya asenté, todo poder constituido tiene y debe tener límites. El único poder, en principio, jurídicamente ilimitado es el Poder Constituyente, e incluso éste, si persigue construir una Constitución democrática, no puede desconocer ni infringir el derecho internacional de los derechos humanos. Todo poder constituido debe ser susceptible de ser controlado para que se aseguren las libertades de las personas.

Ahora me refiero a los límites del órgano revisor de la Constitución, tema que la doctrina ha explorado con profundidad aunque no existe unanimidad al respecto.

Después examino los límites del tribunal constitucional.

2. De lo expresado en este ensayo resalta que el órgano revisor de la Constitución está subordinado a quien lo creó —el Poder Constituyente— y a su expresión de voluntad plasmada en la Constitución como un conjunto de normas.

En consecuencia, el órgano revisor de la Constitución tiene límites que se derivan de la propia Constitución. Estos pueden contemplarse desde

<sup>36</sup> Bachof, Otto, “Nuevas reflexiones sobre la jurisdicción constitucional entre derecho y política”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año XIX, núm. 57, 1986, p. 844.

varios ángulos. El más importante y el que me interesa resaltar para el propósito de este ensayo es el que los divide en límites expresos e implícitos.<sup>37</sup>

Los límites expresos son aquellos principios que la propia Constitución señala, sin ambigüedad alguna, en forma explícita y directa, que son intocables, que no se pueden reformar ni alterar. A estas normas suele denominárseles cláusulas pétreas, intangibles o de intangibilidad. La razón de su existencia responde a factores históricos o a que el Poder Constituyente decidió subrayar cuáles son los principios fundamentales, materiales, esenciales o supremos, como se les quiera denominar, sobre los que descansa todo el orden constitucional. El hecho de que se les mencione no significa que sólo ellos tengan ese carácter, en virtud de que de ellos o de diversos preceptos constitucionales se derivan necesariamente otros: son las cláusulas o principios implícitos.

Cláusulas pétreas ya se localizan en la Constitución noruega de 1814, al señalar que las modificaciones constitucionales jamás deberán contravenir los principios de la Constitución. En Francia, en 1884, se estableció que estaba prohibida la modificación de la forma republicana de gobierno.<sup>38</sup> En América Latina nuestro constitucionalismo, tanto en el siglo XIX como en el XX, conoció la existencia de cláusulas de intangibilidad, pero es con las Constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial que esta corriente se consolida. Resulta común citar que el artículo 1<sup>39</sup> de la Constitución italiana protege la forma republicana de gobierno de cualquier alteración; caso idéntico acontece con la Constitución francesa de 1958. El artículo 79.3 de la Ley Fundamental de Alemania señala que es inadmisibles toda modificación que afecte la distribución territorial de la Federación en estados, la cooperación de éstos en la legislación, o los principios consignados en los artículos 1 y 20 que se refieren a la dignidad del pueblo y de la persona, la inviolabilidad e inalienabilidad de sus derechos, el principio de la aplicación inmediata de los derechos funda-

<sup>37</sup> Véanse Carbonell, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, México, Porrúa-UNAM, 2000, pp. 243-244. Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1964, pp. 188-195. Vanossi, Jorge Reinaldo A., *Teoría Constitucional. Teoría Constituyente*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, vol. I, 1975, pp. 186-194.

<sup>38</sup> Miranda, Jorge, "Le contrôle et les limites de la révision de la Constitution", *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, Aix-en-Provence, Economica, 2004, XX, p. 450.

mentales, la estructura federal, el Estado democrático y social, el reconocimiento de que todo poder público dimana del pueblo y el dogma de la división de poderes. El artículo 288 de la Constitución de Portugal parece interminable en su propósito de petrificar los principios fundamentales.

Resulta lógico desde el ángulo jurídico que un poder constituido, como el órgano revisor de la Constitución, no pueda tocar ni alterar las normas de intangibilidad, debido a que entonces estaría desconociendo al Poder Constituyente y usurpando facultades que no le han sido atribuidas sino, al contrario, expresamente prohibidas.

Héctor Fix-Zamudio, al referirse a las cláusulas pétreas, expresa con razón que en consecuencia, las generaciones futuras estarían impedidas de modificar esas normas; entonces, la Constitución escrita resultaría intangible, lo cual no deja de ser ilusorio.<sup>39</sup>

En el pensamiento de Fix-Zamudio, Biscaretti di Ruffia y García Belaunde se encuentra la idea francesa, manifestada en el artículo 28 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793 en el sentido de que las generaciones pasadas y presentes no pueden encadenar a las futuras. Textualmente dicho artículo especificó: “Un pueblo tiene siempre el derecho a revisar, reformar y cambiar su Constitución. Una generación no puede imponer sus leyes a las generaciones futuras”.

Las anteriores nociones no son antagónicas, sino implican dos planos diversos: el poder revisor de la Constitución no puede jurídicamente reformar ni alterar el contenido de una cláusula pétrea, porque estaría destruyendo la Constitución que lo creó; quien sí lo puede hacer es el Poder Constituyente. No obstante, las cláusulas pétreas pueden ser superadas más allá de cualquier frontera jurídica, y no necesariamente en forma violenta o revolucionaria, sino pactada por las diversas fuerzas sociales y políticas, y que el nuevo proyecto de Constitución se someta a la consideración del pueblo a través de un referendo.<sup>40</sup> Los ejemplos históricos recientes son numerosos. Empero, insisto, el órgano revisor de la Constitución no puede alterar la cláusula pétrea.

<sup>39</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, México, Porrúa-UNAM, 2005, p. 51. Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 550-560. García Belaunde, Domingo, *op. cit.*, p. 267.

<sup>40</sup> Carpizo, Jorge, *Estudios constitucionales*, *cit.*, p. 574. SÁCHICA, Luis Carlos, *Esquema para una teoría del Poder Constituyente*, Bogotá, Temis, 1978, pp. 39 y 40.

Jorge Miranda señala que el órgano revisor de la Constitución tampoco puede desconocer el derecho internacional convencional sin exponer al país a sanciones, pero especialmente el derecho comunitario —se refiere al de la Unión Europea—, debido a que es un límite tal que infringirlo constantemente puede incluso plantear la posibilidad de la expulsión del país de dicha unión.<sup>41</sup>

3. El órgano revisor de la Constitución tiene como función reformar, adicionar y actualizar, no sustituir o destruir, la Constitución. Si lo hiciera estaría ocupando el papel del Poder Constituyente soberano. Como bien lo expresa Pedro de Vega, los principios y valores legitimadores de todo el ordenamiento constitucional:

tendrán por fuerza que configurarse como zonas exentas al poder de revisión, y adquirir, por tanto, el indudable carácter de límites materiales implícitos a toda operación de reforma. Proceder de otra manera, y otorgar al poder de reforma... la facultad de modificar totalmente el ordenamiento conduce a consagrar un despropósito que si, jurídicamente, repugna a la lógica global del Estado constitucional, políticamente representa una declaración vacía, inaplicable y sin sentido... es claro que cualquier intento de modificación de los valores básicos que componen la fórmula política, a través del mecanismo de la reforma, implicaría no la simple sustitución de unos artículos por otros, sino la creación de un régimen político diferente y el establecimiento de un nuevo sistema constitucional... Cuando no se admite ningún tipo de límites a la reforma, es evidente que el neutralismo axiológico y el indiferentismo ideológico que subyacentemente acompañan al concepto de Constitución, permiten considerar como legalmente válida cualquier operación de revisión, con tal de que se cumplan los trámites formalmente establecidos. Incluso el cambio de régimen político, y la destrucción de la Constitución material existente, podrían presentarse como fenómenos deducibles del ejercicio más estricto de legalidad.<sup>42</sup>

Luego, el problema es conocer cuáles son esos principios, valores y materias que individualizan y fundamentan todo el orden constitucional y que el órgano revisor no puede tocar. Se puede sostener que los límites implícitos son aquellos a los cuales la Constitución no se refiere de ma-

<sup>41</sup> Miranda, Jorge, *op. cit.*, p. 445.

<sup>42</sup> Vega, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del Poder Constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985, pp. 285 y 293. Véase Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, México, Editora Nacional, 1961, pp. 30 y 31.

nera expresa, pero que pueden inferirse de su núcleo legitimador, básicamente de los principios y valores que la construyen y la sostienen.

En otras palabras, al documento que estructura los órganos de poder, los organiza y señala sus competencias se le suele llamar Constitución. Es algo así como comprobar que toda persona posee una constitución física, pero una Constitución democrática implica necesariamente el establecimiento de una serie de principios y valores para ser tal, como la noción de soberanía popular, el reconocimiento y protección real de los derechos humanos y la división de poderes.

De la noción de democracia se desprenden otros principios tales como: el sufragio universal; elecciones periódicas, libres, objetivas y equitativas; el control del poder; laicismo; responsabilidad de los funcionarios y transparencia en la función pública.

Ahora bien, cada Poder Constituyente incorpora a la Constitución material principios que le son esenciales y que son fruto de su historia y de su devenir y realidad política, como pueden ser el sistema federal, la separación Estado-iglesias o el principio de no-reelección del titular del Poder Ejecutivo.

Para conocerse y comprenderse a uno mismo como persona auxilia contemplar a las demás. Así, para conocer y comprender cuales otros principios suelen integrar la Constitución material de una democracia, aunque no se encuentren en forma expresa, es útil repasar aquellos que sí enumeran expresamente otras Constituciones como la alemana y la portuguesa, cuyas cláusulas pétreas incluyen abundantes principios o valores fundamentales, para contemplar si éstos lo son también en un determinado orden jurídico de acuerdo con su evolución político-constitucional.

Ahora bien, lo que el poder revisor no puede cambiar es la idea, el principio, sí la forma o modalidades del mismo. Por ejemplo: en lugar de la división de poderes no puede implantar la concentración de poderes; sí puede redistribuir funciones entre los poderes para su mejor funcionamiento o crear órganos autónomos. No puede suprimir la idea de la representación, pero sí cambiar el número de diputados de representación proporcional. No puede suprimir un sistema federal por uno central, pero sí alterar las atribuciones entre el gobierno central y los locales.<sup>43</sup> Lo que

<sup>43</sup> Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, México, Porrúa-UNAM, 2000, pp. 268 y 269. Véase Vega, Pedro de, *op. cit.*, pp. 170-173, 220-221 y 236-237. Schmitt, Carl, *op. cit.*, pp. 119-131.



el poder revisor no puede tocar es el principio o valor fundamental, su forma sí.

El problema de los límites implícitos es, por una parte, de carácter valorativo, pero por la otra es algo tangible, ya que existe un entramado de principios que se debe respetar para construir y preservar un Estado democrático y constitucional de Derecho, o dicho Estado no es tal.

En este apartado podría examinar dos temas del mayor interés pero que rebasan las finalidades del ensayo. El primero: ¿puede el órgano revisor de la Constitución modificar o alterar el procedimiento de reforma constitucional creado en la propia Constitución por el Poder Constituyente?<sup>44</sup>

El segundo: ¿qué tan saludable o peligroso resulta para la estabilidad de un sistema constitucional, la existencia de un procedimiento de reforma constitucional rígido en extremo?

4. El tribunal constitucional obviamente también tiene límites y son los mismos que hemos señalado para el órgano revisor:

Su competencia es primordialmente la interpretación de la Constitución, su defensa y el control de la constitucionalidad de leyes y actos. Entonces, no puede ir más allá de las funciones que expresamente le señala la propia Constitución y usurpar atribuciones del Poder Constituyente o de los poderes constituidos. Como poder constituido tiene límites.

Respeto a las cláusulas pétreas contenidas en la Constitución.

Acatamiento a la Constitución material, o sea a los principios y valores fundamentales que individualizan a la ley fundamental, aunque no estén expresamente señalados. Una de las funciones esenciales del tribunal es cuidar la obediencia a dichos principios.

Pareciera que no es probable que un tribunal constitucional desconozca esos límites, en virtud de que su esencia es la defensa jurisdiccional de la Constitución, y es el primero que debe respetarla. Sin embargo, en la realidad, diversos tribunales constitucionales han protagonizado enfrentamientos políticos en un afán de aumentar su poder, o el tribunal se compromete en un activismo judicial galopante y desenfrenado que puede llegar a atropellar sus propios límites constitucionales.

<sup>44</sup> Véanse Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Eudeba, 1963, pp. 76-83. Del mismo autor, "Sobre la autorreferencia y un difícil problema de derecho constitucional", *El concepto de validez y otros ensayos*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1969, pp. 47-81. Vanossi, Jorge Reinaldo A., *op. cit.*, pp. 236-245. Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 37, pp. 248 y 249. Miranda, Jorge, *op. cit.*, nota 38, pp. 453 y 455. Vega, Pedro de, *op. cit.*, pp. 277 y 281-283.

En fin, la historia política nos enseña lo peligroso que es un poder ilimitado, se trate de la naturaleza que sea y sin importar quien sea.

## VII. LOS CONTROLES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. El tribunal constitucional, como órgano constituido, tiene límites pero también como órgano del poder participa de los equilibrios y de los pesos y contrapesos que existen entre los propios órganos del poder para que ninguno abuse de éste.

Guastini afirma que si el poder jurisdiccional es un poder político, entonces se presenta el problema, nuevo en el constitucionalismo, de inventar técnicas constitucionales idóneas para la protección de los derechos de libertad frente al Poder Judicial.<sup>45</sup> El Poder Judicial en cuanto tal no es un poder político. El caso del tribunal constitucional, por su propia naturaleza y sin importar la nomenclatura que reciba, es diverso tal y como he argumentado y es un órgano que se encuentra fuera de la órbita del Poder Judicial y en posición jerárquica superior a aquél.

César Landa se pregunta: ¿quién controla al tribunal constitucional? Y apunta el peligro de que ese tribunal, en lugar de convertirse en la autoconciencia de la ley fundamental, se transforme en la conciencia arbitraria de la Constitución, o en un órgano dependiente del gobierno en turno.<sup>46</sup>

Es la propia Constitución la que debe establecer el delicado sistema de los *checks and balances*, uno de los aspectos esenciales del constitucionalismo moderno, aunque también existen controles metaconstitucionales. Comienzo examinando estos últimos.

2. a) El tribunal constitucional tiene un primer control en la justicia supranacional, si el país ha aceptado la competencia jurisdiccional de algún tribunal supranacional como la Corte Europea de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyas jurisdicciones nacen de sendas convenciones y contra toda violación de un derecho

<sup>45</sup> Guastini, Riccardo, *op. cit.*, p. 246.

<sup>46</sup> Landa, César, *op. cit.*, pp. 233 y 234. Véase Brewer Carías, Allan R., "Modelos de revisión constitucional en América Latina", *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Caracas, núm. 141, 2004, pp. 153-156. Este artículo realiza un amplio e interesante panorama de la cuestión de la reforma constitucional en América Latina, pp. 115-156

humano reconocido en las respectivas declaraciones y convenciones, y siempre y cuando se hayan agotado las instancias internas. Cada uno de esos sistemas de justicia supranacional tiene sus propias peculiaridades.<sup>47</sup> Ciertamente dicho control es de manera indirecta en virtud de que la responsabilidad es del Estado, no del tribunal.

b) El segundo control es el de la opinión pública y el de la especializada.

El tribunal constitucional está expuesto a la crítica de los medios de comunicación, al debate público sobre sus resoluciones y al conocimiento de los votos particulares de los magistrados disidentes por parte de la sociedad.

Cada día las actuaciones y resoluciones de los tribunales constitucionales están más abiertas al escrutinio público. En México, algunas de sus sesiones son televisadas.

Las críticas del medio jurídico, tanto de los académicos como de los litigantes y sus organizaciones, juegan un papel importante, debido a que el magistrado constitucional estará inclinado a preservar su prestigio dentro del gremio.<sup>48</sup>

Difícil resulta que los poderes políticos, los partidos políticos, las organizaciones sociales y la sociedad en general acepten pacíficamente resoluciones del tribunal en las que exista la percepción de que su fundamento no es la Constitución ni su defensa, sino que están basadas únicamente en preferencias políticas, ideológicas o religiosas, o en los prejuicios o proyectos personales de los magistrados.

<sup>47</sup> Véanse La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios y Documentos, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, s/f, p. 339. Buergenthal, Thomas, "Implementation in the Interamerican Human Rights System", en Bernhardt, F. y Jolowics, J. A. (eds.), *International Enforcement of Human Rights*, Berlín-Heidelberg, Springer Verlag, 1987, p. 69. Nieto Navia, Rafael, *Introducción al sistema interamericano de los derechos humanos*, Bogotá, Temis-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1993, pp. 56-74. Berger, Vincent, *Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, París, Sirey, Dalloz, 2004, 818 pp. Clements, Luke, Mole Nuala, Simmons, Alan, *European Human Rights. Taking a Case under the Convention*, Londres, Sweet & Maxwell, 1999, 383 pp. Biavati, Paolo, "L'efficacia diretta delle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. estudios del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. IX, 2008, 699-709 pp.

<sup>48</sup> Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, pp. 82-84 y 110-111.

Desde luego que este control no es de perfiles diáfanos; adquiere aspectos diversos de acuerdo con cada país, y cambia conforme a los tiempos, pero no puede desconocerse la importancia que puede llegar a adquirir.

3. Los controles que derivan de la propia Constitución, generalmente, son:

a) El órgano de revisión de la Constitución puede modificar la Constitución para superar una sentencia del tribunal constitucional que considere que está más allá del marco de la ley fundamental, o que la interpretación que ha realizado el tribunal no es acorde con aquélla.

Lo anterior ha acontecido en diversos países y en varias épocas. En un país como Estados Unidos, cuya Constitución ha sufrido pocas reformas, en cuatro ocasiones la finalidad de ésta persiguió precisamente la superación de una sentencia de su tribunal constitucional.<sup>49</sup> La última vez que esta situación ocurrió fue en 1971 con la enmienda XXVI para sobrepasar la resolución *Oregon vs. Mitchell*, del año anterior, en la cual el tribunal consideró que el Congreso no tenía la facultad de fijar la edad de los votantes en las elecciones de las entidades federativas. Dicha enmienda estableció la edad de 18 años tanto para los electores federales como para los locales, y facultó al Congreso para legislar al respecto.

En México, en noviembre de 2007, se reformó la Constitución para facultar expresamente al Tribunal Electoral de carácter nacional para resolver la no aplicación de leyes sobre materia electoral contrarias a la Constitución. Con dicha reforma se superó el criterio del tribunal constitucional mexicano en el sentido de que el tribunal electoral carecía de competencia para interpretar la Constitución y desaplicar normas que considerara contrarias a aquélla.<sup>50</sup>

b) El órgano revisor de la Constitución puede modificar la estructura del tribunal constitucional, el número de sus magistrados, incluso la competencia del órgano jurisdiccional.

Famoso es el enfrentamiento del presidente Roosevelt con la Corte Suprema americana que declaró inconstitucional muchas de las medidas

<sup>49</sup> Tribe, Lawrence H., *American Constitutional Law*, Mineola, Nueva York, The Foundation Press, 1978, pp. 50 y 51. García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, pp. 201 y 202.

<sup>50</sup> Astudillo, César, "La guerra de las cortes", *Nexos*, México, vol. XXX, núm. 366, 2008, pp. 58-60.

sociales contenidas en el programa del *New Deal*. Roosevelt, entonces, propuso el establecimiento de excepciones a la jurisdicción del tribunal, el aumento del número de magistrados a quince y la jubilación obligatoria a los setenta años. Este proyecto lo rechazó el senado, pero ayudó, aunado a otras circunstancias, a que el tribunal cediera y comenzara a cambiar la orientación de sus sentencias en marzo de 1937.<sup>51</sup>

Este control puede degenerar como aconteció en la Argentina de Carlos Menem que logró el incremento del número de magistrados de la Corte Suprema, pudo colocar a incondicionales y obtuvo que ese alto tribunal lo respaldara en muchas de sus medidas anticonstitucionales.

c) Me refiero a continuación a dos controles en manos de órgano constituido secundario. El primero es el juicio de responsabilidad política, en el cual el magistrado es responsable por las violaciones que la Constitución señala y que generalmente se expresan en forma amplia y vaga, en donde cabe la interpretación política. El procedimiento generalmente consiste en que una cámara legislativa acusa y la otra juzga. No es un procedimiento frecuente, pero su sola existencia constituye una advertencia y una prevención útiles. Por desgracia, también se le ha utilizado en forma errónea para subordinar o castigar la actitud independiente de magistrados no gratos al poder político como aconteció en Perú, en la década de los noventa, con la destitución de tres magistrados del tribunal constitucional, en razón de una sentencia discutible, pero sin que existiera infracción constitucional tipificada, y por el hecho de haber ejercido el control difuso en contra de la ley que permitía la reelección constitucional, supuesto en el cual dicho control no procede en ese país.

El segundo control se refiere a que generalmente la designación de los magistrados del tribunal constitucional se encuentra en manos de los órganos políticos. En consecuencia, es un nombramiento de índole política en el cual intervienen motivaciones partidistas e ideológicas. Por tanto, las comparecencias, antes del probable nombramiento, desempeñan una importante función de control. Las nuevas designaciones pueden alterar el sentido de los votos de los magistrados y así cambiar la mayoría de

<sup>51</sup> García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, pp. 168-170. Black, Jr., Charles L., *The People and the Court. Judicial Review in a Democracy*, Nueva York, The Macmillan Co., 1960, pp. 56-68. Pritchett, Herman C., *Congress versus the Supreme Court: 1957-1960*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1961, pp. 8-10.

aquéllos, con lo que se está indirectamente influyendo en la propia jurisprudencia del tribunal.

d) Claro que estoy a favor de controles y límites a cualquier órgano del poder, incluido el tribunal constitucional. No obstante, si analizamos con cuidado los controles enumerados son de un peso extraordinario, en virtud de que su uso habrá de ser excepcional: una reforma constitucional o un juicio de responsabilidad política no acontece todos los días ni son fáciles de instrumentar. No existen controles “normales” para el tribunal constitucional. Hay que tener en cuenta que hablo de controles, de equilibrios del poder, no de medidas que lo debiliten o lo neutralicen, y entonces no pueda cumplir con las importantísimas funciones que la Constitución le atribuye y que justifican su propia existencia.

Es por la razón anterior que no me parece adecuado aplicar a los jueces, menos a los magistrados constitucionales, la institución de la revocación del mandato, como acontece en algunos sistemas a nivel local, y como se supone que sucedía en la Unión Soviética.

#### VIII. ¿PUEDE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CONTROLAR UNA REFORMA CONSTITUCIONAL APROBADA EN UN REFERENDO?

1. ¿Cuál es la relación que existe entre el órgano revisor de la Constitución y el tribunal constitucional?

En principio, pueden presentarse tres posibilidades:

- a) El tribunal guarda una jerarquía superior respecto al órgano revisor de la Constitución.
- b) Al contrario, el órgano revisor de la Constitución guarda una jerarquía superior respecto al tribunal constitucional, y
- c) No existe una relación de jerarquía entre ellos, sino una cuestión de competencia. Cada uno sólo puede realizar las funciones que expresamente le señala la Constitución.

La pregunta con que comienza este inciso no puede tener una respuesta general; es decir, para todos los países y todos los sistemas jurídicos. La respuesta la otorga cada Constitución, y si es omisa entonces la respuesta hay que deducirla de la estructura de la propia Constitución.

La Constitución puede señalar expresamente la jerarquía superior del tribunal constitucional o, incluso, puede establecer que el tribunal está facultado para controlar la “constitucionalidad” de la reforma, ya sea en el aspecto procedimental o de fondo. En consecuencia, desde el ángulo lógico jurídico, el vigilante último, el guardián supremo de la Constitución, incluso respecto a las reformas constitucionales, posee una jerarquía superior a la del órgano revisor. La pregunta la contesta la propia Constitución y jurídicamente no hay lugar a especulaciones. Problema diverso es si la respuesta que otorga la Constitución es la adecuada desde la perspectiva de la teoría constitucional y el buen funcionamiento de ese orden constitucional.

Si a esta primera posibilidad se le aplica la idea expuesta en este ensayo de poderes constituidos primarios y secundarios, habría que aceptar que el tribunal constitucional es el único poder constituido primario, que el órgano revisor de la Constitución, al encontrarse subordinado a aquél, se convierte en un poder constituido secundario, y que los poderes Legislativo, Ejecutivo, Judicial y los órganos constitucionales autónomos adquieren entonces carácter de poderes constituidos terciarios. En otras palabras, se crea una especie de pirámide kelseniana en cuya cúspide se encuentra el Poder Constituyente, en un peldaño inferior el tribunal constitucional, en el subsecuente peldaño inferior el poder revisor, y en el último peldaño los poderes Legislativo, Ejecutivo, Judicial y los órganos constitucionales autónomos, entre los cuales no existe relación de jerarquía sino una cuestión de competencia, la que la Constitución le atribuye a cada uno de ellos.

Por el contrario, la Constitución puede señalar expresamente la jerarquía superior del órgano revisor, lo que no es usual, o esta jerarquía se deriva o se deduce de otras normas constitucionales. Entonces, si esta jerarquía existe, el tribunal constitucional no puede revisar la “constitucionalidad” de la reforma constitucional en ninguno de sus aspectos.

Los argumentos que pueden indicar la jerarquía superior del órgano revisor, y a los cuales ya he aludido, son: su obra es parte de la misma Constitución y no resulta lógico ni jurídico que ella pueda contener normas inconstitucionales, tal y como examinaré. En caso de aparente contradicción de normas constitucionales, es a través de la interpretación que hay que armonizarlas; el órgano revisor actualiza la obra del propio Poder Constituyente en lugar de que la realice el Poder Constituyente

del presente; el órgano revisor puede superar la resolución del tribunal constitucional a través de una reforma constitucional; puede modificar y alterar la estructura, competencia e integración del propio tribunal constitucional; en diversos casos fue el órgano revisor el que creó al tribunal constitucional.

2. La tercera posibilidad, la relación entre esos dos órganos constituidos primarios no es de jerarquía sino de competencia. La cuestión se resolvería con aparente facilidad si así lo expresara la Constitución, pero generalmente no es el caso.

En consecuencia, hay que considerar que cada uno de esos órganos constituidos primarios debe concretarse a ejercer las funciones que *expresamente* le indica la Constitución, y como en esta posibilidad se parte del supuesto del silencio de la ley fundamental al respecto, la conclusión es que el tribunal constitucional no se encuentra facultado para controlar la “constitucionalidad” de una reforma constitucional.

3. No obstante, existe una corriente que considera que el tribunal constitucional, a pesar de que la Constitución sea omisa al respecto, sí puede realizar ese control de constitucionalidad, cuando menos en el aspecto procedimental, e incluso otra corriente sostiene que también respecto al fondo de la reforma.

4. Otto Bachof se planteó la cuestión de si existen normas constitucionales inconstitucionales y respondió que sí, en virtud de que normas contenidas en la ley fundamental pueden ser contrarias a un derecho suprallegal, ya sea éste preestatal, supraestatal, metapositivo o natural. Para dicha afirmación se basa en jurisprudencia y doctrina alemanas.

Bachof afirma que la admisión de normas constitucionales inconstitucionales presupone un determinado concepto de Constitución y la existencia de un derecho constitucional material con función integradora que puede encontrarse fuera del texto constitucional. En esta forma, no existe duda alguna que el derecho *metapositivo* se positiviza y pertenece a la Constitución.

Este distinguido tratadista germano señala, de acuerdo con su criterio, las diversas posibilidades de normas constitucionales inconstitucionales (inválidas).<sup>52</sup>

<sup>52</sup> Bachof, Otto, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, Lima, Palestra Editores, 2008, pp. 21, 43, 51-53 y 71. Bachof se basa para fundamentar su postura en una sentencia del Tribunal Constitucional de Baviera del 24 de abril de 1950, pp. 29 y 30, y



La exposición de Bachof resulta un interesante ejercicio teórico, pero incorrecto por las siguientes razones: la Constitución construye un sistema armónico que otorga unidad a todo el orden jurídico; para preservar esta unidad y la supremacía de la norma constitucional es que existe la *judicial review*, si no fuera así, ésta saldría sobrando; si dentro de una misma Constitución surge una aparente contradicción entre sus normas, es precisamente a través de la interpretación como se les armoniza; la certeza jurídica y la supremacía constitucional quedan destrozadas si no se conoce con certeza cuál es la norma suprema que toda ley o acto de autoridad debe respetar, debido a que se duda si esa norma, contenida en la propia Constitución, es constitucional o inconstitucional; el criterio para negar a una norma constitucional tal carácter sólo puede ser de naturaleza metajurídica, moral o que responda a la concepción de derecho natural que posea el intérprete.

5. En la actualidad, el problema se centra en si el tribunal constitucional puede controlar “la constitucionalidad” de una reforma constitucional.

Este asunto cada día adquiere mayor importancia, en razón del papel crucial desempeñado por los tribunales constitucionales y su gran fortalecimiento, y a que algunos tribunales constitucionales se han atribuido dicha facultad sin que la Constitución *expresamente* se la otorgue.

No obstante, la doctrina se ha ocupado del tema desde décadas remotas. Como ejemplos podemos citar los siguientes:

Maurice Hauriou escribió que:

...la ley constitucional misma no debe escapar al control del juez; hay ocasiones en que el control podría ejercerse sobre ella. Por ejemplo, en el caso de que la Constitución se haya revisado irregularmente, sin observar el procedimiento formal, o bien, en cuanto al fondo, en el caso de que la enmienda constitucional está en contradicción con esta *legitimidad constitucional* de que hemos hablado..., que es superior a la superlegalidad misma, porque ésta se compone de principios, y los principios son siempre superiores a los textos...

Después de todo ¿por qué el juez, dentro de los límites de sus poderes constitucionales, no ha de poder juzgar la ley constitucional como juzga la ley ordinaria y como juzga el reglamento.<sup>53</sup>

No deja de ser un texto muy interesante, debido a que está escrito por un distinguido autor francés, los años en los cuales lo redactó y en un país refractario, en esa época, a la *judicial review*.

6. En 1920 se suscitó en Estados Unidos un interesante debate sobre esta cuestión entre dos distinguidos juristas. William L. Marbury sostuvo que el poder revisor no podía infringir ciertos límites marcados en la propia Constitución. A su vez, William L. Frierson negó a la Corte Suprema la facultad de control en relación con una enmienda constitucional, en virtud de que sustituiría el juicio del poder revisor en relación con una cuestión de política y de oportunidad, facultades que la Constitución otorgó a este último.<sup>54</sup>

En Estados Unidos se revivió la polémica académica en 1983 entre dos de los más prestigiados constitucionalistas de ese país: Walter Dillinger y Lawrence Tribe, y exactamente en la misma revista, la *Harvard Law Review*, en la cual se desarrolló la efectuada entre Marbury y Frierson.<sup>55</sup>

7. En América Latina, en la década de los cuarenta del siglo XX, también surgió una polémica similar e importante entre dos conocidos juristas argentinos: Segundo V. Linares Quintana y Julio Cueto Rúa.<sup>56</sup>

En esta región geográfica es un tema que se discute y se seguirá discutiendo. Como ejemplos, señalo al argentino Germán J. Bidart Campos<sup>57</sup> y al brasileño Paulo Benavides.<sup>58</sup> Ambos respetados tratadistas.

<sup>53</sup> Hauriou, Maurice, *Principios de Derecho Público y Constitucional*, Madrid, Reus, s/f, p. 334.

<sup>54</sup> Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, Buenos Aires, Editorial Alfa, 1953, t. II, pp. 145 y 146. De la p. 143 a la 163 de esta obra se contiene una buena síntesis de la doctrina sobre el problema de la constitucionalidad de la reforma constitucional hasta 1953.

<sup>55</sup> García Belaunde, Domingo, *op. cit.*, p. 271.

<sup>56</sup> Linares Quintana, Segundo V., *op. cit.*, pp. 159 y 160. Vanossi, Jorge Reinaldo A., *op. cit.*, p. 218.

<sup>57</sup> Bidart Campos, Germán J., *Manual de derecho argentino*, Buenos Aires, Ediar, 1972, p. 81.

<sup>58</sup> Bonavides, Paulo, "O art. 45 da Constituição Federal e a inconstitucionalidade de normas constitucionais", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, 1995, vol. XXXVI, pp. 5-34.

8. Esta cuestión del control de la reforma constitucional me preocupa; con los elementos expuestos en este ensayo hasta este momento, y otros que formularé, trataré de aproximarme a una respuesta que sea acorde con el Estado constitucional y democrático de derecho.

Voy a tratar de contestar la cuestión que se presenta como la menos problemática dentro de este complicado universo: ¿puede el tribunal constitucional declarar la “inconstitucionalidad” de un referendo sobre una reforma constitucional?

Hay que diferenciar el aspecto material del procedimental.

Desde el aspecto material, el tribunal constitucional no puede examinar o controlar una reforma constitucional aprobada a través de un referendo, en virtud de que:

- a) Estaría controlando la decisión, la voluntad del pueblo, de la sociedad política, o si se quiere expresar así, la del Poder Constituyente originario, misma que, en principio, como ya afirmé, no tiene límites jurídicos. En un referendo sobre la reforma constitucional, la realidad muestra que esa decisión tiene todas las características de los actos del Poder Constituyente, el cual no sólo se expresa al crear una Constitución sino también en sus reformas, si las aprueba directamente a través de un referendo. El pueblo sí puede a través de un referendo cambiar o modificar un principio fundamental como puede ser el tránsito de un sistema central a uno federal, lo que queda excluido de la competencia tanto del órgano revisor como del tribunal constitucional.
- b) Estaría ubicándose por encima de la voluntad soberana del pueblo, estaría usurpando la competencia de competencias, el poder de los poderes, que sólo corresponde al pueblo.
- c) Se estaría situando, en su carácter de poder constituido primario, como un poder sin límites, incontrolado e incontrolable; sería la *leges summa potestate*,
- d) Estaría desconociendo los fundamentos de cualquier sistema democrático, el cual es la base de la propia existencia del tribunal, la autoridad suprema del pueblo,
- e) ¿Con qué parámetros estaría decidiendo por encima de la voluntad del pueblo? Estos sólo podrían ser de carácter metajurídico, con lo cual estaría desconociendo su función esencial: la custodia y salvaguardia de la Constitución. Con discrecionalidad absoluta

estaría recurriendo a una concepción de derecho natural sobre la propia Constitución y el Poder Constituyente.

f) Estaría impidiendo, incluso, la transformación del orden constitucional en forma pacífica, en virtud de que al negarle esta facultad al Poder Constituyente, lo podría estar incitando o inclinando a lograrla por medios metajurídicos, probablemente de naturaleza violenta, y

g) Podría estar originando enfrentamientos entre los votantes al proporcionar banderas políticas a quienes no ganaron el referendo.

El referendo sobre una reforma constitucional debe versar únicamente sobre normas que contengan principios o valores fundamentales de ese orden. No tiene ni debe estarse manifestando el Poder Constituyente en cada reforma. Para ello la Constitución creó al órgano revisor.

Si una Constitución concediera al tribunal constitucional la facultad de controlar la materia, el fondo, de una reforma constitucional aprobada mediante referendo, sería una contradicción, un desconocimiento de las propias bases de la Constitución, de la distinción entre Poder Constituyente y poderes constituidos, una declaración demagógica que puede llevar al propio tribunal a cuestionamientos tales que su misma existencia se ponga en peligro, destruyéndose los beneficios que conlleva su existir en cualquier sistema democrático.

Hasta donde conozco no existe Constitución alguna que faculte al tribunal constitucional a controlar el fondo, la materia de la “constitucionalidad” de una reforma constitucional, ya *aprobada por medio de un referendo*.

9. Pero, ¿puede el tribunal constitucional controlar el procedimiento de una reforma constitucional aprobada por un referendo?

Este es un problema diferente al anterior, aunque muy importante. Lo primero que asienta es que para que el tribunal lo pueda realizar, la Constitución le tiene que otorgar esta competencia en forma expresa, clara, sin ninguna ambigüedad, que no exista duda alguna que sí posee dicha facultad.

El argumento para fundamentar dicha atribución consiste en que el tribunal constitucional vigila que la voluntad del Poder Constituyente no se vaya a alterar o desvirtuar por vicios de procedimiento. No está el tribunal pronunciándose respecto al fondo de la reforma constitucional sino

únicamente en relación con el procedimiento, precisamente para proteger la decisión expresada por el Poder Constituyente.

Para que un tribunal constitucional resolviera anular dicho procedimiento sería necesario que las violaciones al mismo fueran extraordinariamente graves y generalizadas a tal grado que es imposible conocer el sentido en el cual decidió el Poder Constituyente.

10. Otro problema serio es: ¿quién o quiénes estarían legitimados para solicitar al tribunal dicho control?

Son pocas las Constituciones, cuando menos hasta ahora, que facultan a los tribunales a controlar el procedimiento de una reforma constitucional aprobada a través de un referendo.

Sin embargo, el artículo 241, incisos 1 y 2, de la Constitución de Colombia de 1991, le otorga competencia al tribunal constitucional para decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, *cualquiera que sea su origen*; es decir, se incluye al referendo, pero únicamente por vicios de procedimiento en su formación. El inciso 2 lo autoriza a resolver, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, pero únicamente por vicios de procedimiento en su formación.

El último párrafo de este artículo señala que “Cuando la Corte encuentre vicios de procedimiento subsanables en la formación del acto sujeto a su control, ordenará devolverlo a la autoridad que lo profirió para que, de ser posible, enmiende el defecto observado. Subsanado el vicio, procederá a decidir sobre la exequibilidad del acto”.<sup>59</sup>

El artículo 242.3 dispone que las acciones por vicios de forma caducan en el término de un año, contado desde la publicación del respectivo acto. Desde luego que esta norma no es aplicable al inciso 2 del artículo anterior, en virtud de que el control se efectúa con *anterioridad* al pronunciamiento popular. En relación con el inciso 1 me parece un plazo exagerado tratándose de una reforma constitucional por la inestabilidad política que puede traer consigo, a pesar de que sea una promoción ciudadana, cuya recolección de firmas puede ser difícil que sea expedita.

Además, que un tribunal posea esta facultad respecto a vicios del procedimiento puede resultar extraordinariamente complicado desde un pun-

<sup>59</sup> Véase Nogueira Alcalá, Humberto, *op.cit.*, pp. 281 y 282.

to de vista político en países en los cuales la democracia no esté consolidada, donde la sociedad se encuentre con graves divisiones políticas o que el papel del tribunal constitucional aún sea cuestionado por amplios sectores sociales o políticos.

Más adelante realizaré una reflexión sobre la tendencia actual a sobrecargar de funciones al tribunal constitucional y especialmente con los asuntos políticos más delicados.

11. En este aspecto, una última cuestión o pregunta: ¿puede el tribunal constitucional negar la posibilidad de que una iniciativa o proyecto de reforma constitucional se someta a referendo?

Se puede alegar que si la función del tribunal es la defensa y la protección de la Constitución, no resulta ilógico que pueda poseer tal facultad si tal iniciativa o proyecto altera los principios fundamentales de ese orden. Por ejemplo, el cambio de un sistema monárquico a uno republicano o viceversa.

Considero que el tribunal constitucional no puede impedir que se exprese el Poder Constituyente o la soberanía del pueblo a través de un referendo. Hacerlo es una invitación a que el Poder Constituyente se manifieste a través de métodos y cauces metajurídicos, incluidos los violentos.

A lo más a que un tribunal constitucional debería llegar en estos casos es a poder exponer públicamente los *argumentos jurídicos* por los cuales tal reforma constitucional puede implicar peligros para la democracia y para los principios y valores constitucionales que fundamentan todo ese orden jurídico. Sin embargo, estaría rebasando su labor jurisdiccional y entrando con plenitud al debate político, lo cual puede lesionar su prestigio y su calidad de órgano constituido primario.

Sin embargo, respecto a vicios de procedimiento, es factible dicho control, tal y como acontece en Colombia y ha quedado asentado, siempre y cuando así lo señale *expresamente* la Constitución.

## IX. ¿PUEDE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CONTROLAR UNA REFORMA CONSTITUCIONAL APROBADA POR EL ÓRGANO REVISOR DE LA CONSTITUCIÓN?

1. Retomo los planteamientos efectuados en el apartado VIII, incisos 1 y 2, de este ensayo para cuestionarme si el tribunal constitucional puede

controlar “la constitucionalidad”, en el fondo, en la materia, de una reforma realizada por el poder revisor de la Constitución.

Se han expuesto diversos argumentos para defender que el tribunal constitucional sí posee dicha facultad. En síntesis se pueden recordar los siguientes:

- a) El poder revisor no puede vulnerar ni infringir las cláusulas pétreas o los límites implícitos representados por los principios o valores fundamentales que individualizan a la Constitución. Si efectúa tal vulneración, se surte la competencia del tribunal. “Proceder de otra manera significaría destruir la lógica del Estado constitucional, otorgando a un poder, jurídicamente limitado, y políticamente distanciado del pueblo, las atribuciones del poder soberano”.<sup>60</sup>
- b) El tribunal constitucional es el órgano que protege los principios y valores fundamentales, “las partes que configuran el núcleo legitimador de todo el sistema”.<sup>61</sup>
- c) Si tales principios o valores se vulneran no se está revisando o modificando la Constitución, sino creándose una nueva; a ello no está facultado el poder revisor y, en consecuencia, debe existir un control al respecto.
- d) Si el poder revisor vulnera los mencionados principios o valores debe ser controlado, y en un Estado de derecho este control debe ser de índole jurisdiccional. Entonces, la actividad del tribunal se convierte en una exigencia del Estado constitucional y democrático de derecho.<sup>62</sup>
- e) Con este control, la justicia constitucional se fortalece y “goza de un reconocimiento social que la legitima por el hecho de garantizar las expectativas sociales inscritas en la Constitución”.<sup>63</sup>

Los tribunales constitucionales son los *órganos de cierre* de los ordenamientos constitucionales; se convierten en los artífices de la dirección política constitucional y de la dirección política *tout-court*.<sup>64</sup>

<sup>60</sup> Vega, Pedro de, *op. cit.*, p. 261.

<sup>61</sup> Astudillo, César, *op. cit.*, p. 168.

<sup>62</sup> Miranda, Jorge, *op. cit.*, p. 456.

<sup>63</sup> Astudillo, César, *op. cit.*, p. 174.

<sup>64</sup> Pegoraro, Lucio, *op. cit.*, p. 264.

2. Bueno, tal postura, no puede negarse, contiene algunos aspectos ciertos que deben considerarse. No obstante, implica peligros que también hay que resaltar: se convierte al tribunal constitucional en un órgano ilimitado y sin la posibilidad, en principio, de poder ser controlado; se le eleva a la categoría de un casi Poder Constituyente de actuación constante, con múltiples funciones, que ejerce con un amplio campo de discrecionalidad a través de los diversos métodos y técnicas de la interpretación axiológica o de finalidad; las elecciones pasan a un segundo término porque la verdadera y última voluntad la expresa el tribunal constitucional, no las personas electas; todos los equilibrios del constitucionalismo moderno se ponen en manos de cinco, siete, once o quince grandes personajes, que como humanos están sujetos a múltiples presiones y desviaciones. En una palabra, se estaría creando un poder neutro, cercano a las ideas de Benjamín Constant, un poder encima de los otros, con autoridad superior e intermediaria, “sin interés en perturbar el equilibrio e interesada, por el contrario, en mantenerlo”.<sup>65</sup>

Los argumentos que he recordado a favor de dicho control por parte del tribunal, si los llevamos a su última consecuencia, harían concluir que incluso las reformas constitucionales deben quedar en sus manos, debido a que es él quien conoce el contenido material implícito de la Constitución y los límites que éstos configuran, así como la verdadera, única y absoluta valoración de los principios constitucionales. En consecuencia, el tribunal constitucional sólo tendría un contrapeso: la destrucción del orden constitucional y la edificación de uno nuevo por parte del Poder Constituyente, y dadas las circunstancias de conflicto entre órganos políticos del poder, el nuevo orden constitucional difícilmente podría ser edificado a través de medios pacíficos. Tal vez exagero en los argumentos al intentar ser claro.

3. El tema de la presunta inconstitucionalidad de normas constitucionales tampoco es algo nuevo en el campo jurisdiccional. Este tema se le planteó a la Corte Suprema americana en relación con las enmiendas XVIII y XIX. Dicho tribunal decidió que el asunto controvertido implicaba cuestiones políticas (*political questions*) y, en consecuencia, no justiciables.

<sup>65</sup> Constant, Benjamín, *Curso de política constitucional*, Madrid, Taurus, 1968, pp. 14 y 15.



La jurisprudencia americana sigue firme en cuanto a los asuntos de fondo, aunque va abriendo las puertas respecto a cuestiones de procedimiento (*matters of procedure*).<sup>66</sup>

4. El asunto es de tal trascendencia que la construcción constitucional de los órganos constituidos y limitados adquiere vigor en este caso: el tribunal constitucional únicamente puede tener y ejercer una facultad de tal naturaleza si *expresamente* se la señala la Constitución, y entonces queda claro que es un poder jerárquicamente superior al órgano revisor de la Constitución, con todas las consecuencias jurídicas y políticas que de ello se derivan.

Si la Constitución no le otorga dicha facultad *expresamente* y el tribunal se la atribuye a través de una interpretación, a) estaría sobrepasando su competencia como órgano constituido y usurpando funciones que no le corresponden; b) en lugar de proteger y ser el guardián de la Constitución, la estaría vulnerando y quizá creando una crisis constitucional y política sin que exista quién la pueda resolver a través de medios jurídicos. Desde luego, todo depende de qué país se trate y de las circunstancias; c) se quiebra la idea de que los órganos constituidos son poderes limitados que sólo pueden actuar de acuerdo con su competencia constitucional.

Por tanto, no es aceptable la tesis de que el tribunal no necesita facultad expresa para poder controlar la materia de una reforma constitucional. A mayor abundamiento hay que destacar que d) no resultaría lógico que la Constitución le otorgue al tribunal múltiples funciones y fuera

<sup>66</sup> Vanossi, Jorge Reinaldo A., *op. cit.*, pp. 219 y 220: La Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Coleman vs. Miller*, en 1939, resolvió que el efecto del “rechazo previo de una enmienda por un Estado y el intervalo de tiempo en el cual los Estados podían ratificar una enmienda, eran cuestiones no justiciables” por tratarse de cuestiones políticas. “...en materia de validez es famoso el caso *Luther v. Borden*, con motivo de la rebelión de Dorr en Rhode Island —en el siglo pasado (XIX)— en que la Corte Suprema declaró cuestión política la consideración de la validez de una reforma”, véanse también las pp. 221-233. Vega, Pedro de, *op. cit.*, pp. 258 y 259. Linares Quintana, Segundo V., *op. cit.*, pp. 149 y 151, afirma que “En 1871, la Suprema Corte de los Estados Unidos, al decidir el caso *White v. Hart*, determinó que la apreciación de la validez de una reforma de la Constitución federal era una cuestión política extraña a su órbita de decisión. En los autos *Dodge v. Woolsey*, fallados en 1885, el juez Campbell, de dicho tribunal, al disentir se remitió, aprobándola, a la doctrina de la *political question* expuesta por la Corte en el citado caso *Luther vs. Borden*. Como ha podido verse, durante el siglo XIX prevaleció en la jurisprudencia de la Suprema Corte norteamericana el criterio de que la apreciación de la constitucionalidad de una enmienda constitucional era una cuestión política sobre la que no correspondía pronunciarse”.

omisa en relación con una tan importante como ésta, que incluso define la jerarquía entre los órganos constituidos primarios.<sup>67</sup>

En síntesis, el tribunal constitucional es órgano constituido y como tal sólo debe ejercer las facultades expresas que la Constitución le señala, es un órgano limitado, no debe usurpar funciones de otros órganos ni equipararse al Poder Constituyente, aunque algunos lo hagan en la realidad y, desde luego, la Constitución obliga a todos los poderes públicos, incluido el tribunal. Si no, a través de facultades implícitas, el tribunal se convertiría en el poder de los poderes, incontrolado, ilimitado y supremo. Además, reitero, el tribunal generalmente no es el único, ni siempre el último, garante de la Constitución.

No desconozco que existe una tendencia actual en la cual diversos tribunales constitucionales, más allá de sus facultades expresas, se han atribuido el control de las reformas constitucionales, como acontece en Perú.<sup>68</sup>

Desde luego que si la Constitución atribuye al tribunal constitucional esa facultad de control respecto a la materia de la reforma constitucional, obviamente sí podrá realizarlo, como en Chile, cuyo artículo 82, inciso 2, dispone que resolverá “las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten *durante la tramitación* (el subrayado es mío) de ley o reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso”. Nótese que es durante la tramitación, con posterioridad no, y únicamente a requerimiento del presidente de la República, de cualquiera de las cámaras o de una cuarta parte de los legisladores, y siempre que sea formulado antes de su promulgación, y el tribunal goza de plazos fijos y precisos para resolver.

A pesar de existir norma expresa, considero que una disposición de tal naturaleza rompe el esquema constitucional de pesos y contrapesos, y se crea un órgano incontrolado, aunque la prevención chilena “durante la tramitación” y antes de la promulgación debe meditararse con cuidado. Una reflexión adicional: es probable que el tribunal chileno, en razón de su organización y atribuciones, sea uno de los menos fuertes en América Latina, a pesar de poseer la mencionada facultad del artículo 82, inciso 2.

Esta cuestión delicada no conduce a un callejón sin salida; actualmente el derecho comparado nos ofrece instituciones e ideas que pueden pre-

<sup>67</sup> Pegoraro, Lucio, *op. cit.*, pp. 236-240.

<sup>68</sup> García Belaunde, Domingo, *op. cit.*, pp. 262-267.

servar ese mecanismo esencial del constitucionalismo: el equilibrio entre los poderes, los pesos y contrapesos, y que un poder no quede sin control alguno, en razón de que puede peligrar la libertad de las personas.

5. Otra pregunta: ¿puede el tribunal constitucional controlar “la constitucionalidad” del procedimiento de la reforma constitucional?

En principio pareciera que sí. El argumento y fundamento sería que si se violó el procedimiento que la Constitución señala para la reforma se puede considerar que esos vicios imposibilitan que las normas en cuestión sean parte de la Constitución. O, en otras palabras, dicha reforma no es realmente tal por la existencia de vicios de procedimiento, debido a que se violaron las reglas que la propia Constitución establece para su actualización, para su modificación.

No obstante, el tribunal constitucional como órgano constituido no puede ejercer tal facultad si la Constitución no se la atribuye *expresamente*. Es la misma idea de que un delito no se corrige cometiendo otro delito.

Varias Constituciones otorgan *expresamente* esta facultad al tribunal constitucional.

La Constitución de Bolivia de 1967, reformada en 1995, faculta, en su artículo 120, inciso 10, al tribunal constitucional para conocer y resolver: “Las demandas respecto a procedimientos en la reforma de la Constitución”. No está de más recordar que, en 2001, el tribunal constitucional de ese país declaró inconstitucional un proyecto de “Ley de Convocatoria a Asamblea Constituyente”, al contestar la consulta que el presidente del Congreso le había planteado.<sup>69</sup>

La Constitución de Colombia de 1991 faculta, en el ya citado artículo 241, inciso 1, a la Corte Constitucional para decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad de las reformas constitucionales, cualquiera que sea su origen, interpuestas por los ciudadanos, pero exclusivamente por vicios de procedimiento en su formación. Entiendo que se refiere tanto al referendo como al órgano revisor. El inciso 3 del propio artículo lo faculta de igual manera respecto a los referendos sobre *leyes*, las consultas populares y plebiscitos del orden nacional, y en el caso de estos últimos sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria y realización.

<sup>69</sup> López Guerra, Luis y Aguiar, Luis (eds.), *Las Constituciones de Iberoamérica*, Madrid, Unión Iberoamericana de Colegios de Abogados e Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 2001, p. 51.

El artículo 141, 2 de la Constitución de Moldavia faculta al tribunal constitucional a examinar los proyectos de reforma constitucional sometidos al Parlamento, si lo solicitan cuando menos cuatro jueces. En estos casos, generalmente dicho examen se concreta a vicios del procedimiento o a que no se traspasen los límites expresos establecidos por la propia Constitución para la reforma constitucional.

Importante es insistir que el tribunal constitucional sólo podrá conocer sobre los vicios del procedimiento de reforma constitucional si está facultado *expresamente* por la Constitución para ello, en razón de que es un órgano constituido primario, de facultades limitadas, que únicamente puede actuar a través de facultades expresas.<sup>70</sup> Además, es aplicable el argumento esgrimido en cuanto al fondo: es una facultad de especial importancia y no parece lógico que si el Poder Constituyente quería concedérsela al tribunal, hubiera sido omiso al respecto. Recuérdese que se trata de la atribución a un órgano constituido primario, y que si la Constitución no señala jerarquía entre esos órganos primarios ésta no puede existir, circunscribiéndose esta cuestión a un asunto de competencia.

6. El distinguido jurista italiano Lucio Pegoraro<sup>71</sup> propone una tipología de la participación de los tribunales constitucionales en relación con el procedimiento de reforma constitucional. Además de los casos y situaciones ya mencionados en este ensayo, el profesor Pegoraro se refiere a otros, entre los que destaco los siguientes tipos:

- a) El tribunal constitucional está facultado para presentar proyectos de reforma constitucional. En este sentido, el artículo 281 de la Constitución de Ecuador de 1979, reformada en 1998, y el artículo 308 de la Constitución de Panamá de 1972, reformada en 1994 (su Suprema Corte es una especie de tribunal constitucional).
- b) El tribunal constitucional examina si alguna cláusula de un proyecto de acuerdo o compromiso internacional es contraria a la Constitución; si lo es, ese acuerdo o compromiso no se puede ratificar, sino hasta después de la correspondiente reforma constitucional. Así, el artículo 54 de la Constitución de Francia (es atri-

<sup>70</sup> En sentido contrario a mis argumentos, para el caso español, véase Aragón Reyes, Manuel, *Estudios de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, pp. 201 y 202.

<sup>71</sup> Véase la nota 67.

bución del Consejo Constitucional, que se parece cada día más a un tribunal constitucional); el artículo 162, párrafos 2 y 3 de la Constitución de Ecuador de 1979. Lo mismo establece el artículo 146, inciso b de la Constitución de Rumania de 1991, revisada en 2003, aunque en este caso la revisión no tiene que ser previa a la ratificación. En la Unión Europea, el tratado de Maastricht ha obligado a la revisión de diversas Constituciones, como es el caso del artículo 23 de la ley fundamental alemana que permite la intervención del tribunal constitucional si de un tratado o acuerdo con la unión se deriva una modificación de la mencionada ley fundamental para dirimir controversias entre la federación y las entidades federativas.

c) Intervención del tribunal constitucional en los procedimientos provisionales de la formación de la Constitución. “Emblemática a propósito es la experiencia de Sudáfrica, en donde la *Constitution Act*, 1993 establecía, en combinación con el Protocolo 4, un detallado mecanismo para la adopción del texto final. Esta preveía la elección de una Asamblea constituyente con el deber de aprobar la Constitución definitiva, que debía estar conforme a treinta y cuatro *Constitutional Principles* enunciados en el citado Protocolo. En el sentido del artículo 71, apdo. 2, el respeto de tales principios debía ser certificado por el tribunal constitucional, el cual efectivamente declaró que no todas las disposiciones del *bill* aprobado por la Asamblea constituyente eran conformes. Enmendado el texto, el tribunal constitucional lo aprobó por decisión de 5 de diciembre de 1996, consintiendo la entrada en vigor de la nueva Constitución de la República de Sudáfrica”.

7. Como puede verificarse, el universo del tribunal constitucional en relación con la reforma constitucional es inmenso y la tendencia es que continúe ampliándose. Como ejemplo señalo la mencionada Constitución de Rumania, en la cual el tribunal incluso puede decidir *ex-officio* respecto a las iniciativas para revisar la Constitución (artículo 146, a). Téngase en cuenta que los tipos mencionados constituyen facultades expresas atribuidas al tribunal constitucional. Asunto diverso es si se considera que dichas atribuciones son adecuadas o no.

Todo lo expuesto con anterioridad es sólo un síntoma de los tiempos. Desde que nació el constitucionalismo moderno se ha desarrollado una

lucha tremenda por asegurar que el proceso del poder se desarrolle por los cauces constitucionales que particularizan a la democracia, con sus dos grandes vertientes: los contrapesos y controles al poder y la garantía del respeto a los derechos humanos.

Ante cada problema y fracaso de la democracia, ésta regresa por sus fueros con mayor vigor y vitalidad. Una de las instituciones que debe su fortalecimiento y expansión a los horrores de la Segunda Guerra Mundial es el tribunal constitucional y, últimamente, el retorno al sistema democrático de muchos de los países de Europa del Este que se encontraban en la órbita de la Unión Soviética, y a la desintegración de ésta.

No obstante, hay que recordar, y la historia lo confirma, que ningún poder constituido debe ser ilimitado o incontrolado, porque tiende al abuso en detrimento de las libertades de las personas.

## X. ALGUNAS REFLEXIONES Y PROPUESTAS

1. Los temas que plantean tanto la reforma constitucional como el tribunal constitucional son múltiples, y algunos de especial delicadeza política, jurídica y social. El tribunal constitucional difícilmente podrá impedir cambios y reformas, incluso si implican la ruptura y el quiebre del orden constitucional para crear uno nuevo cuando así lo decide el Poder Constituyente o quien tiene la fuerza para imponerse, más allá del marco constitucional y sobre la voluntad del Poder Constituyente.

Téngase en cuenta, aunque es una perspectiva política, que además existen múltiples ejemplos de sustituciones, cambios y transiciones constitucionales que son realmente una revolución, pero cuyas características estriban en que para crear la nueva Constitución, la base jurídica partió de la Constitución que se estaba destruyendo y sirvió de puente para el orden constitucional que nacía, y todo aconteció en forma pacífica. Entre algunos de los múltiples ejemplos actuales, porque el fenómeno ya se conoció desde el siglo XIX,<sup>72</sup> se pueden señalar a la España de las leyes

<sup>72</sup> Por ejemplo, la actual Constitución de México es de 1917 y su título original fue “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que reforma la del 5 de febrero de 1857”. La actual Constitución fue aprobada por un Congreso Constituyente, figura que no contemplaba la ley fundamental del siglo XIX, pero los diputados constituyentes fueron electos conforme a ésta. A pesar de que se dijo que la actual Constitución era una reforma de su antecesora, se había discutido y aprobado una nueva Constitución. Véase Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana...*, *cit.*, pp. 110-114.

fundamentales franquistas a la Constitución de 1978; Brasil de la Constitución de 1967 a la de 1988; los países de Europa del Este de constituciones socialistas o comunistas a democrático-liberales.

El punto es: el tribunal constitucional no puede impedir las transiciones constitucionales, generalmente de carácter pacífico, con el argumento de que se están reformando o modificando los límites implícitos de la Constitución o incluso las cláusulas pétreas. Acontece, entonces, que un orden constitucional está desapareciendo para dar origen a otro nuevo, pero de manera pacífica, y, en muchas ocasiones, con los procedimientos y formas del orden jurídico que fallece. Además, el orden jurídico que nace puede ser esencialmente diferente y antagónico de aquel que fenece.

Es más, en esos casos, y de acuerdo con las circunstancias, si existe tribunal constitucional, éste debe contribuir a la transición constitucional pacífica si el tránsito es hacia la democracia, como en el mencionado caso de Sudáfrica.

Hay que tener en cuenta que, cuando menos a partir de los años setenta del siglo XX, las transiciones constitucionales han implicado la superación de sistemas dictatoriales, autocráticos, totalitarios o militares para encaminarse a regímenes democráticos. Muchos de ellos, reitero, en forma pacífica y con los procedimientos de la anterior Constitución.

Resalto, entonces, que incluso, como muchos autores sostienen, las denominadas cláusulas pétreas y los límites implícitos son de carácter relativo, cuando se trata de una reforma o transición constitucional, y hay que enmarcarlos y evaluarlos dentro del contexto constitucional, político y social de un país determinado.

Recordemos que una generación no puede encadenar a las futuras. Además de absurdo resulta ilusorio, porque el Poder Constituyente se actualiza cuando así lo decide y de la manera como lo decide.

Por tanto, esos procesos de transición constitucional deben ser avallados y ratificados a través de un referendo, como expresión del Poder Constituyente, y así superar discusiones y controversias.

2. Existe una tendencia actual a sobrecargar al tribunal constitucional con funciones ajenas a las jurisdiccionales. Lo entiendo. Se considera que no existe otro órgano mejor que garantice imparcialidad, ajeno a las luchas partidistas, integrado generalmente con personalidades de prestigio, cuya independencia se percibe asegurada.

Lo anterior es cierto en algunos países, en otros no tanto, en virtud de que la actuación de algunos magistrados deja mucho que desear y sus conductas y criterios son muy controvertidos. En muchos casos más que jurídicos son ideológicos.

En dicha tendencia se convierte al tribunal constitucional en el árbitro último de las controversias políticas, porque se considera que no existe otro árbitro mejor. Se le transforma en una especie de poder neutro de acuerdo con las ideas de Benjamín Constant, como ya afirmé.

Supongamos que el tribunal es impoluto, pero si se le sobrecarga con funciones no jurisdiccionales de naturaleza política se le puede involucrar en las luchas políticas y partidistas. Mi criterio es que hay que ser muy cuidadoso al momento de otorgarle esa clase de facultades, como son, entre otras, las siguientes: verificar las circunstancias para que se declare un interinato en el cargo del jefe de Estado; opinar sobre la propuesta para retirar del cargo al jefe de Estado; interferir en las atribuciones de las comisiones permanentes del Congreso; resolver sobre las inhabilidades constitucionales o legales de un ministro de Estado; participar en los ceses de los legisladores; funciones de asesoramiento a otros órganos del Estado; expresar su criterio sobre las medidas de emergencia; constatar la muerte o la incapacidad de los candidatos a la jefatura del Estado; decidir la extradición de ciudadanos extranjeros, comprobar las circunstancias de la disolución del parlamento por parte del presidente; presentación de iniciativas legislativas o de reformas constitucionales; emitir opinión sobre las leyes vetadas por el presidente alegando motivos de inconstitucionalidad; decidir las acusaciones sobre la legalidad en la elección del presidente y vicepresidente.

Así como el siglo XIX fue el siglo de los parlamentos o asambleas, el siglo XX lo fue de los órganos ejecutivos, pareciera que el XXI se está inclinando por los tribunales constitucionales, no por el Poder Judicial, en virtud de que dichos tribunales, por la naturaleza de sus funciones, se encuentran fuera de la órbita de ese poder y poseen una jerarquía superior a él.

En algunos países se considera que el tribunal constitucional es un “curalotodo”, un “resuelvelotodo”, una panacea política, y no es así. Es un tribunal integrado por seres humanos, con virtudes y defectos, a quienes no hay que permitirles enamorarse del enorme poder del cual gozan. Si existe un poder ilimitado e incontrolado, peligran las libertades. Hay



que profundizar en el tema de los controles del tribunal constitucional, más allá del enamoramiento juvenil, casi apasionado, que algunos países tienen por el tribunal constitucional, y que se plasma en sus Constituciones.

En el derecho constitucional también existen modas. En la actualidad una de ellas es la del tribunal constitucional, que es el instrumento más eficaz para la defensa de la Constitución y de los derechos humanos, pero no hay que sobrecargarlo de funciones y atribuciones que lo pueden atrofiar, menos configurarlo sin control alguno.

3. El tribunal constitucional no puede controlar la materia de un referendo, debido a que es la expresión de la voluntad del Poder Constituyente. Un poder constituido y limitado no puede controlar la voluntad del poder originario, fuente de todo poder y, en principio, ilimitado jurídicamente.<sup>73</sup> Es, como bien dice el artículo 89, segundo párrafo, de la Constitución francesa: la reforma constitucional es definitiva después de haber sido aprobada en un referendo.

Es más, el Poder Constituyente tiene jurídicamente la máxima libertad incluso para equivocarse, rectificar y volver a equivocarse.

Ahora bien, me percaté del grave problema de que un proyecto de reforma constitucional pueda violar una de las bases esenciales de ese orden jurídico o claramente un derecho fundamental, de que el órgano revisor de la Constitución, como órgano constituido primario, también debe ser susceptible de ser controlado, que no posee facultades ilimitadas, que su atribución consiste en la actualización de la Constitución, no en su destrucción, que el principio de *checks and balances* le debe ser aplicado. En tal virtud, y con los argumentos presentados en este ensayo, propongo que el *proyecto* de reforma constitucional sea puesto a la consideración del tribunal constitucional para conocer si estima que dicho proyecto resalta los límites expresos y los implícitos de la propia Constitución.

Al tribunal constitucional habría que fijarle un plazo para que emitiera un dictamen, el cual el órgano revisor podría hacer suyo; si lo desestimara, el proyecto se sujetaría a referendo, dándole amplia publicidad tanto a los argumentos del poder revisor como a los del tribunal constitucional.

4. La iniciativa para que el tribunal constitucional emita el dictamen en ese supuesto se circunscribiría al jefe de Estado, jefe de gobierno y a un número determinado de legisladores, como una garantía a las mino-

<sup>73</sup> Aunque como ya he afirmado en este mismo ensayo, tal concepción está cambiando, en virtud de aspectos diversos como el derecho internacional de los derechos humanos.

rías políticas representadas en el parlamento o congreso. En los sistemas federales, lo podrían también solicitar un número de legislaturas locales si el proyecto alterara la estructura esencial de ese estado federal.

5. En algunos países es el tribunal constitucional el guardián del procedimiento de reforma. La Constitución francesa de 1958 dispone que el Consejo Constitucional vigile la regularidad de las operaciones del referendo previsto en los artículos 11 y 89<sup>74</sup> y proclame los resultados. En igual forma, el artículo 146, inciso 1, de la Constitución de Rumania le encomienda la observancia del procedimiento para la organización y vigilancia del referendo, así como la confirmación del resultado.

Se entiende bien el sentido de dichos artículos; se encomienda dicha función al tribunal constitucional, debido a su jerarquía como órgano constituido primario y por considerársele el órgano más imparcial, por encima de grupos, partidos e intereses particulares.

No obstante, conforme a lo que he afirmado, soy partidario de que el tribunal constitucional se limite al máximo a sus funciones jurisdiccionales, entre las cuales destaca la defensa y protección de los derechos humanos, y siendo muy cuidadoso con atribuirle funciones de otra naturaleza. Cada país decide de acuerdo con su evolución, tradición, circunstancias y necesidades. Los tribunales constitucionales que gozan de mayor prestigio son aquellos que precisamente han protegido mejor y en forma progresiva los derechos humanos.

<sup>74</sup> La Constitución francesa de 1958, en su artículo 11, dispone: “El presidente de la República podrá, a propuesta del Gobierno durante los periodos de sesiones o a propuesta conjunta de las dos Cámaras, publicada una u otra en el Boletín Oficial, someter a referéndum cualquier proyecto de ley sobre organización de los poderes públicos, sobre reformas relativas a la política económica o social de la nación y a los servicios públicos que la desarrollen, o encaminados a la ratificación de un tratado que, sin ser contrario a la Constitución, pueda afectar el funcionamiento de las instituciones...”.

El artículo 89 de la misma Constitución indica que: “La iniciativa de la reforma de la Constitución corresponderá tanto al presidente de la República, a propuesta del Primer Ministro, como a los miembros del Parlamento.

El proyecto o la proposición de reforma deberá ser votado por las dos Cámaras en términos idénticos. La reforma será definitiva después de aprobada por referéndum.

No obstante, el proyecto de reforma no será sometido a referéndum cuando el presidente de la República decida someterlo al Parlamento convocado en Congreso; en este caso, el proyecto de reforma será aprobado sólo si obtiene una mayoría de las tres quintas parte de los votos emitidos. La Mesa del Congreso será la de la Asamblea Nacional...”. Véase, Rubio Llorente, Francisco y Daranas Peláez, Mariano (eds.), *Constituciones de los Estados de la Unión Europea*, Barcelona, Ariel, 1997, pp. 235 y 248.

Me inclino a que la organización y vigilancia del referendo sea responsabilidad en primer lugar del tribunal electoral de última instancia. Cuando esta función está también a cargo del tribunal constitucional, entonces en el órgano cúspide de la organización de las elecciones nacionales, en razón de la experiencia y la capacidad que posee para la realización de tales eventos.

6. En relación con el control material de una reforma constitucional, para que el tribunal constitucional lo pueda efectuar es indispensable que así lo diga *expresamente* la Constitución, en virtud de su carácter de órgano constituido, limitado y de facultades expresas.

En este aspecto podría seguirse un camino muy similar al que apunté para el caso del referendo: una especie de control previo, en el cual alguna de las autoridades que señalé podrían solicitar al tribunal constitucional *un dictamen* sobre ese proyecto de reforma. El tribunal, en un plazo fijo, estaría obligado a manifestarse. A partir de este momento, también el camino sería similar al propuesto para el referendo.

Reitero, si dicho *dictamen* no fuera aceptado por el órgano revisor, la cuestión se dirimiría en un referendo, previa gran publicidad de los argumentos de ambas partes.

El referendo no necesariamente se realizaría como un ejercicio propio. Si fuera posible, se esperararía a las siguientes elecciones nacionales. En todo caso esta decisión estaría en manos del poder revisor de la Constitución.

En esta forma se protegerían los principios y valores fundamentales de la Constitución conforme con las bases esenciales del orden constitucional: el principio de supremacía, la distinción entre Poder Constituyente y constituidos limitados, los pesos y contrapesos y los controles entre los poderes.

7. Respecto al control de vicios del procedimiento de la reforma constitucional, por los argumentos ya expresados, el tribunal constitucional sólo puede ejercer tal función si la Constitución expresamente se la atribuye.

Asimismo, ya señalé el argumento que compatibiliza esta función con la teoría constitucional. Sólo agregó que el tribunal no debe anular la reforma, sino únicamente ordenar que se subsanen y reparen los vicios del procedimiento. Si ello no fuera posible, en virtud de que esos vicios son generalizados y extremadamente graves, el tribunal puede ordenar que

dicho procedimiento comience de cero, pero sin pronunciamiento alguno sobre el fondo de la reforma.

8. En todo caso, esta especie de control de la constitucionalidad de la reforma constitucional debe ser previo a su promulgación, no después, por las siguientes razones: a) es ilógico que una Constitución pueda contener normas inconstitucionales, lo cual acontecería en una visión de derecho natural, pero no jurídica; b) en caso de aparentes contradicciones y lagunas entre normas constitucionales, hay que armonizarlas a través de la interpretación, que es precisamente la labor esencial del tribunal constitucional, y sería al momento de resolver un caso concreto; c) se lesionaría el principio de supremacía constitucional, en virtud de que dentro de la Constitución habría normas que no son supremas, y que ni siquiera son constitucionales; d) se dañaría la seguridad jurídica con la posibilidad de que normas contenidas en la Constitución puedan ser consideradas inconstitucionales; la certeza constitucional se volvería una ficción, con efectos negativos para todo el orden jurídico, y e) si se considera que ciertas normas no caben en la Constitución, lo procedente es el inicio de un procedimiento de reforma constitucional.

Son diversas las Constituciones que señalan el control previo de tratados internacionales, así como de diversas categorías de leyes, como el señalado artículo 61 de la Constitución francesa; con mayor razón se justifica un *dictamen* del tribunal constitucional tratándose de reformas constitucionales. Algunos autores están de acuerdo con dicho control previo.<sup>75</sup>

9. La competencia de la reforma constitucional corresponde por naturaleza al órgano revisor, que es un órgano constituido primario.

No obstante, puede resultar muy útil y conveniente un *dictamen*, una especie de control previo realizado por el tribunal constitucional, en virtud de que: a) es un órgano especializado y técnico en la interpretación

<sup>75</sup> Véase Aláez Corral, Benito, *Los límites materiales a la reforma de la Constitución Española de 1978*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, pp. 389 y 390: "...Desde el momento en el que se comienza la gestación de esta norma de reforma constitucional -sea en infracción o no de las normas sobre reforma constitucional- hasta el momento en el que se la reconoce como tal, es posible el control de los actos que conducen al resultado final. Este último, o bien es considerado una infracción en cuyo caso no será reconocido como una norma de reforma constitucional, o bien se considera como tal reforma, en cuyo caso sólo resta la posibilidad de desvelar en sede meramente científico-teórica el carácter revolucionario de dicha creación normativa..."

constitucional; b) es uno de los custodios y guardianes más importantes de la Constitución; c) se supone que se encuentra ajeno a intereses partidistas, y d) siempre debe ser imparcial.

Si su *dictamen* es contrario al proyecto del órgano revisor, en virtud de que ambos son órganos constituidos primarios, no debe quedar duda alguna del valor constitucional de la reforma propuesta. Si al respecto existe diferencia entre los dos poderes constituidos primarios, sólo la puede resolver el Poder Constituyente a través de un referendo.

En principio, soy partidario de que sean las propias Constituciones las que señalen qué artículos o partes de la Constitución sólo se pueden reformar a través de un referendo, a lo cual le encuentro ventajas indiscutibles: la reforma es sancionada por el Poder Constituyente; se propicia la democracia participativa con lo cual se fortalece el vigor de la propia democracia; se auspicia un debate nacional sobre las ventajas y los inconvenientes del proyecto de reforma, lo que hace que el ciudadano lo pondere antes de depositar su voto; es una manifestación de confianza en la potestad y soberanía del pueblo; se involucra a éste en las decisiones más importantes de la estructura política y constitucional del Estado.

No conozco nada mejor que el referendo para dirimir discrepancias entre poderes constituidos primarios que guardan la misma jerarquía, ni para aproximar el funcionamiento del poder y de la democracia al poder originario, fuente y creador de todo otro poder.

Incluso varias de estas ideas son aplicables a leyes de jerarquía superior a las secundarias, como en el caso de algunas de las orgánicas o constitucionales.

10. En el inciso 4 de este apartado señalé que sólo estarían legitimados para solicitar la opinión del tribunal constitucional, el jefe de Estado, el jefe de gobierno y un número de legisladores como garantía a las minorías políticas, así como un número de congresos locales en el supuesto de un estado federal.

No pienso en la iniciativa popular para requerir ese dictamen al tribunal constitucional, en virtud del tiempo que tomaría recabar 50, 100 o 500 mil firmas. Reitero, cualquier reforma constitucional al núcleo constitucional, a sus principios y valores fundamentales, a sus artículos clave, que la propia Constitución debe señalar, y no dejarse a la interpretación, se realizaría a través de un referendo.

Por su propio peso cae que la garantía procesal constitucional para solicitar el dictamen al tribunal constitucional, en los casos a los cuales he aludido en el apartado IX y en éste, por tratarse de un análisis abstracto de constitucionalidad, no de un asunto individual, debe corresponder a uno de los instrumentos específicos que las Constituciones crean para dicha clase de análisis. En otras palabras, garantías procesal-constitucionales como el amparo no sería la adecuada, debido a que si los efectos de la sentencia son de carácter particular, y no *erga omnes*, se daría el absurdo de que si se logra resolución favorable, los mismos preceptos constitucionales no se aplicarían a unas cuantas personas y sí a todas las demás.<sup>76</sup>

<sup>76</sup> Córdova Vianello, Lorenzo, “Jueces y reforma”, *Periódico El Universal*, 15 de octubre de 2008, p. A17.



## LA TUTELA DIRECTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES POR LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN AMÉRICA LATINA

Giancarlo ROLLA\*

SUMARIO: I. *La pluralidad de sistemas de justicia constitucional en América Latina.* II. *La democratización del continente americano y el desarrollo de los instrumentos de tutela directa de los derechos fundamentales.* III. *Las principales modalidades del recurso directo para la tutela de los derechos fundamentales.* IV. *La tutela directa de los derechos en situaciones de emergencia.* V. *La disciplina del amparo constitucional.*

### I. LA PLURALIDAD DE SISTEMAS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN AMÉRICA LATINA

La experiencia del constitucionalismo contemporáneo se distingue por una difusión significativa de la justicia constitucional, que ha sido de interés en homogénea medida, no sólo para la casi totalidad de los países europeos, sino también para numerosos ordenamientos del continente americano.<sup>1</sup> En el caso específico de América Latina, además, tal expansión se ha visto favorecida por los procesos de democratización que han caracterizado a muchos países de aquel continente, determinando una amplia institucionalización de los órganos e instrumentos de justicia constitucional.

Entre las razones de dicha tendencia con seguridad debe incluirse la convicción de que el proceso constitucional es una de las sedes privilegiadas en las que se garantiza la tutela de las posiciones subjetivas y de

\* Università di Genova.

<sup>1</sup> Véase Pegoraro, L., *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Torino, 1998, pp. 39 y ss.



los derechos reconocidos en la Constitución: a través del proceso constitucional se controla a los poderes públicos (esto es, a los gobernantes) con garantía para los derechos de los gobernados, se vigila a los efectos que las decisiones públicas no vulneren las libertades garantizadas por la Constitución. En otros términos, mediante el proceso constitucional el ciudadano recibe garantía de la Constitución a través de órganos y procedimientos específicos.<sup>2</sup>

En el pasado, los sistemas de justicia constitucional han sido ordenados sobre la base de esquemas clasificatorios de naturaleza predominantemente dual (difusos, concentrados; concretos, abstractos; preventivos, sucesivos). Las clasificaciones contrapuestas, a su vez, podían reconducirse a dos modelos fundamentales: aquél de inspiración norteamericana (*judicial review of legislation*) y aquél de inspiración austriaca (*Verfassungserichtbarkeit*).

Tal contraposición —como ha sido sobradamente explicitado por la doctrina— se basaba en el hecho de que, en el primero, tan sólo el juez constitucional es competente para declarar con efectos generales la ilegitimidad constitucional de una norma con rango de ley, mientras que, en el segundo, cualquier juez puede decidir si una determinada norma debe ser inaplicada en tanto se considera contraria al texto de la Constitución. Más concretamente, la *judicial review* se caracteriza por ser un enjuiciamiento difuso, concreto, con decisiones que tienen efectos *inter partes*; por su parte, la *Verfassungserichtbarkeit* asume el carácter de un control de constitucionalidad concentrado, abstracto, con sentencias que tienen efectos *erga omnes*.

Construida de este modo, la bipartición tiene una indudable relevancia histórica y didáctica; sin embargo, no parece —hoy en día— capaz de describir los sistemas que operan en concreto en los diversos países, los cuales han terminado por combinar elementos propios de los dos modelos, determinando varias formas de contaminación.<sup>3</sup>

Con motivo de esta situación se ha hablado tanto de formas de justicia constitucional “mixtas” —marcadas por la presencia simultánea de for-

<sup>2</sup> Véase García Balaunde, D., *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional*, Lima, 2003; Hernández Valle, R., *Derecho procesal constitucional*, San José, 2001; varios autores, *Derechos fundamentales y derecho procesal constitucional*, Lima, 2005.

<sup>3</sup> Abundando en estas consideraciones: Rolla, G., *Indirizzo politico e Tribunale Costituzionale in Spagna*, Nápoles, 1986, pp. 40 y ss. Véase, también, Fernández Segado, F., *La justicia constitucional ante el siglo XXI*, Bologna, 2000.

mas concretas y abstractas, preventivas y sucesivas, *erga omnes* o *inter partes*— cuanto de “mezcla” de modelos, esto es, de experiencias marcadas por la presencia tanto de institutos propios del control concreto como del abstracto. Como ha sido afirmado con solvencia: “tras la impetuosa expansión del constitucionalismo y de la forma de Estado liberal y democrática, los modos de llevar a cabo la justicia constitucional se han fusionado y complicado más todavía”;<sup>4</sup> por ello, si se excluye la persistente homogeneidad del sistema preventivo de constitucionalidad francés, en el resto de ordenamientos nos encontramos en presencia ya sea de sistemas mixtos, ya de mezcla de sistemas.

La experiencia comparada evidencia el desarrollo de dinámicas que llevan a la evolución de los dos modelos principales de justicia constitucional hacia resultados convergentes. Por un lado, los sistemas “concentrados” parecen abrirse a formas de convivencia con la *judicial review*; por otro lado, los sistemas “difusos” registran una tendencia de las cortes supremas a la monopolización del ejercicio de la jurisdicción constitucional, acentuando los elementos de concentración sustancial del sistema.

En otros términos, rígidas clasificaciones basadas en las características de las instituciones e institutos procesales están perdiendo su capacidad interpretativa de los procesos en acción. Por esta razón, autorizados sectores de la doctrina prefieren la adopción de clasificaciones inspiradas no tanto en la estructura, cuanto en las finalidades propias del proceso constitucional. Por ejemplo, se sugiere distinguir entre “control de constitucionalidad de la ley y control con ocasión de la aplicación de la ley”;<sup>5</sup> en otras ocasiones se introduce una contraposición entre sistemas basados en las leyes y sistemas orientados a garantizar los derechos;<sup>6</sup> o bien se diferencia entre procedimientos que se inspiran en una lógica subjetiva y concreta frente a los inspirados en una lógica objetiva y abstracta.<sup>7</sup>

Sin entrar a considerar el mérito de las diversas clasificaciones introducidas, es indudable que el sistema latinoamericano se caracteriza, en el marco de las múltiples experiencias de justicia constitucional, sea por una indudable originalidad en las soluciones jurídicas —entre las cuales se encuentra la capacidad de combinar elementos propios de los dos mo-

<sup>4</sup> Al respecto, Pegoraro, L., *op. cit.*, nota 1, p. 27.

<sup>5</sup> Cfr. Fernández Segado, F., *op. cit.*, nota 3, pp. 106 y ss.

<sup>6</sup> Así, Rubio Llorente, F., “Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa”, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Madrid, 1998, pp. 161 y ss.

<sup>7</sup> Véase, Fromont, M., *La justice constitutionnelle dans le monde*, París, 1996.

delos históricos— sea por la pluralidad de institutos procesales previstos. Por estas razones, la experiencia de América Latina representa para el comparatista un “verdadero laboratorio de fórmulas peculiares de justicia constitucional”.<sup>8</sup>

Algunos aspectos de la experiencia constitucional latinoamericana merecen especial atención.

En primer lugar, no debe olvidarse que las formas de control de constitucionalidad y las experiencias de justicia constitucional no son precisamente recientes, remontándose a un periodo con seguridad anterior a la tradición europea. En América Latina, la conquista de la independencia no sólo ha consolidado la idea de defensa política de la Constitución, sino que también ha favorecido el inicio de formas de justicia constitucional: para empezar, atribuyendo a la Corte Suprema el monopolio del control de constitucionalidad —por ejemplo, en la Constitución de Bolivia de 1861 o en la de Ecuador en 1869— por tanto, instituyendo verdaderos tribunales constitucionales, el primero de los cuales se creó en Cuba en 1940.<sup>9</sup>

En segundo lugar, el sistema iberoamericano de justicia constitucional se caracteriza por la heterogeneidad de las experiencias, que convierten a dicha realidad en un auténtico *patchwork* constitucional. En efecto, en el continente americano conviven tribunales constitucionales fuera del Poder Judicial (Chile, Ecuador, Guatemala y Perú), tribunales constitucionales pertenecientes al Poder Judicial (Bolivia y Colombia), salas constitucionales autónomas, vinculadas con las cortes supremas (El Salvador, Costa Rica, Paraguay, Nicaragua, Venezuela) e incluso tribunales ordinarios que también desempeñan la función de justicia constitucional (Argentina, Brasil, Honduras, México, Panamá y Uruguay).<sup>10</sup>

<sup>8</sup> Sobre sus características generales véase Fernández Segado, F., *La jurisdicción constitucional en América latina*, Montevideo, 2000, pp. 5 y ss.; *id.*, “Du contrôle politique au contrôle juridictionnel. Evolution et apports de la justice constitutionnelle ibérico-américaine”, *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, XX, 2004, pp. 11 y ss.; Praeli, E., “Los tribunales constitucionales en la región andina: una visión comparativa”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, 2000, pp. 43 y ss.; Nogueira Alcalá, H., “Los tribunales constitucionales de Sudamérica a principios del siglo XXI”, *Ius et Praxis*, 2, 2003, pp. 59 y ss.; Fix-Zamudio, H., “La justicia constitucional en América Latina”, *Lecturas constitucionales andinas*, Lima, 1991; Ferrer Mac-Gregor, E., *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, México, 2002.

<sup>9</sup> Véase García Balaunde, D., *El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales*, Lima, 2002.

<sup>10</sup> *Cfr.* Ferrer Mac-Gregor, E., *op. cit.*, nota 8, pp. 65 y ss.

Incluso, desde la perspectiva de los modos de acceso a la justicia constitucional, América Latina representa un laboratorio original: en algunos ordenamientos se da la coexistencia de formas de control concentrado y difuso (Colombia, Guatemala, Perú, Bolivia, Ecuador, Brasil, Argentina); de control preventivo y sucesivo (Bolivia, Colombia, Chile), de control de constitucionalidad y de recursos de amparo.<sup>11</sup> Tal es la convivencia entre sistemas diversos que la situación ha llevado a algunos autores a hablar, en este sentido, de un sistema difuso-concentrado.<sup>12</sup>

Sin embargo, no hay duda de que el interés de la doctrina europea por los sistemas latinoamericanos de justicia constitucional es abstracto, sobre todo, a partir de la experiencia del *juicio de amparo*, que representa en aquellos ordenamientos el instrumento privilegiado de tutela jurisdiccional de los derechos constitucionales.

Tal instituto procesal puede incluirse entre los casos más evidentes de circulación jurídica: primero del nuevo al viejo continente a causa de la evidente influencia que el amparo americano ha ejercido sobre la Constitución Española de 1978;<sup>13</sup> por tanto, en el interior de Europa. En este sentido, interesa subrayar el desarrollo que —probablemente a causa de la influencia ejercida por la Constitución alemana— los recursos directos para la tutela de los derechos fundamentales han tenido en las recientes Constituciones de algunos países de la Europa Oriental. En Polonia, el artículo 79 de la Constitución prevé el recurso directo de los ciudadanos contra violaciones de los derechos fundamentales por parte de las decisiones definitivas adoptadas por autoridad administrativa o jurisdiccional. El ordenamiento constitucional húngaro y el eslovaco, por su parte, prevén un recurso directo por parte de cualquier persona que lamente una violación de los propios derechos fundamentales, una vez agotados los remedios ordinarios previstos. Mientras, Eslovenia admite los recursos directos en caso de violación de los derechos por parte de actos legislativos, administrativos y judiciales, si la violación es manifiesta y un eventual retraso puede determinar perjuicios irreparables, entonces incluso por vía de excepción (artículos 160 y ss.).<sup>14</sup>

<sup>11</sup> Véase García Belaunde, D. y Fernández Segado, F., *La justicia constitucional en Iberoamérica*, Madrid, 1997; Ferrer Mac-Gregor, E., *op. cit.*, nota 8.

<sup>12</sup> Así, García Belaunde, D., *Derecho procesal constitucional*, *cit.*, 129.

<sup>13</sup> Cfr. Fernández Segado, F. (ed.), *La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano*, Madrid, 2003.

<sup>14</sup> Abundando en las consideraciones al respecto, varios autores, *Esperienze di giustizia costituzionale*, Torino, 2000, pp. 452 y ss.; Misto', M., "La giustizia costituzionale

## II. LA DEMOCRATIZACIÓN DEL CONTINENTE AMERICANO Y EL DESARROLLO DE LOS INSTRUMENTOS DE TUTELA DIRECTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Constituye una firme convicción entender que la garantía sea una condición esencial para asegurar la efectividad de un derecho; que no se puede hablar de derechos si las posiciones subjetivas no son protegidas eficazmente.<sup>15</sup> Por consiguiente, para valorar la relevancia de las declaraciones constitucionales en materia de derechos es necesario considerar las formas de tutela, los instrumentos y las instituciones que consienten un ejercicio efectivo de estos.

La doctrina ha subdividido las garantías constitucionales en dos tipos generales, distinguiendo entre garantías jurisdiccionales e institucionales —estas últimas pueden reconducirse a algunos de los principios propios del Estado democrático de derecho (reserva de ley, principio de legalidad, separación de poderes, independencia del Poder Judicial, imparcialidad de la administración pública)—. Así como se ha distinguido entre garantías generales —relativas a la organización, a las condiciones sociales y culturales de la comunidad política— y garantías más directamente conectadas al sistema jurídico, como la tutela jurisdiccional.<sup>16</sup>

En todo caso, nadie duda de que subsista una correlación muy estrecha entre el reconocimiento y la tutela jurisdiccional de un derecho; así como se considera que una garantía orgánica de los derechos garantizados en las Constituciones necesita de un sistema de justicia constitucional, de una jurisdicción constitucional de las libertades, según la acertada y siempre actual afirmación de Cappelletti.<sup>17</sup>

La consideración expresada queda confirmada por la evolución de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales y por la circunstancia de

nei Paesi dell'europa centro-orientale", en Olivetti, M. y Groppi, T. (eds.), *La giustizia costituzionale in Europa*, Milán, 2003, pp. 283 y ss.; Vergottini, G. de (ed.), *Giustizia costituzionale e sviluppo democratico nei Paesi dell'Europa centro-orientale*, Torino, 2000; Mazza, M., *La giustizia costituzionale in Europa orientale*, Padova, 1999; Verdussen, M. (ed.), *La justice constitutionnelle en Europe centrale*, Bruxelles, 1997. Sobre la posible introducción de tal instituto procesal en Italia, véase Crivelli, C., *La tutela dei diritti fondamentali e l'accesso alla giustizia costituzionale*, Padova, 2003.

<sup>15</sup> Cfr. Cruz Villalón, P., "Formación y evolución de los derechos fundamentales", *Introducción a los derechos fundamentales*, Madrid, 1988.

<sup>16</sup> Cfr. Peces Barba, G., *Los derechos fundamentales*, Madrid, 1980, 167.

<sup>17</sup> Cfr. Cappelletti, M., *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milán, 1955.

que la actividad de tales órganos se caracteriza sobre todo por su jurisprudencia en materia de derechos de la persona. Recurriendo a las palabras de la Declaración de Antigua (Guatemala, 1992) en materia de justicia constitucional, se puede sostener que “la existencia de una justicia constitucional se ha convertido en un elemento esencial de la garantía de la libertad y de los demás derechos fundamentales”.

La estrecha interdependencia con la que hoy se unen la constitucionalización y la especificación de los derechos fundamentales con el desarrollo de formas de justicia constitucional resulta particularmente evidente en el neoconstitucionalismo latinoamericano, que marca —bajo muchos aspectos— una auténtica ruptura respecto de la traumática historia precedente (constitucional y política) de la América Latina.<sup>18</sup>

En efecto, de los dieciocho países latinoamericanos que se inspiran en los principios del constitucionalismo, doce han aprobado nuevas Constituciones,<sup>19</sup> mientras importantes reformas constitucionales han tenido también lugar en Bolivia, Costa Rica, Ecuador, México y Uruguay. Estas transiciones —a pesar de su especificidad histórica— presentan dos rasgos comunes relativos, respectivamente, al procedimiento de codificación y a los valores que inspiran los textos constitucionales de aquellos Estados.

Por lo que atañe el procedimiento de codificación, se ha asistido a transiciones democráticas y pacíficas, favorecidas por la búsqueda de acuerdos políticos encaminada a otorgar legitimación a las elecciones constituyentes.<sup>20</sup> Baste considerar, a título de ejemplo: el proceso de negociación en Colombia con exponentes de la guerrilla, que facilitó la reforma constitucional de 1991; las modificaciones introducidas en la Constitución de El Salvador, después del acuerdo con el Frente Farabundo Martí en 1991;

<sup>18</sup> Así, Valadés, D., “El nuevo constitucionalismo iberoamericano”, en Fernández Segado, F. (ed.) *La Constitución de 1978 y el constitucionalismo iberoamericano*, cit., nota 13, pp. 471 y ss. Véase, también, varios autores, *El nuevo derecho constitucional latinoamericano*, Caracas, 1996; Valadés, D. y Carbonell, M. (ed.), *Constitucionalismo iberoamericano del siglo XXI*, México, 2000. Para una reconstrucción histórica, Soberanes Fernández, J., *El primer constitucionalismo iberoamericano*, Madrid, 1992; Ferrer Muñoz, M., *Presencia de doctrinas constitucionales extranjeras en el primer liberalismo mexicano*, México, 1996.

<sup>19</sup> Es el caso de Argentina (1994), Brasil (1988), Colombia (1991), Chile (1980), El Salvador (1983), Guatemala (1985), Honduras (1982), Nicaragua (1995), Panamá (1994), Paraguay (1992), Perú (1993) y Venezuela (1999).

<sup>20</sup> Para referencias doctrinales al respecto véase Ceccherini, E., *La codificazione dei diritti nelle recenti Costituzioni*, Milán, 2002.

el Pacto de los Olivos en Argentina, celebrado en 1993 entre los presidentes de las fuerzas políticas mayoritarias del peronismo y del radicalismo, que sirvió de base para la reforma constitucional de 1994; o el pacto entre los opositores al gobierno militar que favoreció la reforma de 1988 en Brasil.<sup>21</sup>

Por lo que se refiere a los contenidos, las Constituciones de los países de América Latina, además, se definen no sólo por la presencia de amplios y detallados catálogos de derechos, sino también por tener conciencia de que éstos constituyen un elemento que revaloriza el pacto instaurado entre los ciudadanos y, entre éstos y sus representantes: en otros términos, que el reconocimiento y la garantía de los derechos fundamentales son elementos que caracterizan la forma de Estado democrático de derecho.<sup>22</sup>

Se observa una estrecha integración entre los procesos de democratización, la aprobación de nuevas cartas constitucionales y el reconocimiento de numerosos derechos emergentes, tanto en diversos preámbulos constitucionales como en específicas disposiciones constitucionales.

Con respecto a los primeros, pueden recordarse los preámbulos que identifican la forma de Estado democrática con la única forma de organización político institucional capaz de asegurar los derechos y la dignidad de la persona (Venezuela, Brasil, El Salvador, Guatemala). A su vez, el artículo 5o. de la Constitución de Chile considera el respeto de los derechos de la persona un límite al ejercicio de la soberanía, mientras “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Por su parte, el artículo 1o. de la Constitución de Perú y el artículo 59 de la Constitución de Honduras afirman solemnemente que “la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla. La dignidad del ser humano es inviolable”.

El nuevo constitucionalismo iberoamericano se caracteriza también por una extendida adhesión a la forma de Estado social y democrática: como lo demuestran el artículo 1o. de la Constitución de Ecuador, Colombia y Bolivia que hablan de Estado social de derecho fundado sobre el respeto de la dignidad humana y de sus valores de libertad, igualdad y

<sup>21</sup> Sobre esta cuestión véase, Mezzetti, L., *Le democrazie incerte*, Torino, 2000.

<sup>22</sup> Véase Rolla, G., “La concepción de los derechos fundamentales en el constitucionalismo latinoamericano”, *Ponencias desarrolladas*, Arequipa, 2005, pp. 37 y ss.; Lara Ponte, R., *Los derechos humanos en el constitucionalismo mexicano*, México, 1998.

justicia. Además, el artículo 2o. de la Constitución de Venezuela califica al ordenamiento como un Estado democrático y social “de derecho y de justicia, que propugna la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político”.

Tales Constituciones, en el específico ámbito de los derechos de la persona, presentan, también, elementos novedosos: ya porque se potencian mecanismos de garantía con el fin de evitar que el reconocimiento de los derechos se reduzca a una declaración romántica, privada de efectividad sustancial, ya porque se reafirma una noción más evolucionada de persona, que coloca el valor de la libertad junto al de la dignidad y que, además, enriquece el principio de igualdad con nuevos significados (a la igualdad entendida como prohibición de tratamiento irrazonablemente diferenciado, se suma la prohibición de discriminación y el reconocimiento de acciones positivas dirigidas a conseguir el desarrollo de las poblaciones indígenas).

Pero, tal vez, la novedad más relevante a los efectos del presente trabajo venga constituida por la circunstancia de que la codificación constitucional de los derechos se acompaña con la difusión de una idea normativa de Constitución, que supera una concepción semántica de la Constitución, como la de documento prioritariamente político y programático, pero no susceptible de inmediata y directa aplicación.<sup>23</sup> En efecto, las Constituciones pertenecientes al primer constitucionalismo latinoamericano eran concebidas a modo de declaración de intenciones: “como un ideal, como un necesario instrumento para el cambio y para el logro de los principios y objetivos políticos que idealmente proclamaban”.<sup>24</sup>

El paso del derecho político al derecho constitucional produce algunas consecuencias fundamentales: no sólo sanciona la inmediata preceptividad de las disposiciones contenidas en las Constituciones, sino que también favorece la consiguiente progresiva jurisdiccionalización del derecho constitucional, con la introducción de órganos competentes específicos para afirmar el primado de la Constitución sobre el resto de fuentes del derecho.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> Véase Bidart Campos, J., “La codificación constitucional y la Constitución real”, *Libro en homenaje a Manuel García Pelayo*, I, Caracas, 1980.

<sup>24</sup> Así, Gros Espiell, H., “El constitucionalismo latinoamericano y la codificación en el siglo XIX”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2002, p. 149.

<sup>25</sup> Sobre esta cuestión puede consultarse Rolla, G., *op. cit.*, nota 3, pp. 12 y ss.



### III. LAS PRINCIPALES MODALIDADES DEL RECURSO DIRECTO PARA LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Los sistemas de justicia constitucional pueden ser clasificados —como se vio en el párrafo inicial— sobre la base de las técnicas o los modos previstos para asegurar la garantía de los derechos fundamentales, por ejemplo, pueden diferenciarse según la tutela de los derechos fundamentales de la persona se produzca en forma directa o indirecta.

Pertencen a la primera categoría los sistemas con *judicial review* y con *recursos de amparo* ante los tribunales constitucionales.<sup>26</sup> Por el contrario, pueden incluirse entre aquellos en los que la tutela de los derechos opera sólo por vía indirecta, los procesos constitucionales que logran una salvaguarda sustancial de los derechos gracias a formas de control concreto de constitucionalidad o mediante la relación especial que se instaura, en virtud de las cuestiones de legitimidad constitucional, entre el juicio de constitucionalidad de las leyes y el proceso que ha ocasionado el juicio constitucional. En este caso, el instrumento procesal de la prejudicialidad permite combinar la técnica del control abstracto con la del control concreto.<sup>27</sup>

En el marco de un tal esquema clasificatorio, los sistemas de tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales vigentes en el continente lati-

<sup>26</sup> Con respecto al proceso constitucional para la tutela directa de los derechos fundamentales en España véase Cruz Villalón, P., *Los procesos constitucionales*, Madrid, 1992; Carrasco Durán, M., *Los procesos para la tutela judicial de los derechos fundamentales*, Madrid, 2002; Cascajo Castro, J. y Gimeno Sendra, V., *El recurso de amparo*, Madrid, 1988; García Morillo, J., *La protección judicial de los derechos fundamentales*, Valencia, 1994; Montoro Puerto, M., *Jurisdicción constitucional y procesos constitucionales*, Madrid, 1991; Oliver Araujo, J., *El recurso de amparo*, Palma de Mallorca, 1986; Sánchez Morón, M., *El recurso de amparo constitucional*, Madrid, 1987. Sobre las características de los recursos de amparo y de *habeas corpus* en América Latina, García Belaunde, D., *Derecho procesal constitucional*, cit., 2002; Hernández Valle, R., *op. cit.*, nota 2, pp. 151 y ss.; Ferrer Mac-Gregor, E., *La acción constitucional de amparo en México y España*, México, 2002; Fix-Zamudio, H., *Protección de los derechos humanos*, México, 1999; varios autores, *Garantías jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamérica*, México, 1992. Por último, por lo que se refiere a la experiencia alemana puede consultarse el trabajo de Häberle, P., *La Verfassungsschwerde nel sistema della giustizia costituzionale tedesca*, Milán, Giuffrè, 2000.

<sup>27</sup> Para consideraciones posteriores sobre la cuestión puede véase Rolla, G., “Juicio de legitimidad constitucional en vía incidental y tutela de los derechos fundamentales”, *El derecho procesal constitucional peruano*, Lima, 2005, pp. 1025 y ss.

noamericano se caracterizan por la pluralidad y originalidad de su regimentación.

En primer lugar, en consideración al órgano competente para decidir el recurso se distingue entre recurso ordinario, internacional y constitucional. Mientras estos últimos —como se apreciará mejor en el último párrafo— se incluyen entre las competencias propias de los tribunales constitucionales, los primeros dan vida a procedimientos jurisdiccionales resueltos por el Poder Judicial ordinario.

Se encuentran previstos recursos ordinarios, por ejemplo, en Chile, cuya Constitución regula el recurso de protección, que permite recurrir ante las cortes de apelaciones contra actos u omisiones ilegales que inciden sobre el ejercicio legítimo de los derechos y garantías constitucionales,<sup>28</sup> o también en Argentina, donde la reforma constitucional de 1994 ha introducido varios recursos para tutelar los derechos fundamentales (*habeas corpus*, *habeas data*, amparo) que pueden utilizarse contra todos los comportamientos susceptibles de restringir en modo arbitrario o manifiestamente ilegal el ejercicio de un derecho fundamental.<sup>29</sup>

Igualmente, recursos ordinarios de amparo o de *habeas corpus*, o de *habeas data* están previstos en los ordenamientos constitucionales de México,<sup>30</sup> Panamá,<sup>31</sup> Colombia,<sup>32</sup> Ecuador<sup>33</sup> y Brasil.<sup>34</sup>

Si los recursos ordinarios hunden sus raíces en el primer constitucionalismo latinoamericano, el nuevo constitucionalismo iberoamericano se caracteriza por la presencia de un instituto procesal nuevo, que la doctri-

<sup>28</sup> Cfr. Nogueira Alcalá, H., “La jurisdicción constitucional en Chile”, en *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Lima, 1996, pp. 562 y ss.

<sup>29</sup> Véase Bidart Campos, G., *El recurso de amparo*, Buenos Aires, 1965; Sagués, N., *Derecho procesal constitucional*, Buenos Aires, 1992.

<sup>30</sup> Cfr. Ferrer Mac-Gregor, E., *La acción constitucional de amparo en México y España*, México, 2002; Fix-Zamudio, H., *Ensayos sobre el derecho de amparo*, México, 2003.

<sup>31</sup> Cfr. Rodríguez Robles, F., “La jurisdicción constitucional en Panamá”, en *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, cit., nota 28, pp. 819 y ss.

<sup>32</sup> Cfr. Cifuentes Muñoz, E., “La jurisdicción constitucional colombiana”, *Una mirada a los tribunales constitucionales*, Lima, 1995, pp. 157 y ss.; Tocora, L., *Control constitucional y derechos humanos*, Santa Fe de Bogotá, 1992; Rey, E., *Introducción al derecho procesal constitucional*, Cali, 1994.

<sup>33</sup> Cfr. Salgado Pesantes, H., “El control de constitucionalidad en la carta política del Ecuador”, *Una mirada a los tribunales constitucionales*, 1995, 182.

<sup>34</sup> Véase, Pinto Ferreira, L., “Os instrumentos processuais protetores dos direitos humanos no Brasil”, en *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, cit., nota 28, pp. 413 y ss.

na ha calificado como amparo interamericano o bien amparo internacional.<sup>35</sup> En este caso, el recurso es presentado contra aquellas violaciones de los derechos humanos que no pueden ser saneadas con los remedios procesales previstos por el derecho interno, por lo que se debe recurrir a la jurisdicción internacional de los derechos humanos.

Dicho instituto procesal está previsto, por ejemplo, en la Constitución de Venezuela, cuyo artículo 31 reconoce a toda persona el derecho a solicitar el amparo de sus derechos humanos en las formas previstas por las convenciones internacionales ratificadas por el Estado. Mientras, el artículo 18 de la Constitución de Ecuador establece que “los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad”.

En ésta, como en otras cartas constitucionales, es evidente la referencia a la Convención Interamericana de los Derechos que, por un lado, establece la posibilidad de presentar una solicitud que denuncia la lesión de derechos reconocidos por la propia convención y, por otro lado, considera las decisiones propias vinculantes para los Estados sobre la base del principio internacional de buena fe.

En segundo lugar, los recursos para la tutela directa de los derechos fundamentales pueden ser clasificados tanto sobre la base de los derechos enjuiciables como en relación a los sujetos ante quienes puede ser presentado el recurso.

En este último caso, se distingue entre órdenes que admiten el recurso sólo con respecto a los poderes públicos (Chile, México, Panamá, Ecuador, Bolivia, El Salvador), y los que también permiten recurrir frente a actos u omisiones de sujetos particulares (Argentina, Costa Rica, Guatemala, Colombia).

Los recursos dirigidos a los particulares, por regla general, están sometidos a algunas limitaciones específicas. Por ejemplo, la Ley de Amparo de Costa Rica admite el recurso contra los particulares bajo tres hipótesis: si el particular desempeña funciones públicas; si se encuentra en una posición de prevalencia con relación al recurrente; y cuando los remedios procesales ordinarios parezcan insuficientes o atrasen la obtención de una tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales.

<sup>35</sup> Cfr. sobre la temática general Cappeletti, M., *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, México, 1992, pp. 45 y ss.; Gimeno Sendra, V. y José Galeni, L. L., *Los procesos de amparo*, Madrid, 1994, pp. 237 y ss.

De igual modo, en Brasil el *mandado de securanga* puede ser activado sólo frente a los particulares que ejerzan funciones públicas; mientras en Colombia, la ley señala de manera taxativa los casos en que puede presentarse un recurso contra los particulares.<sup>36</sup>

No obstante, por lo que se refiere al objeto de la tutela, se puede distinguir entre institutos de garantía general o sectorial.

El principal mecanismo sectorial de tutela directa de los derechos lo constituye el *habeas corpus* —después acompañado por el *habeas data*— que consiente la impugnación de cualquier determinación arbitraria de los poderes públicos susceptibles de incidir sobre la libertad personal, de domicilio y de circulación. Tales instrumentos de garantía tutelan a la persona contra las violaciones que provienen de los poderes públicos y sólo se refieren a los “derechos históricos” del sujeto. En particular, el *habeas corpus* está previsto en el artículo 21 de la Constitución de Chile, el artículo 43 de la Constitución argentina, y el artículo 142.2 de la Constitución de Ecuador.

Sin embargo, los recursos generales pueden ser activados como salvaguardia de cualquier derecho reconocido y protegido por la carta constitucional, por las leyes o por los acuerdos internacionales ratificados por el Estado. Por lo común, pueden ser presentados por cualquier persona (física o jurídica, incluidos los extranjeros) que se considere lesionada o amenazada en el ejercicio de un derecho fundamental. Con el recurso se solicita al juez competente que se restablezca el disfrute del derecho lesionado de manera ilegítima. Las decisiones son vinculantes para la autoridad pública, y en caso de incumplimiento de la decisión, el juez puede solicitar la remoción del funcionario que la incumpla, la aplicación de sanciones, y el establecimiento de indemnizaciones.

Algunos ordenamientos excluyen de los recursos generales las sentencias judiciales, es el caso, por ejemplo, de Colombia donde la Corte Constitucional (sentencia C-543 de 1992) ha declarado inconstitucional

<sup>36</sup> Se trata de los casos de: *a*) ejercicio de cualquier servicio o función pública; *b*) organización privada contra la cual el solicitante tiene una relación de subordinación o indefensión; *c*) contra quien que viole o amenace violar la prohibición a la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos; *d*) cuando se trata de un medio de comunicación al que se pida la rectificación de informaciones inexactas o erróneas no rectificadas o rectificadas de manera indebida; *e*) para tutelar a quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión.

la norma del Decreto 251, de 1991 que preveía la acción de tutela también contra las decisiones jurisdiccionales.<sup>37</sup>

El principal instituto general de tutela directa de los derechos fundamentales es, no obstante, el amparo, cuyo origen histórico se remonta en el tiempo hasta hundir sus raíces en el instituto español del amparo colonial, un instrumento procesal para la protección de los derechos de la persona que se considerasen violados por actos ilegítimos.<sup>38</sup> A este respecto, puede recordarse que el primer caso reconocido de amparo colonial se presentó ante el virrey por un grupo de indígenas que reivindicaban la restitución de las tierras poseídas por sus antepasados.

Desde una perspectiva histórica, también puede citarse el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana del 22 de octubre de 1814 —considerado por la doctrina el símbolo más claro del *ideal insurgente*—,<sup>39</sup> cuyo artículo 127 reconocía el derecho de todo ciudadano a presentar reclamación contra las violaciones de los derechos fundamentales reconocidos.<sup>40</sup>

Sin embargo, la referencia constitucional más apropiada nos lleva a la experiencia constitucional mexicana, de la que obtuvieron inspiración el resto de ordenamientos de la América Latina: en el ámbito estatal se puede recordar el artículo 8o. de la Constitución de Yucatán del 31 de marzo de 1841, que permitía recurrir contra actos o leyes de los poderes públicos; mientras en el ámbito federal se pueden recordar los artículos 101.1 y 102 de la Constitución Federal del 5 de febrero de 1857.<sup>41</sup>

Otro instrumento típico del sistema latinoamericano de justicia constitucional es la acción de inconstitucionalidad por omisión, en virtud de la cual las disposiciones constitucionales deben, en todo caso, encontrar aplicación en caso de inactividad —total o parcial— del legislador y de los poderes públicos.<sup>42</sup> La inconstitucionalidad por omisión puede ser ac-

<sup>37</sup> Cfr. Cifuentes Muñoz, E., *op. cit.*, nota 32, pp. 157 y ss.

<sup>38</sup> Cfr. Lira González, A., *El amparo colonial y el juicio de amparo mexicano*, México, 1972.

<sup>39</sup> Véase Ferrer Mac-Gregor, E., *op. cit.*, nota 26, p. 61.

<sup>40</sup> Véase Fix-Zamudio, H., *op. cit.*, nota 30, pp. 428 y ss.

<sup>41</sup> Palomino Manchego, E., “La primera sentencia de amparo en México”, *Revista Peruana de Derecho Público*, 6, 2003, p. 135.

<sup>42</sup> Véase Villaverde, M., *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, 1997; Fernández Rodríguez, J. J., *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, 1998; Bazan, V. (ed.), *Inconstitucionalidad por omisión*, Bogotá, 1997; Demirzary Peredo, “La inconstitucionalidad por omisión”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2002, pp. 63 y ss.

tivada cuando “el legislador no hace algo que positivamente le impone la Constitución. No se trata pues de un simple no hacer negativo, sino de no hacer lo que de forma concreta y explícita estaba obligado constitucionalmente”.<sup>43</sup>

Dicho instrumento procesal, influenciado por el norteamericano *writ of mandamus*, reconoce a la persona que se considera lesionada en uno de sus derechos constitucionales a causa de la inactividad de los poderes públicos la posibilidad de recurrir ante un magistrado —incluidos la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional— con objeto de que ordene a la administración que provea y al legislador que dicte normas.

Por lo general, el juez puede remediar la omisión ya sea unilateralmente, mediante una sentencia interpretativa o ejecutando directamente la disposición constitucional; ya sea de forma bilateral buscando la colaboración con la autoridad que dio vida a la conducta omisiva —fijando un plazo dentro del que actuar u ofreciendo recomendaciones de actuación al legislador—.

Por ejemplo, en Costa Rica, en virtud del artículo 73.f de la Ley sobre la Jurisdicción Constitucional del 18 de octubre de 1989, tal control puede ser solicitado incluso de oficio por parte del “contralor general de la República, del fiscal general de la República o del defensor de los Habitantes”. Para que se pueda recurrir ante la Sala Constitucional debe existir preventivamente un contencioso jurisdiccional, a menos que la naturaleza de la omisión produzca efectos directos o se trate de intereses difusos que atañen a la comunidad en su totalidad.

En Argentina, es en las Constituciones provinciales donde se disciplinan estos mecanismos:<sup>44</sup> por ejemplo, la Constitución de la Provincia de Río Negro (artículo 207. 2 d) atribuye al Tribunal Superior de Justicia la competencia para intervenir en caso de no actuación de una norma de la cual se derivan obligaciones específicas a cargo de los poderes públicos. El ordenamiento de dicha Provincia prevé que la Corte declare la omisión y sanee el orden jurídico violado; así como dispone que en caso de ulterior inactividad por parte de los poderes públicos se prevea una indemnización.

Asimismo, el artículo 295 de la Constitución de Perú prevé acciones siempre que los derechos constitucionales resultan violados a causa de omisión de “actos de cumplimiento obligatorio”. Mientras el artículo 87

<sup>43</sup> Cfr. Fernández Rodríguez, J., *op. cit.*, nota 42, p. 77.

<sup>44</sup> Pueden citarse, entre otras, las Constituciones de las provincias de Chaco, Entre Ríos, Santa Cruz, San Luis, La Rioja y San Juan.

de la Constitución de Colombia consiente a toda persona recurrir ante la autoridad judicial para hacer efectiva la aplicación de una norma o de un acto administrativo a través de una orden de cumplimiento por parte de la autoridad jurisdiccional.

Con todo, la experiencia más significativa en el panorama comparado parece ser la de Brasil, cuya Constitución prevé en su artículo 103.2 que el Tribunal Supremo Federal, siempre que verifique la existencia de una omisión tal que produzca la ineffectividad de un precepto constitucional, debe ordenar al poder cumplir con el acto debido. Si además, la omisión afecta el disfrute de un derecho fundamental, el artículo 5o. LXXI de la Constitución prevé el *mandado de injunção*: un control de constitucionalidad por omisión de tipo concreto, que puede ser ejercitado ya sea por el Tribunal Supremo Federal, ya sea por el Tribunal Superior de Justicia, o por otros órganos jurisdiccionales.

La Constitución brasileña también ha previsto el mandato de garantía colectivo, que puede ser ejercitado por los partidos políticos con representación en el Congreso nacional, por las organizaciones sindicales, y por los entes o asociaciones legalmente reconocidas (y con no menos de un año de funcionamiento), en defensa de los intereses de sus miembros o asociados.

Por último, resulta muy interesante la experiencia de la acción popular y de grupo previstas para garantizar los derechos e intereses colectivos: prestando especial atención a algunos bienes como la seguridad y la salud pública, la ética administrativa, el medioambiente, el mercado y la libre competencia económica.

La posibilidad para los ciudadanos de recurrir a los tribunales constitucionales a fin de que se compruebe la legitimidad de los actos normativos ya había sido avanzada por algunos teóricos de la justicia constitucional —entre ellos Kelsen—; sin embargo, es sobre todo en América Latina donde dicho instituto ha encontrado amplia plasmación en el derecho positivo. En efecto, la acción popular de inconstitucionalidad está prevista en las Constituciones de Colombia, El Salvador, Nicaragua, Venezuela, Panamá, Guatemala y Ecuador.

La acción popular puede ser activada ya sea por los particulares, ya sea por órganos específicos como, por ejemplo, el defensor del pueblo o el Ministerio Público. Los principios procesales aplicables son análogos a los de la acción de amparo: prioridad del derecho sustantivo, publicidad, economía, celeridad y eficacia. Además, el juez debe asegurar el respeto de las garantías procesales y del equilibrio entre las partes.

Junto con estas características comunes también se verifican especificidades; por ejemplo, la legitimación activa en Colombia, El Salvador y Nicaragua se permite a todos los ciudadanos. En Guatemala, por su parte, se concede a cualquier persona siempre que sea asistido por un colegio de tres abogados; en el caso de Ecuador está sujeta al parecer favorable previo del defensor del pueblo.

Además, por lo que concierne al objeto del recurso, la Constitución de Panamá prevé que puedan ser objeto de impugnación no sólo las leyes y los actos con fuerza de ley (como en el resto de ordenamientos), sino todos los actos estatales; por el contrario, en Nicaragua la acción popular puede ser ejercida también contra los reglamentos.<sup>45</sup>

#### IV. LA TUTELA DIRECTA DE LOS DERECHOS EN SITUACIONES DE EMERGENCIA

La historia constitucional de América Latina —si bien con algunas diferencias entre países— se ha caracterizado por el sucederse de golpes de Estado, de revueltas y revoluciones, que determinaron —como ha sido afirmado con solvencia— “la duración indefinida de la vigencia formal y la conculcación constante del texto constitucional”.<sup>46</sup> Tal resultado ha sido, en general, posible mediante el recurso a la regulación de los estados de emergencia, que permitían excepcionar (con frecuencia, por tiempo indefinido) las normas constitucionales sin, por otra parte, derogarlas expresamente.

Por tal motivo, los textos constitucionales del nuevo constitucionalismo latinoamericano se han apresurado a regular los presupuestos, las modalidades y los límites de los poderes atribuidos tras la declaración de una situación de emergencia: haciendo especial referencia a los procedimientos que deben seguirse para conferir legitimación a los estados de excepción. De igual modo, han precisado las garantías y los derechos individuales que en todo caso deben ser reconocidos.<sup>47</sup>

<sup>45</sup> Cfr. Brewer Carías, A. R., “La jurisdicción constitucional en América Latina”, en *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica, cit.*, nota 28, p. 121; Brage Camazano, J., *La acción de inconstitucionalidad*, México, 2000, p. 106.

<sup>46</sup> Gros Espiell, H., *op. cit.*, nota 24, p. 155.

<sup>47</sup> Sobre la materia varios autores, *Jurisdicción militar y Constitución en Iberoamérica*, Lima, 1997; Vergottini, G. de (ed.), *Costituzione ed Emergenza in America Latina*, Torino, 1997; Despouy, L., *Los derechos humanos y los estados de excepción*, México, 1999.



Se trata de una novedad importante, tanto desde el punto de vista teórico como práctico. Teóricamente, el estado de excepción deja de ser una fuente del derecho *extra ordinem*, para —en sintonía con el principio de legalidad propio del Estado de derecho— ser regulada por la Constitución. En la práctica, además, el procedimiento de emergencia política e institucional consiente el establecimiento de límites ligados al ejercicio del poder, para garantizar los derechos fundamentales de libertad reconocidos por las Constituciones.

Por ejemplo, la Constitución de Colombia establece que las libertades fundamentales reconocidas en los tratados internacionales no pueden ser dañadas durante el *estado de insurrección* (artículo 212); la Constitución de Nicaragua salvaguarda, durante los estados de emergencia, el derecho a la vida y los derechos que pueden reconducirse a la dignidad y a la integridad de la persona humana (artículo 185); la Constitución de Perú dispone que durante “el estado de asedio y de emergencia” se conservan las garantías procesales propias del juicio de amparo y *habeas corpus* (artículo 200); a su vez, la Constitución de Venezuela garantiza durante los estados de emergencia, además del derecho a la vida, el derecho a un proceso justo, mientras prohíbe la tortura y la discriminación (artículo 337). Además, disposiciones constitucionales similares están presentes en las Constituciones de Paraguay,<sup>48</sup> Guatemala,<sup>49</sup> Chile<sup>50</sup> y Argentina.<sup>51</sup>

Puede citarse también al respecto el ordenamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según el cual durante la vigencia de los estados de emergencia debe, en todo caso, garantizarse el ejercicio de todos los instrumentos procesales previstos por la Constitución para la protección directa de los derechos fundamentales (juicio de amparo, *habeas corpus*, *mandato de segurança*, recurso de protección, acción de tutela).<sup>52</sup>

## V. LA DISCIPLINA DEL AMPARO CONSTITUCIONAL

Con el desarrollo de la justicia constitucional y la institución de los tribunales constitucionales, los instrumentos tradicionales de tutela direc-

<sup>48</sup> Constitución de Paraguay, artículo 288.

<sup>49</sup> Constitución de Guatemala, artículo 138.

<sup>50</sup> Constitución de Chile, artículo 41 B.

<sup>51</sup> Constitución de Argentina, artículo 43.

<sup>52</sup> *Cfr.* Despouy, L., *op. cit.*, nota 47, pp. 51 y ss.

ta de los derechos fundamentales se han visto enriquecidos por el amparo constitucional: en el sentido de que el juicio de *amparo* tiene lugar, ya no ante el Poder Judicial ordinario, sino ante el Tribunal Constitucional, que decide sobre el recurso en vía exclusiva o como poder de revisión de las decisiones tomadas por los jueces ordinarios.

Actualmente, dicha competencia está reconocida por los ordenamientos de Bolivia, El Salvador, Perú, Costa Rica, Guatemala, Colombia y Nicaragua.

En Bolivia, el artículo 120 de la Constitución atribuye al Tribunal Constitucional tanto la competencia de decidir contra las resoluciones del Parlamento susceptibles de incidir sobre los derechos y garantías de las personas (120. 5) como el poder de revisión de oficio de los recursos de *amparo* y de *habeas corpus* (120.7).

La *ratio* de tales competencias puede verse en el hecho de que los derechos ocupan una posición especial en el ordenamiento constitucional del Estado, en virtud de la cual su lesión representa una vulneración de la misma esencia del texto de la Constitución; además, el caso de la competencia del artículo 120.5 se ha llegado a considerar la afirmación del primado de la Constitución, aun frente a la soberanía parlamentaria, para garantía de los derechos fundamentales de la persona.

El recurso para la revisión de oficio debe ser presentado al menos 24 horas antes de la decisión jurisdiccional (artículos 93 y 101.1 de la Constitución) y la decisión del Tribunal tiene efectos *inter partes*. En el momento en que el juez constitucional detecte una responsabilidad puede establecer una indemnización (en el caso de responsabilidad civil) o bien transmitir las actuaciones al Ministerio Público en caso de responsabilidad penal.

Los recursos contra las resoluciones del Congreso nacional o de una de las dos cámaras deben ser presentados, sin embargo, en el plazo de treinta días y el Tribunal, si lo admite a trámite, anulará el acto parlamentario lesivo del derecho: si, por el contrario, se decide por la inadmisión del recurso, podrá imponer al recurrente una multa y el pago de las costas procesales.<sup>53</sup>

En Colombia, el artículo 86 de la Constitución prevé un mecanismo especial de tutela directa de los derechos fundamentales, que conjuga a la

<sup>53</sup> Véase Fernández Segado, F., *La Jurisdicción constitucional en Bolivia*, México, 2002, pp. 85 y ss.; Rivera, J., "El control de constitucionalidad en Bolivia", *Revista del Tribunal Constitucional de Bolivia*, 1999, 1.

vez elementos propios del control difuso y del concentrado. Por una parte, las decisiones sobre la *acción de tutela* presentada para obtener la garantía inmediata de salvaguarda de los derechos constitucionales son asumidas por el juez competente y pueden ser impugnadas frente al juez de segunda instancia. Por otra parte, el Tribunal Constitucional tiene un poder autónomo y eventual de revisión de las sentencias emanadas en apelación y de aquellas en primera instancia que no hayan sido impugnadas.

De hecho, todas las decisiones en materia de derechos fundamentales deben ser enviadas al Tribunal Constitucional, el cual puede seleccionar discrecionalmente aquellas que considera de mayor relevancia y pronunciarse sobre su legitimidad en el periodo de tres meses desde la recepción del expediente.

Las indicaciones del juez constitucional y la interpretación que éste ofrece en relación con las disposiciones en materia de derechos fundamentales funcionan, básicamente, como precedentes, y orientan la actividad interpretativa de los jueces ordinarios. La doctrina del tribunal constitucional no es vinculante, pero —como ha precisado el Tribunal Constitucional de Colombia— “si éstos deciden apartarse de la línea jurisprudencial trazada en ellas, deberán justificar de manera suficiente y adecuada el motivo que les lleva a hacerlo, so pena de infringir el principio de igualdad” (Corte Constitucional, sentencia C-037/96).<sup>54</sup>

Por su parte, el modelo costarricense de justicia constitucional presenta la característica de estar fuertemente concentrado: toda problemática conectada con las garantías constitucionales quedan reservadas a la sala constitucional.

En particular, el artículo 48 de la Constitución reconoce a toda persona el derecho a presentar recurso de *habeas corpus* y de amparo para quejarse por la lesión, tanto de los derechos reconocidos por la Constitución cuanto de los establecidos por acuerdos internacionales vigentes en materia de derechos de la persona. En caso de disparidad entre la reglamentación de los derechos reconocidos en la Constitución, y aquella existente en los acuerdos internacionales se otorga prioridad a esta última, cuando la tutela conferida sea más amplia y favorable (voto 1329-97 de la Sala Constitucional).

<sup>54</sup> Cfr. Caballero, G. y Anzola, M., *Teoría constitucional*, Bogotá, 1999; Rey, E., *Introducción al derecho procesal constitucional. controles de constitucionalidad y legalidad*, Cali, 1994.

La regimentación de estas instituciones se caracteriza por la amplitud de la legitimación activa y por la informalidad y simplicidad del procedimiento. Por cuanto concierne a la legitimación, el recurso puede ser presentado por cualquier persona (incluidos los extranjeros), tanto por quien no ha sido directamente lesionado en el ejercicio de un derecho fundamental como por un tercero. Tan sólo quedan excluidos del recurso de amparo los actos jurisdiccionales del Poder Judicial, las determinaciones en materia de resultados electorales del tribunal supremo de elecciones, así como los actos administrativos ejecutivos de decisiones jurisdiccionales y las acciones u omisiones que legítimamente hayan sido consentidas por el interesado.

El recurso puede presentarse sin formalidad alguna: la finalidad es la de favorecer la efectividad de los derechos constitucionales y acercar con confianza la justicia constitucional a los ciudadanos. No resulta necesaria la presencia de abogado ni la autenticación de la firma; tampoco se requiere indicar el párrafo constitucional. El único elemento disuasorio previsto por el ordenamiento jurídico se dirige contra los recursos temerarios y consiste en la posibilidad que tiene la Sala Constitucional de condenar al recurrente al pago de una multa en caso de decisión desfavorable.<sup>55</sup>

El Salvador fue —lo hizo tras México— el segundo Estado de América Latina en reconocer en su ordenamiento la institución del amparo, introducido en el artículo 37 de la Constitución de 1886. Inicialmente, la competencia pertenecía a la Suprema Corte de Justicia y a los tribunales de segunda instancia.

El artículo 174 de la Constitución vigente ha asignado, sin embargo, dicha competencia a la sala constitucional de la Corte Suprema de Justicia, que en particular, decide sobre los recursos de amparo, contra las violaciones de derechos constitucionales; sobre los recursos de *habeas corpus* o exhibición personal, a la tutela de la libertad personal y de la dignidad e integridad física, psíquica y moral de los detenidos; sobre los

<sup>55</sup> Cfr. Miguel Villalobos, J., “El recurso de amparo en Costa Rica”, *Acciones constitucionales de amparo y protección: realidad y prospectiva en Chile y América latina*, Talca, 2000, pp. 215 y ss.; Hernández Valle, R., “La jurisdicción constitucional en Costa Rica”, en *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, cit., nota 28, 502 y ss.; id., *Las libertades públicas en Costa Rica*, San José, 1990; Piza Escalante, R., “La justicia constitucional en Costa Rica”, *Primera Conferencia de Tribunales Constitucionales de Iberoamérica, Portugal y España*, Lisboa, 1995.

procesos de “suspensión, pérdida y rehabilitación de los derechos de ciudadanía”, activados por los ciudadanos que pueden ser privados de derechos políticos.

En particular, la sala constitucional tiene competencia exclusiva en materia de recursos de amparo, mientras tiene competencia de revisión contra las decisiones, en materia de *habeas corpus* y de exhibición personal pronunciadas por los tribunales de segunda instancia que no tengan sede en la capital. Con el fin de evitar posibles interferencias con la jurisdicción ordinaria —y también por consideración al hecho de que el sistema es mixto por cuanto prevé tanto el control constitucional concentrado cuanto el difuso— la normativa excluye que los recursos de amparo puedan ser presentados contra sentencias definitivas en materia penal o por cuestiones de mera legalidad.

En los procesos de amparo para la tutela de derechos políticos los recursos deben presentarse por las personas lesionadas; en el resto de supuestos, interpuestos para la tutela de la libertad y de la dignidad de la persona, la legitimación activa compete a cualquier persona que actúe en favor de quien está sufriendo una limitación arbitraria de la libertad personal.<sup>56</sup>

Conforme al artículo 272 de la Constitución de Guatemala, la Corte Constitucional posee numerosas competencias, entre las cuales se incluyen aquellas en materia de tutela directa de los derechos fundamentales, tanto constitucionales cuanto reconocidos por acuerdos internacionales ratificados. La competencia es doble: exclusiva, en el caso de los recursos presentados contra el Congreso, la Corte Suprema, el presidente y el vicepresidente de la República; no obstante, en el resto de casos, funciona como juez de segunda instancia.

El amparo puede ser presentado contra cualquier acto susceptible de lesionar un derecho fundamental de la persona: se excluyen las sentencias, pero se incluyen las leyes, siempre que agredan, en modo concreto, un derecho fundamental. Puede ser preventivo —presentado contra una “amenaza” de violación— así como reparador —cuando la lesión ya se ha producido—. Además, el procedimiento de amparo no puede ser activado de oficio, sino sólo a instancia de parte; debe tratarse de una medi-

<sup>56</sup> Véase Anaya Barraza, S., “La jurisdicción constitucional en El Salvador”, en *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica, cit.*, nota 28, pp. 591 y ss.; *id.*, *La detención provisional y el proceso de habeas corpus, ensayos doctrinarios. Nuevo Código Procesal Penal*, San Salvador, 1998.

da definitiva frente a la cual no exista ningún otro remedio procesal con el que tutelar el derecho lesionado.<sup>57</sup>

Nicaragua posee un sistema de justicia constitucional de tipo mixto, que también se manifiesta en el caso de los recursos para la tutela directa de los derechos fundamentales. De hecho, mientras los recursos de *habeas corpus* o de exhibición personal se deciden por los jueces ordinarios, y la sala constitucional de la Corte Suprema actúa sólo como juez de apelación; los recursos de amparo, por el contrario, son impugnables ante la sala constitucional, a excepción de los recursos contra actos jurisdiccionales (artículo 164 constitucional).<sup>58</sup>

Por último, merece especial atención el sistema peruano, por consideración de la reciente aprobación de un Código de Derecho Procesal Constitucional.<sup>59</sup>

Según la Constitución, el control de legitimidad constitucional es de tipo mixto, repartiéndose entre los jueces ordinarios y el Tribunal Constitucional. Los primeros tienen competencia exclusiva ante las acciones populares; el Tribunal Constitucional, por su parte, posee una jurisdicción exclusiva en caso de acción de inconstitucionalidad y en el de los conflictos entre poderes.

Por el contrario, en el caso de los procedimientos de *habeas corpus*, amparo, *habeas data* y acción de cumplimiento la competencia se reparte entre los jueces (que deciden en primera instancia) y los tribunales constitucionales (que deciden en apelación).<sup>60</sup>

No obstante, el reciente Código Procesal Constitucional ha modificado la naturaleza y la disciplina de los recursos dirigidos a la tutela de los derechos fundamentales en el sentido de que el acceso al Tribunal Con-

<sup>57</sup> Cfr. García Laguardia, J., *La Corte de Constitucionalidad de Guatemala*, México, 1994; Pinto Acevedo M., *Jurisdicción constitucional*, Guatemala, 1995.

<sup>58</sup> Véanse, Cuadra, F., "Breve análisis de la justicia constitucional en Nicaragua en el periodo histórico comprendido entre 1939 y 1992", *La justicia constitucional: una promesa de la democracia*, San José, 1992, 177 y ss.; Cuarezma Terán, S. y Moreno Castillo, M., "Nicaragua", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, 1997, 255 y ss.; Pérez Tremps, P., "La justicia constitucional en Nicaragua", *Revista de Estudios Políticos*, 1999, pp. 9 y ss.

<sup>59</sup> Véase varios autores, *Derecho procesal constitucional peruano*, Lima, 2005.

<sup>60</sup> Cfr. Blume, E., *El control de constitucionalidad*, Lima, 1996; Borea Odria, A., *Evolución de las garantías constitucionales*, Lima, 1996; García Belaunde, D., *Derecho procesal constitucional*, 2002; Espinosa-Saldaña Barrera, E. (ed.), *Derechos fundamentales y derecho procesal constitucional*, Lima, 2005.

titucional no es en todos los casos posible, sino sólo cuando no estén expeditas “vías procedimentales específicas igualmente satisfactorias”. La doctrina ha hablado a propósito de ello de amparo residual.

La *ratio* de la nueva disciplina procesal se detecta en la intención de mejorar y hacer más funcional la actividad del Tribunal Constitucional; sin embargo, no pueden dejar de mencionarse los riesgos de una posible reducción de las garantías sustanciales de la persona, desde el momento en que no se precisen los supuestos igualmente satisfactorios, alternativos al amparo constitucional.<sup>61</sup>

<sup>61</sup> Véase Espinosa-Saldaña Barrera, E. (ed.), *op. cit.*, nota anterior.

## LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES FRENTE A PARTICULARES

Diego VALADÉS\*

SUMARIO: I. *Consideraciones preliminares.* II. *Un proyecto de reformas.* III. *Algunos antecedentes europeos.* IV. *Algunos antecedentes asiáticos.* V. *Algunos antecedentes africanos.* VI. *Algunos antecedentes americanos.* VII. *Consideraciones finales.*

### I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Las últimas décadas del siglo XX correspondieron a un paulatino desmantelamiento del tamaño del Estado. Este fue un fenómeno generalizado en el mundo. La tesis del Estado pequeño no es nueva, pero su implantación y efectos sí lo son.<sup>1</sup> De manera paralela a ese “empequeñecimiento” del

\* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

<sup>1</sup> En 1767 P. S. du Pont de Nemours publicó los trabajos de Quesnay bajo el título *La Physiocratie; ou, constitution naturelle du gouvernement le plus avantageux au genre humain*, reduciendo la actividad del Estado a la protección de la vida y de la propiedad, a la realización de obras públicas y al desarrollo de la educación; en 1884 Herbert Spencer, *The Man versus the State*, formuló un sólido argumento individualista contra el Estado, considerándolo un obstáculo para la industria de los particulares; en 1931 Antonio Zozaya, *La sociedad contra el Estado*, planteó el problema de la inmoralidad del Estado; en 1974 Robert Nozick, *Anarchy, State an Utopia*, postuló la necesidad del “Estado mínimo”; en 1979 Friedrich A. Hayek, *Law, legislation and liberty*, aportó una amplia gama de consideraciones en contra del Estado intervencionista; en 1985 James M. Buchanan y Geoffrey Brennan, *The reason of rules. Constitutional political economy*, subrayaron que existe “una vuelta al escepticismo sobre la política y el gobierno que caracterizaron al siglo XVIII que hará que nuestra atención se concentre sobre las reglas y limitaciones de los gobiernos”; en 1987 Michel Crozier, *Etat modest, Etat moderne. Stratégies pour un autre changement*, abogó por un “Estado modesto, respetuoso de los ciudadanos al servicio de los cuales acepta actuar”; y en 1993 Richard A. Epstein, *Bargaining with*



Estado, se produce su correlato: el fortalecimiento del *Estado intangible*, entendido como un conjunto informal integrado por entes de derecho privado que ejercen funciones de naturaleza pública.<sup>2</sup> Además, el poder de las personas físicas y de las corporaciones se deja sentir en cuanto a las relaciones con los particulares que se encuentran en situación de desventaja. El Estado representó una amenaza real para la libertad y la autonomía de las personas; pero hoy los individuos se encuentran expuestos a una doble acechanza: la que procede del Estado y la que resulta de personas físicas o morales. El poder de éstas se ha dilatado casi en la proporción en que las potestades públicas han disminuido.

A manera de ejemplo, en diferentes países y en distintos momentos se han planteado ante los tribunales casos como los siguientes: sujetar la contratación de trabajadores a su renuncia expresa al derecho de sindicación; exclusión de la prestación de servicios (alojamiento, alimentación, educación, deporte y esparcimiento) o de la participación en actividades (religiosas, políticas, sociales), por razones de raza, sexo, apariencia u otros motivos que entrañan discriminación; obligar a las mujeres a mantenerse célibes o infecundas, como condición para conservar un empleo; disponer de la imagen y limitar la libertad de trabajo de personas que se dedican a actividades artísticas y deportivas.

En materia laboral han venido en aumento las acciones de acoso en perjuicio de los trabajadores a las que se conoce con la expresión inglesa *mobbing*.<sup>3</sup> En el ámbito escolar esta actitud intimidante suele denomi-

*the government*, desarrolló con amplitud los términos de la relación entre el poder y los individuos, sobre la base de la autonomía individual como contrapunto del poder estatal.

<sup>2</sup> A manera de ejemplo pueden mencionarse los reclusorios administrados por particulares y las fuerzas policiales privadas que además de prestar servicios a otros particulares también son contratadas por los Estados para realizar tareas de vigilancia y de represión. Por otra parte, el mecanismo conocido como *outsourcing* ha llevado a que se considere a los contratistas de los gobiernos como un cuarto órgano del poder. El problema es de tal magnitud que ya se plantean las dificultades crecientes de la administración pública formal para supervisar el cumplimiento de los contratos por parte de lo que tiende a convertirse en una administración pública informal. El fenómeno implica una contradicción esencial: la *administración privada de la administración pública*, y la *gestión privada de los servicios públicos*. Véase Verkuil, Paul R., *Outsourcing sovereignty*, N. York, Cambridge University Press, 2007, pp. 3 y ss.

<sup>3</sup> El primer registro de esta voz aparece en 1803, y tiene como etimología *mob*, equivalente a “populacho”, “asamblea promiscua”, “multitud informe”, “grupo {gang} de maleantes”.

narse *bullying*.<sup>4</sup> En ambos casos los acosadores no siempre incurren en conductas tipificadas como delito ni violentan las normas que rigen las relaciones de trabajo o las actividades académicas. En general la ridiculización, el hostigamiento, la afectación de la autoestima o la exclusión de una persona para hacerla sentir ajena a un grupo puede no constituir una conducta sancionable conforme a la normativa administrativa, civil, laboral o penal, pero aun así se traduce en situaciones que afectan la estabilidad emocional, la capacidad de trabajo, la integración social o la dignidad de la víctima. Estas formas de acoso constituyen una *acción sistemática encaminada a devaluar, inhibir o desprestigiar a una persona o a un grupo de personas para afectar su imagen, reducir sus potencialidades o excluirla del contexto*, y son susceptibles de producirse en los ámbitos laboral, escolar, familiar, burocrático, social o gremial, para sólo mencionar algunos casos.

De manera paulatina se va generalizando entre los jueces la certidumbre de que los derechos fundamentales, por lo general expuestos a ser afectados por el poder arbitrario del Estado, también lo están ante la acción no controlada de los particulares. En este estudio se presentarán diversos ejemplos para ilustrar esa tendencia.

## II. UN PROYECTO DE REFORMAS

En 2001 la Suprema Corte de Justicia de México encargó la elaboración de un proyecto de reformas constitucionales en materia de amparo y de una nueva ley de la materia. El proyecto, que fue suscrito por la Corte, propuso cambios de gran calado.<sup>5</sup> En cuanto al concepto de autoridad responsable se consideró necesario el siguiente cambio constitucional:

<sup>4</sup> Los registros son coincidentes (1802). En este caso la etimología es oscura, pero la voz se asocia con “rufián a sueldo” {mercenario}, “protector de prostitutas”] “intimidación”.

<sup>5</sup> La propuesta ha permanecido desde entonces en los archivos del Congreso mexicano.

<i>Texto vigente</i>	<i>Texto propuesto</i>
<p>Artículo 103. Los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:</p> <p>I. Por leyes o <i>actos de la autoridad</i> que viole las garantías individuales;</p> <p>II. Por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados o la esfera de competencia del Distrito Federal, y</p> <p>III. Por leyes o actos de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal.</p>	<p>Artículo 103. Los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite por normas generales o <i>actos de autoridad</i> que violen las garantías que consagra esta Constitución o los derechos humanos que protegen los instrumentos internacionales generales en la materia que estén de acuerdo con la propia Constitución, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado.<sup>a</sup></p>

<sup>a</sup> Un proyecto previo, de 2000 decía: “Los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite por normas generales o actos de autoridad que violen las garantías que consagra esta Constitución o los derechos humanos que protegen los tratados internacionales generales en la materia”.

El proyecto, con una sutil supresión del artículo determinado “la”, aplicado a los actos con relación a los cuales se protege a las personas, propicia un giro en el sistema de protección de los derechos fundamentales. La estructura actual del artículo 103 está referida a la autoridad pública, pues la fracción primera alude a “leyes o actos de la autoridad”, donde la preposición disyuntiva “o” no permite dudar que se alude de un órgano del poder, lo que se reafirma en las dos siguientes fracciones.

El cambio propuesto prelude un nuevo concepto de autoridad responsable en la Ley de Amparo:

<i>Precepto vigente</i>	<i>Precepto propuesto</i>
Artículo 11. Es autoridad responsable la que dicta, promulga, publica, ordena, ejecuta o trata de ejecutar la ley o el acto reclamado.	Artículo 4°. Son parte en el juicio de amparo: I. II. <i>La autoridad responsable, teniendo tal carácter, con independencia de su naturaleza formal</i> , la que dicta, ordena, ejecuta o trata de ejecutar el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas <i>en forma unilateral y obligatoria</i> ; u omite el acto que de realizarse crearía, modificaría o extinguiría dichas situaciones jurídicas. <sup>b</sup>

<sup>b</sup> El proyecto de 2000 decía: “Artículo 4°. Son parte en el juicio de amparo: II. La autoridad responsable, teniendo tal carácter la que dicta, ordena, ejecuta o trata de ejecutar u omite el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria;”

El propuesto es un concepto nuevo, como subraya uno de sus autores, el profesor Héctor Fix-Zamudio.<sup>6</sup> Para este distinguido tratadista, además, debería hablarse, con mayor propiedad, de “autoridad demandada”, pues la responsabilidad sólo se determina con la sentencia.<sup>7</sup> Desde 1984 había argumentado acerca de la necesidad de modificar el concepto de autoridad:

Se sigue utilizando, al menos en la legislación y la jurisprudencia de nuestro país, un concepto superado de autoridad, como los entes, organismos y funcionarios públicos que de manera directa disponen de los medios coercitivos para imponer sus determinaciones a los gobernados y, en forma más simple, a los órganos directos del Estado, en especial de la administración.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> Los otros distinguidos integrantes de la comisión designada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación para formular el proyecto fueron: Humberto Román Palacios, quien la presidió, Juan N. Silva Meza, José Ramón Cossío Díaz, César Esquinca Muñoz, Javier Quijano Baz, Manuel Ernesto Saloma Vera y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

<sup>7</sup> “Presentación”, en Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, México, UNAM, 2002, p. xii.

<sup>8</sup> Fix-Zamudio, Héctor, “La defensa jurídica de los particulares frente a los organismos paraestatales”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, México, UNAM, enero-junio de 1984, Nos. 133-135, p. 136. Por lo demás, el maestro Fix-Zamudio ha abundado sobre

Este punto de vista también es sostenido en la exposición de motivos del proyecto de 2001, donde se señala:

El derecho administrativo moderno presenta múltiples casos en los que organismos descentralizados e inclusive personas particulares, realizan funciones que originariamente prestaba el Estado y que en su actividad pueden afectar la esfera jurídica de los particulares”. Con ese motivo, se explica que el proyecto “propone un concepto abierto que permita su actualización a través de la interpretación jurisdiccional.<sup>9</sup>

### III. ALGUNOS ANTECEDENTES EUROPEOS

#### 1. Alemania

En 1958 el Tribunal Constitucional resolvió el caso *Lüth-Urteil*. El presidente del Club de Prensa de Hamburgo, Eric Lüth, exhortó al público alemán a “boicotear” una película del cineasta Veit Harlan, a quien acusaba por su pasado nazi.<sup>10</sup> Demandado por la vía civil, Lüth fue encontrado culpable de daño en perjuicio de Harlan. Al conocer el asunto, mediante un recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), el Tribunal examinó dos tesis contrapuestas: la que sustenta que los derechos fundamentales sólo se ejercen ante el Estado, y la que sostiene que también están presentes en las relaciones de derecho privado.<sup>11</sup> Las consideraciones

este tema. Véase, por ejemplo, “Hacia una nueva ley de amparo”, en *Estudios en homenaje a don Manuel Gutiérrez de Velasco*, México, UNAM, 2000, esp. pp. 327, donde alude al anticuado concepto de autoridad que recoge la ley vigente, y 332, con relación a la protección de los derechos humanos respecto de grupos sociales en situación de dominio.

<sup>9</sup> *Proyecto de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de la Ley de Amparo reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, SCJN, México, 2001, p. 35. Sobre este tema puede verse Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, México, UNAM, 2002, pp. 65 y ss.

<sup>10</sup> Harlan dirigió numerosas películas de propaganda nazi, entre ellas la muy criticada *Jud Suss*, filmada en 1940, de fuerte contenido antisemita.

<sup>11</sup> El Tribunal del Trabajo venía sosteniendo, desde algunos años antes, que los derechos fundamentales también son exigibles en la relación entre particulares. Véase García Torres, Jesús y Jiménez-Blanco, Antonio, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Madrid, Civitas, 1986, pp. 26 y ss.

formuladas por el Tribunal son de gran importancia, como se aprecia en estos párrafos:<sup>12</sup>

La cuestión fundamental de si las normas de derechos fundamentales tienen efectos sobre el derecho civil y cómo se debe entender ese efecto en particular, es discutible... Las posiciones más extremas en esta discusión se basan de una parte en la tesis de que los derechos fundamentales se dirigen exclusivamente en contra del Estado, y de la otra, en la idea de que los derechos fundamentales, o algunos, y en todo caso los más importantes, son válidos en las relaciones privadas frente a cualquier persona...

Sin duda los derechos fundamentales se encuentran destinados a asegurar ante todo la esfera de libertad de los individuos frente a las intervenciones de los poderes públicos; son derechos de defensa de los ciudadanos en contra del Estado...

Igualmente es cierto que la Ley Fundamental, que *no tiene el carácter de un ordenamiento de valores neutral*, en su capítulo sobre derechos fundamentales, ha incluido también un orden de valores objetivo que implica, en principio, un fortalecimiento de los derechos fundamentales. Este *sistema de valores*, que encuentra su punto medio al interior de la comunidad social, en el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad del ser humano, *como decisión constitucional fundamental, debe ser válido para todas las esferas del derecho...*

La expresión de una opinión, entendida así, en su puro efecto espiritual, es como tal, libre; pero cuando a través de ella se perjudica un bien jurídico, protegido legalmente, de un tercero, cuya protección prevalece sobre la libertad de opinión, entonces no se podrá permitir esa intervención por el hecho de que se dé a través de la expresión de una opinión. Se requiere, por consiguiente, una “ponderación de los bienes jurídicos”. *El derecho a expresar opiniones debe ceder frente a los intereses de superior rango de un tercero, y que pueden resultar violados con el ejercicio de la libertad de opinión.*

A raíz de esa sentencia, que se mantuvo en los límites de la prudencia, se discutió hasta qué punto los particulares pueden afectar los derechos fundamentales de otras personas, y cómo remediar esa situación en el caso de corroborar que se haya producido. Una tendencia se inclinó en sentido adverso a la *Drittwirkung* (efecto frente a terceros de los derechos

<sup>12</sup> Textos tomados de Schwabe, Jürgen, *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional federal alemán*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez – Fundación Konrad Adenauer, 2003, pp. 133 y ss.

fundamentales), aduciendo que con ella se produce la “disolución” de la Constitución<sup>13</sup>, mientras que otro sector de la doctrina alemana sustentaba que la afectación de derechos fundamentales por parte de particulares era atribuible, en última instancia, al Estado, por no haber prevenido esa posibilidad; por ende la defensa de los derechos ante otros particulares es una forma indirecta de defensa ante el Estado por su imprevisión o por su incapacidad para evitar el daño.<sup>14</sup>

## 2. España

En 1981, con motivo de un amparo<sup>15</sup> relacionado con la libertad de cátedra, Francisco Tomás y Valiente formuló un voto particular en el que dejaba ver una clara semejanza con la tesis alemana de la *Drittwirkung*. A su voto se adhirieron los magistrados Ángel Latorre Segura, Manuel Díez de Velasco y Plácido Fernández Viagas. Se afirmaba:

En ocasiones, el miembro de la comunidad escolar que considere violado alguno de sus derechos fundamentales o libertades públicas en materia educativa *cuando se trate de centros privados*, podrá encontrar notables dificultades para que aquella presunta violación originada, por ejemplo, en un acto del titular o director del centro que obviamente no son poderes públicos, se plasme en un acto de los poderes públicos, contra el cual tendría ya abierto, previo agotamiento de la vía judicial precedente, el cauce de los recursos de amparo...

Un año más tarde se produjo un giro relevante. La sentencia del caso 2/1982<sup>16</sup> estableció:

*Ni la libertad de pensamiento ni el derecho de reunión y manifestación comprenden la posibilidad de ejercer sobre terceros una violencia moral de alcance intimidatorio, porque ello es contrario a bienes constitucio-*

<sup>13</sup> García Torres, *op. cit.*, p. 33. Por su parte Konrad Hesse, magistrado del Tribunal Constitucional entre 1975 y 1987, manifiesta que la jurisprudencia de ese Tribunal ha abierto ampliamente el derecho privado a la influencia del constitucional, pero con costes importantes. *Derecho constitucional y derecho privado*, Madrid, Civitas, 1995, p. 59.

<sup>14</sup> Cfr. Kommers, Donald P., *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Durham, Duke University, 1997, p. 368.

<sup>15</sup> Sentencia 5/1981, publicada el 24/02/1981, BOE 47.

<sup>16</sup> Publicada el 26/02/1982, BOE 49.

nalmente protegidos como la dignidad de la persona y su derecho a la integridad moral (arts. 10 y 15 de la C. E.) que han de respetar no sólo los poderes públicos, sino también los ciudadanos, de acuerdo con los artículos 9 y 10 de la norma fundamental. *Un límite de cada derecho es respetar el derecho de los demás*, y aunque esta delimitación de esferas pueda ser de difícil concreción en cada caso, tal dificultad no se presenta en el que es objeto de consideración.

En el caso 78/1982,<sup>17</sup> relacionado con el ejercicio de la libertad de sindicación, el Tribunal inició el fundamento de su sentencia diciendo:

Fundamentos jurídicos: 1. El primer punto que debemos abordar es el planteado por la empresa «Ford España, S. A.», en orden a determinar si la cuestión suscitada excede o no del ámbito del recurso, por entender que *el amparo no se solicita respecto de una resolución judicial sino frente a actos de un particular (antecedente séptimo); actos que —como tales— no son susceptibles de amparo*, dado que este recurso limita su ámbito a la protección de los ciudadanos frente a las violaciones de los derechos o libertades originados por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos, y no por actuaciones de los particulares. *La Sala no puede compartir la afirmación de que el recurso no se dirige contra una resolución de un poder público*. Basta leer la demanda, y su suplico, para poder afirmar que el objeto del recurso es la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 30 de enero de 1982, en cuanto revoca la de Magistratura y con ello infringe, a juicio del actor, el derecho de representación sindical. *Problema distinto, del que trataremos más adelante, es que al concretar su pretensión el actor solicite en alguna de sus peticiones (Antecedente 1) que el Tribunal haga declaraciones relativas a la nulidad de la actuación de la empresa, lo que como veremos sí puede exceder del ámbito del recurso de amparo*, tal y como aparece delimitado por el artículo 41 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

... para decidir el contenido del fallo hemos de tener en cuenta diversos extremos, como son los siguientes: En primer lugar, que el *objeto del recurso es la Sentencia impugnada por lo que hemos de decidir sobre su constitucionalidad, y no sobre la validez o nulidad de la actuación de la empresa como pretende el recurrente (antecedente 1, A)*...

<sup>17</sup> Publicada el 15 /01/1983, BOE 13.



En diferentes fallos se ha aludido ya en forma expresa a la *Dritt-wirkung*. Así ocurrió en el amparo 56/1995<sup>18</sup>, en el que se demandaba la vulneración de derechos fundamentales por parte de organizaciones políticas. Entre los antecedentes del fallo se dijo:

...alega el Ministerio Fiscal que, aunque las vulneraciones constitucionales alegadas fueron —en su caso— motivadas directamente por la Asamblea nacional del EAJ/PNV, su acceso al recurso de amparo se basa en la lesión indirecta de los derechos fundamentales causada por las resoluciones judiciales que no otorgaron la tutela debida a tales derechos. Este Tribunal —se recuerda— ha reconocido tal posibilidad en numerosas ocasiones, recogiendo lo que en la doctrina alemana se conoce con el nombre de *Dritt-wirkung* (por todas, SSTC 2/1982 y 18/1984).

Se ha consolidado el criterio adoptado por el Tribunal en cuanto a que “una decisión empresarial puede enmascarar una lesión de derechos fundamentales”.<sup>19</sup> Así lo muestra el amparo 92/2008. La evolución del Tribunal es muy clara en cuanto a la protección horizontal de los derechos fundamentales.

### 3. Portugal

La Constitución de 1976 desde su origen estableció (artículo 18-1) que: “Los preceptos constitucionales concernientes a los derechos, libertades y garantías son directamente aplicables y vinculan a las entidades públicas y privadas”.

Según J. J. Gomes Canotilho,<sup>20</sup> los criterios jurisprudenciales para la aplicación de esa norma todavía no se han perfilado con nitidez. Esta es una paradoja, en tanto que el Tribunal Constitucional portugués se ha mostrado más retraído que en los sistemas donde no existe disposición constitucional expresa sobre la materia. En el informe presentado por el Tribunal Constitucional portugués con motivo de la XIIª Conferencia de

<sup>18</sup> Publicada el 31/03/1995, BOE 77.

<sup>19</sup> La actora fue una mujer que alegó haber sido despedida por su estado de gravidez. El Tribunal reconoció su derecho a la tutela judicial en relación con su derecho a la no discriminación.

<sup>20</sup> *Direito Constitucional e teoria da Constituicao*, Coimbra, Almedina, 2003, p. 1292.

Tribunales Constitucionales Europeos,<sup>21</sup> se expresó que no podían ser objeto de control por parte del Tribunal “los actos jurídicos privados, como los contratos, los estatutos de las asociaciones privadas, las sociedades, las cooperativas y las fundaciones sujetas al derecho privado”.

#### 4. Reino Unido

En 1998 fue adoptada la ley de derechos humanos (*Human Rights Act*), en cuyo artículo 6 se define el concepto de autoridad pública, del que se excluye al Parlamento. De manera expresa se dispone que ese concepto no comprende actos de particulares “si la naturaleza del acto es privada”. Empero, esta Ley incorpora al ordenamiento británico el *Convenio para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales*, de 1950, cuyo artículo 17 introduce una importante prevención:

Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de que implique *para un Estado, grupo o individuo*, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendiente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo.

Para explicar el alcance de la norma británica, el ministerio de Asuntos Constitucionales ha publicado tres ediciones de una Guía de la Ley de Derechos Humanos de 1998. En 2006 fue publicada la tercera edición, con numerosas adiciones respecto de las anteriores. En esa edición se advierte que el artículo 17 transcrito “en ocasiones se ha entendido que tiene efectos horizontales”; y en el glosario asume una posición cautelosa pero que ya denota una tendencia. Ahí se dice que “el *principal* efecto de los derechos fundamentales es de orden vertical”, pero que la Ley británica debe también tener “algún efecto horizontal” (*some horizontal effect*) y por ende los derechos que aparecen en la convención europea “pueden ser invocados entre particulares”.<sup>22</sup>

<sup>21</sup> Bruselas, mayo de 2002. Ver página web del Tribunal Constitucional: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos020108.html>.

<sup>22</sup> *A Guide to the Human Rights Act 1998*, Londres, Department for Constitutional Affairs, 2006, pp. 8 y 37.

## 5. Unión Europea

Con fundamento en la convención de 1950 y con motivo de las aportaciones jurisprudenciales, en la Unión Europea se observa una clara tendencia en el sentido de extender los efectos de la protección de los derechos humanos ante particulares. La doctrina de la acción positiva del Estado, en el sentido de que el Estado está obligado a abstenerse de violar los derechos fundamentales y debe actuar para evitar que otros lo hagan, se ha venido abriendo paso en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos.

En el caso *Young, James y Webster v. U. K.*, (1981),<sup>23</sup> la Corte Europea resolvió:

De acuerdo con el artículo 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos, cada Estado contratante “debe asegurar a cada persona, dentro de su jurisdicción, los derechos y las libertades definidas en (...) la Convención”; por tanto, si la violación de uno de esos derechos y libertades es el resultado de la inobservancia de esa obligación en cuanto a la legislación doméstica, *existe responsabilidad para el Estado que consiente la violación*. A pesar de que la causa inmediata de los hechos que dan lugar a esta causa fueron los acuerdos entre la empresa *British Rail* y los sindicatos ferrocarrileros, fue la ley doméstica aplicable en el momento la que hizo legal el perjuicio que los demandantes sufrieron. La responsabilidad del Estado acusado por cualquier violación de lo dispuesto por la Convención se deriva de esa circunstancia.

Años después, en el caso *X y Y v. Netherlands*,<sup>24</sup> resuelto en 1985, la Corte resolvió en estos términos:

La Corte ratifica que, no obstante que el propósito del artículo 8 (de la Convención Europea de Derechos Humanos) es esencialmente la protec-

<sup>23</sup> El asunto planteado consistía en que un grupo de trabajadores denunció, como violatoria de sus derechos, la cláusula de exclusión (*closed shop*) pactada entre el sindicato y la empresa; conforme a esa cláusula todos los trabajadores deberían afiliarse al sindicato contratante.

<sup>24</sup> Número 16/1983/72/110. El señor X denunció que su hija, Y, menor de edad internada en una clínica particular para personas con retraso mental, había sido violada por el hijo, mayor de edad, de la responsable de la institución. Las autoridades se negaron a iniciar el procedimiento penal alegando que Y carecía de facultades mentales para formular una acusación.

ción de los individuos contra la acción arbitraria de las autoridades públicas, eso no significa que el Estado sólo se abstenga de actuar en esa forma; además de su obligación negativa, también hay obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de las personas y de las familias. Esa obligación incluye la adopción de medidas destinadas a *asegurar el respeto de la vida privada incluso en la esfera de relaciones entre particulares*.

En 1988 se resolvió el caso Plattform “Ärzte für das Leben” vs. Austria,<sup>25</sup> y se tomó una posición más avanzada todavía, pues se sostuvo que el Estado no debía adoptar una actitud pasiva ante hechos violatorios de los derechos fundamentales:

Una manifestación puede afectar u ofender a personas con ideas opuestas a las sustentadas por los manifestantes. Los participantes, sin embargo, deben contar con la seguridad de poderse manifestar sin el temor de ser objeto de violencia física por parte de sus oponentes, porque ese temor inhibiría a las organizaciones de expresar libremente sus opiniones sobre cuestiones altamente controvertidas que afecten a la comunidad. En una democracia el derecho a las contra-manifestaciones no puede permitirse hasta el extremo de inhibir el derecho de los manifestantes originales. *La genuina y efectiva libertad de manifestación no se reduce al deber del Estado de no interferir*; una concepción estrictamente negativa no es compatible con los propósitos del artículo 11 (de la Convención Europea de Derechos Humanos). Igual que el artículo 8, el 11 requiere en ocasiones de medidas positivas, incluso en la esfera de las relaciones entre particulares.

La Corte se apartó del criterio relativo a la responsabilidad de los particulares, en el caso *Gustafsson v. Sweden*.<sup>26</sup> El juez P. Jambrek, sin embargo, formuló un voto disidente en estos términos:

Mi posición difiere en cuanto a la interpretación y a la aplicación del artículo 11 (de la Convención Europea de Derechos Humanos), a la luz de la doctrina de la *Drittwirkung*. Desde mi punto de vista, la acción de los

<sup>25</sup> Número de causa 5/1987/128/179. La organización Plattform “Ärzte für das Leben” era una asociación de médicos antiabortistas, que organizó manifestaciones en 1980 y 1982; en ambos casos sufrieron ataques por parte de otros grupos, partidarios del aborto, ante la presencia pasiva de grandes contingentes policiales

<sup>26</sup> Número 18/1995/524/610. Se trató de un conflicto entre el propietario de un restaurante y una organización de restauranteros que, por no estar afiliado, pretendió boicotarlo para obligarlo a incorporarse al grupo.

industriales que dio lugar a la queja del demandante debe estar sujeta a las mismas restricciones que se aplican al Estado. El Estado responsable (Holanda) estaba en la obligación positiva de tomar medidas que aseguraran el disfrute de la libertad de asociación.

#### IV. ALGUNOS ANTECEDENTES ASIÁTICOS

En Japón ha habido una importante tendencia en el sentido de adoptar los principios de la *Drittwirkung*. La influencia francesa y alemana en la legislación civil ha sido una constante en ese país desde finales del siglo XIX. El Código Civil se abre con una categórica declaración (artículo 1-I) en el sentido de que los derechos privados están sujetos al principio del bienestar público, y el artículo 90 dispone la nulidad de los contratos contrarios al interés público.

Esos preceptos han sido invocados ante los tribunales para defender los derechos fundamentales frente a particulares, y se ha encontrado una gran receptividad por parte de los juzgadores. A partir de 1993 se registran casos en los que diversos tratados internacionales en materia de derechos humanos han dado lugar a demandas en contra de particulares a quienes se han atribuido actos contrarios a esos derechos.<sup>27</sup> En el primer caso, en 1993, la Corte de Distrito de Osaka resolvió en favor de un coreano a quien se negó el arrendamiento de un departamento a causa de su nacionalidad.

En otro asunto una trabajadora invocó las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo para evitar que la empresa donde trabajaba le aplicara en forma unilateral la decisión de jubilarla. En esta ocasión el tribunal falló en contra de la actora, pero sobre la base de que las “recomendaciones” no son una norma internacional. Un tercer caso se presentó en contra de la empresa Nissan, a la que se acusó, con éxito, por practicar una política discriminatoria en perjuicio de las mujeres, a las que obligaba a retirarse a los cincuenta y cinco años de edad, mientras que para los hombres fijó en sesenta la edad de retiro.

<sup>27</sup> Iwasawa, Yuji, *International law, human rights and Japanese law*, Oxford, Clarendon Press, 1998, pp. 89 y ss.

## V. ALGUNOS ANTECEDENTES AFRICANOS

El Protocolo para el establecimiento de la Corte Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos preveía que la integración de ese alto tribunal se llevara a cabo en 2004. Al no instalarse como estaba previsto, en 2005 la Comisión Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos exhortó a los Estados de ese continente para que aceleraran los trámites de designación, determinación de sede y adjudicación de recursos para que esa Corte pudiera operar, aunque sin resultados todavía en 2010.

Cuando ese órgano jurisdiccional funcione, será importante ver el sentido que le asigne a la Carta africana. Esa Carta dedica el capítulo II a los deberes correlativos de los derechos humanos y de los pueblos. Conforme al artículo 27 cada africano está obligado a respetar que los derechos y libertades se ejerzan “con la debida consideración a los derechos de los demás, a la seguridad colectiva, a la moralidad y al interés común”. El deber que este precepto impone a todas las personas en cuanto al respeto por los derechos fundamentales ajenos, abre una amplia oportunidad para hacer valer la protección horizontal de esos derechos.

## VI. ALGUNOS ANTECEDENTES AMERICANOS

El eminente jurista Héctor Fix-Zamudio advierte que la protección de los derechos fundamentales frente a particulares se ha extendido en numerosos países latinoamericanos,<sup>28</sup> a través de la norma constitucional o de la ley ordinaria. Se trata, por ende, de una tendencia muy consistente que apunta en el sentido de seguirse desarrollando.

### 1. *Argentina*

En 1958 la Corte Suprema de la Nación resolvió el caso Kot. Este caso tenía como origen un conflicto laboral entre la empresa Samuel Kot S. R. L. y su sindicato. Los trabajadores tomaron las instalaciones de la empresa, pero permitían el acceso a los patrones. Cuando el asunto fue

<sup>28</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, México, UNAM-Porrúa, 2003, pp. 786 y ss.

sometido al conocimiento de la Corte, la mayoría de sus integrantes razonó así:<sup>29</sup>

Es verosímil presumir que en el ánimo de los constituyentes de 1853, las garantías constitucionales tuvieron como inmediata finalidad la protección de los derechos esenciales del individuo contra los excesos de la autoridad pública.<sup>30</sup> *En el tiempo en que la Constitución fue dictada, frente al individuo solo e inerme no había otra amenaza verosímil e inminente que la del Estado.*

Nada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los llamados “derechos humanos” esté circunscrita a los ataques que provengan sólo de la autoridad. Nada hay, tampoco, que autorice la afirmación de que el ataque ilegítimo, grave y manifiesto contra cualquiera de los derechos que integran la libertad, *lato sensu*, carezca de la protección constitucional adecuada... *por la sola circunstancia de que ese ataque emane de otros particulares o de grupos organizados de individuos.*

Además de los individuos humanos y del Estado, hay ahora una tercera categoría de sujetos, con o sin personalidad jurídica, que sólo raramente conocieron los siglos anteriores: *los consorcios, los sindicatos, las asociaciones profesionales, las grandes empresas, que acumulan casi siempre un enorme poderío material o económico...* Estos entes colectivos *representan una fuente de amenazas para el individuo y sus derechos esenciales...*

Poco antes del caso Kot, en la Convención Constituyente Nacional, reunida en Santa Fé (1957), se propuso adicionar el artículo 18 de la Constitución, en los siguientes términos:

Toda persona podrá obtener el amparo de sus derechos individuales consagrados en esta Constitución promoviendo por sí o por conducto de un tercero,... acción de amparo. Los jueces tienen obligación ineludible de prestar inmediatamente ese amparo en sus respectivas jurisdicciones contra toda privación o amenaza de la libertad contraria a esta Constitución, ya provenga de actos o de omisión de autoridad o de particulares.

<sup>29</sup> Textos tomados de Lazzarini, José Luis, *El juicio de amparo*, Buenos Aires, La Ley, 1987, pp. 26 y ss.

<sup>30</sup> El artículo 33 de aquella Constitución decía: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía y de la forma republicana de gobierno”.

Aun cuando esa reforma no fue adoptada, tuvo un claro impacto en la legislación ordinaria y en los textos constitucionales federal y provinciales posteriores.<sup>31</sup> El Código Procesal Civil y Comercial de 1967,

<sup>31</sup> Entre las constituciones provinciales, previas a la nacional, que incorporaron el amparo contra particulares, figuran la de Salta (1986), en cuyo artículo 87 se dispone: “La acción de amparo procede frente a cualquier decisión, acto u omisión arbitrarios o ilegales de la autoridad, excepto la judicial, o de particulares, restrictivos o negatorios de las garantías y derechos subjetivos explícitos o implícitos de esta Constitución, tanto en el caso de una amenaza inminente cuanto en el de una lesión consumada, a los fines del cese de la amenaza o del efecto consumado. (...) El juez de amparo escucha a la autoridad o particular de quien provenga la amenaza o la restricción en un plazo breve y perentorio, pudiendo habilitar al efecto horas y días inhábiles”.

La Constitución de San Juan (1986) establece en su artículo 40: “Procede la acción de amparo contra todo acto u omisión de autoridad, órganos o agentes públicos, de grupo organizado de personas y de particulares que, en forma actual o inminente, lesione o restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta algún derecho individual o colectivo o garantía explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional o Provincial, siempre que fuera necesaria la reparación urgente del perjuicio, la cesación inmediata de los efectos del acto o la prohibición de realizar un acto ilegal y la cuestión por su naturaleza, no deba sustanciarse por alguno de los procesos establecidos por la ley o no resultare eficaz hacerlo”.

La de La Rioja (1986), señala en su artículo 28 que el amparo: “Procederá la acción de amparo contra cualquier decisión, acto u omisión de autoridad o de particulares que, con manifiesta ilegalidad o arbitrariedad, pusiere en peligro actual o inminente, restringiere, limitare o amenazare el ejercicio de los derechos reconocidos en esta Constitución o en la Constitución Nacional, a fin de que el Juez arbitre los medios para el inmediato restablecimiento del ejercicio del derecho afectado. Esta acción procederá siempre que no pudieren utilizarse por razones de urgencia los medios ordinarios sin daño grave e irreparable y no procediese el recurso de Hábeas Corpus”.

A su vez la de Tierra de Fuego (1991), dispone en el artículo 43 que: “Siempre que en forma actual o inminente se restrinjan, alteren, amenacen o lesionen, con arbitrariedad o ilegalidad manifiestas, derechos o garantías reconocidos en la Constitución Nacional y en esta Constitución, y no exista otra vía pronta y eficaz para evitar un grave daño, la persona afectada podrá pedir el amparo a los jueces en la forma sumarísima que determine la ley”. En este caso no se hace referencia expresa a los particulares, pero el contenido del precepto es lo suficientemente amplio para incluir a los particulares.

En cuanto a las constituciones posteriores a la nacional, la de Córdoba (2001), siguió la pauta de Tierra de Fuego al disponer, en el artículo 48: “Siempre que en forma actual o inminente se restrinjan, alteren, amenacen o lesionen, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos o garantías reconocidos por esta Constitución o por la Constitución Nacional, y no exista por otra vía pronta y eficaz para evitar un grave daño, la persona afectada puede pedir el amparo a los jueces en la forma que determine la ley”. Otro tanto hizo la de Santa Cruz (1998), cuyo artículo 15 señala: “Los Jueces prestarán amparo a todo derecho reconocido por la Constitución Nacional y ésta, y si no hubiera reglamentación o procedimiento legal, arbitrará a ese efecto trámites breves”.

Otras constituciones siguen el ejemplo de la nacional. La Constitución de la Provincia de Buenos Aires, en su artículo 20.2 establece: “La garantía de Amparo podrá ser ejer-



por ejemplo, introdujo el amparo contra actos de particulares. Por la naturaleza federal de esta norma, se produjeron numerosos problemas en cuanto a su aplicación;<sup>32</sup> la referencia en este caso es sólo para ilustrar el efecto expansivo que tuvo la jurisprudencia con relación a la ley.

## 2. Colombia

El artículo 86 de la Constitución colombiana determina: “La ley establecerá los casos en que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o de indefensión”. Al efecto, la ley reglamentaria desarrolló el precepto y, al comenzar su aplicación, la Corte Constitucional entendió que la enunciación era taxativa y circunscribía la acción de tutela ante particulares sólo a los casos previstos por la ley. El criterio jurisprudencial cambió poco después,<sup>33</sup> cuando la Corte resolvió:

Resulta un contrasentido que el legislador, desconociendo el espíritu del Constituyente y uno de los propósitos fundamentales del nuevo ordenamiento constitucional colombiano, pretenda limitar el radio de la acción de tutela, al señalar en forma taxativa aquellos derechos fundamentales que,

cida por el Estado en sentido lato o por particulares, cuando por cualquier acto, hecho, decisión u omisión, proveniente de autoridad pública o de persona privada, se lesione o amenace, en forma actual o inminente con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, el ejercicio de los derechos constitucionales individuales y colectivos”.

La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires (1996), indica en su artículo 14: “Toda persona puede ejercer acción expedita, rápida y gratuita de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, las leyes de la Nación, la presente Constitución, las leyes dictadas en su consecuencia y los tratados interjurisdiccionales en los que la Ciudad sea parte”.

<sup>32</sup> Cfr. Bidart Campos, Germán J., *Régimen legal y jurisprudencial del amparo*, Buenos Aires, Ediar, 1968, pp. 109 y ss.

<sup>33</sup> Caso SC-134/94, citado por Estrada, Alexei Julio, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 232. Numerosos ejemplos, en la misma dirección, son ofrecidos por Cifuentes Muñoz, Eduardo, *La eficacia de los derechos fundamentales ante particulares*, México, UNAM, 1998, esp. pp. 23 y ss.

a su juicio, puedan ser amparados cuando la conducta nociva provenga de un particular (...) No era atribución de la ley, so pretexto de dar protección a un mandato constitucional, determinar los derechos fundamentales que pueden ser invocados por el solicitante cuando el sujeto pasivo de la tutela es un particular, pues conviene señalarlo, los derechos fundamentales son la base, el sustento de toda legislación, y no su efecto. Si la acción de tutela procede para proteger los derechos fundamentales de las personas, entonces no resulta lógico realizar una diferenciación respecto de cuáles derechos pueden ser amparados y cuáles no (...) La acción de tutela contra particulares es viable cuando se intente proteger, dentro de las tres situaciones fácticas que contempla la norma constitucional, cualquier derecho constitucional fundamental, sin discriminación alguna.

Puede advertirse que, en el caso colombiano, la norma precedió a la jurisprudencia, pero fue ésta la que amplió el alcance de la disposición constitucional.

### 3. *El Salvador*

En El Salvador la Constitución dispone, en su artículo 247, que “toda persona puede pedir amparo ante la Sala de los Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, por violación de los derechos que otorga la presente Constitución”. Con fundamento en este precepto fueron promovidos diversos juicios de amparo. Uno, en particular, resulta de especial interés por cuanto a la resolución de la Sala:<sup>34</sup>

Para el caso de este Tribunal, el objeto de la pretensión constitucional de amparo, en primer lugar, debe tener trascendencia constitucional; en segundo lugar, la reclamación con este tipo de trascendencia debe haberse intentado atacar por las vías existentes en el ordenamiento jurídico; y, por último, que el objeto sea la revisión de un acto que reúna las características de una “acto de autoridad”.

Especial mención merece este último requisito del objeto de la pretensión de amparo. A saber: en jurisprudencia constitucional anterior se consideraba que “acto de autoridad” era aquél emitido por personas o institu-

<sup>34</sup> Caso 213-98 / 216-98 M, promovido en contra de la Asociación Cafetalera del El Salvador, por dos de sus miembros, que fueron expulsados sin respetarles su derecho de audiencia y en perjuicio de su libertad de asociación. Fue resuelto en junio de 2000. Los textos en cursiva y los subrayados aparecen así en la sentencia; las negritas son del autor.

ciones (órgano institución u órgano persona) que formen parte de alguno de los Órganos del Estado o que realicen actos por delegación de los mismos, mediando con el gobernado una relación de supra a subordinación, con lo cual se desechaba cualquier posibilidad de promover amparo contra un acto emitido por un particular.

Al respecto, en la jurisprudencia dictada a las catorce horas y cinco minutos del día veintidós de mayo de mil novecientos noventa y seis, en el proceso calificado bajo el número de referencia 10-L-96, se señala que para los efectos del proceso de amparo: *...el concepto de autoridad comprende aquellas personas o instituciones que forman parte de alguno de los Órganos del Estado, o que realicen actos de autoridad por delegación de los mismos; es decir, que hagan uso de la facultad de imperio del Estado, y que realicen actos unilaterales y coercitivos que se impongan a los gobernados...*

Sin embargo, *la jurisprudencia de este Tribunal evolucionó. Así, frente al planteamiento de amparos en los cuales se advertían posibles violaciones a derechos constitucionales de los gobernados, por actos emitidos por particulares, comenzaron a producirse resoluciones de avanzada que van más allá del contenido literal del artículo 12 de la Ley de Procedimientos Constitucionales y del mismo artículo 247 de la Constitución, con la finalidad esencial de ampliar el espectro de procedencia del objeto de la pretensión de amparo, interpretando que la disposición constitucional no hace alusión a la fuente de la violación, mucho menos establece alguna cláusula de cierre para entender que sólo procede el amparo contra actos emitidos por autoridades propiamente dichas (autoridades públicas legalmente constituidas).*

Y es que, del estudio exhaustivo de las pretensiones incoadas, se advirtieron *casos en los cuales algunos particulares producían actos limitativos de derechos constitucionales de los gobernados*, como si se tratase de verdaderos actos de autoridad desde un punto de vista material, es decir, se advirtieron casos en los cuales el objeto de la pretensión era la revisión de actos que salían fuera del concepto tradicional de “actos de autoridad”, pero que sin embargo limitaban definitiva y unilateralmente derechos constitucionales.

En efecto, en el proceso de amparo 143-98 se admitió la demanda contra un acto emitido por un particular en resolución de las ocho horas treinta minutos del día uno de junio de mil novecientos noventa y ocho. El motivo central para admitir la demanda, esencial y textualmente, fue:

*...el concepto de autoridad y por consiguiente los actos de la misma, no pueden ser exclusivamente formales; esto es, atender a que efectivamente forme parte de alguno de los órganos del Estado, sino además, debe ser un*

concepto material, de tal manera que comprenda aquellas situaciones en las que personas o instituciones que formalmente no sean autoridad, sean materialmente consideradas como tales.

En virtud de lo anterior, es menester ahora consolidar la jurisprudencia en relación a los casos en que, no obstante ser el objeto de la pretensión la reclamación de un acto emitido por un particular, puede entrarse a conocer el asunto por existencia de competencia material, esbozando algunas ideas más alrededor de las características propias del acto del particular para que sea considerado como “acto de autoridad” (acto revisable en amparo constitucional). Y es que, es menester que esta Sala deje establecido, aunque de manera abstracta y en forma de *numerus apertus*, los supuestos en los cuales puede solicitarse amparo no obstante ser el objeto de la pretensión el control constitucional de un acto emitido por un particular.

En efecto, así como el “acto de autoridad” debe de reunir ciertos requisitos, como que sea emitido con supuestas vulneraciones a derechos constitucionales, que se haya hecho uso de todos los recursos o remedios para atacarlo y que estando dentro de una de estas vías, éste se haya agotado plenamente; también el “acto de autoridad” emitido por un particular debe reunir ciertos requisitos para poder encajar dentro de la competencia material de esta Sala, aunque algunos de aquéllos tengan su coincidencia con los relacionados inicialmente para el acto de autoridad tradicional. Y es que no puede dejarse por completo abierta la puerta en estos casos, puesto que el amparo constitucional se constituiría en mecanismo absoluto de satisfacción de pretensiones sin trascendencia constitucional. Ahora bien, hay que dejar claro desde ya que si un acto de particular es rechazado en un proceso de amparo, será porque no reúne el objeto de la pretensión las condiciones necesarias para su revisión desde un punto de vista constitucional, y no por falta de legitimación pasiva, pues esta se adquiere con solo el hecho de ser la fuente de emisión del acto.

*Así, en términos generales, puede afirmarse que el objeto de la pretensión de amparo procede contra actos de particulares cuyas exteriorizaciones, por lógica, no responderán a las manifestaciones y dimensiones propias de los actos de autoridad; mas, tendrán similares repercusiones en la esfera jurídica del pretensor. Entonces, abstracción hecha de los formalismos que debe reunir toda demanda de amparo, contemplados en el artículo 14 de la Ley de Procedimientos Constitucionales, si ésta contiene como objeto de la pretensión la reclamación frente a un acto emitido por un particular, puede rechazarse por los siguientes motivos: (a) si no se han hecho uso de los remedios o recursos que el ordenamiento jurídico establece para atacarlo y si, estando una de esas vías en trámite, no se ha agotado plenamente; (b) si se trata de una simple inconformidad con*

*el contenido del acto, y (c) siempre y cuando el particular que emitió el acto no se encuentre en “situación” de supra a subordinación material respecto del gobernado.*

(a) El objeto de la pretensión de amparo dirigido contra un acto emitido por un particular, se rechazará si hay otros remedios o recursos administrativos, procesales o procedimentales para reparar el supuesto perjuicio constitucional ocasionado, y éstos no han sido utilizados o están en trámite.

En efecto, no puede pretenderse que se revisen actuaciones si existen mecanismos de jurisdicción ordinaria o administrativos establecidos precisamente para tal fin, pues en estos supuestos con la improcedencia de la demanda de amparo no se estarían creando zonas exentas de control. Además, es bien sabido el carácter subsidiario del proceso de amparo, el cual implica que sólo abre su competencia material cuando ha sido imposible la reparación del daño constitucional en las sedes ordinarias.

(b) El amparo contra acto de un particular es improcedente cuando el mismo no es manifiestamente arbitrario o ilegítimo, sino que ha sido dictado dentro del marco de sus atribuciones. Esto nos lleva, en consecuencia, a determinar también que el objeto de una pretensión de amparo dirigido frente a un acto de particular puede ser rechazado si se reduce en una simple inconformidad con el contenido del mismo o se pretende utilizar el amparo constitucional como un grado de conocimiento material y superior del particular emisor del acto, *situación análoga a la mera legalidad en los amparos contra autoridades legalmente establecidas*. Y es que no se puede invadir, aunque se trate de particulares, esferas propias de su competencia.

(c) Para explicar adecuadamente este punto, hay que decir que en la relación entre particulares muchas veces una de las partes no tiene, de hecho, más alternativa que aceptar un acto dictado unilateralmente, pues la fuente de emisión posee el poder de imponer a otros sus propias decisiones; es decir, que ostenta una posición de predominio tal que puede comprometer e, incluso, anular el ejercicio efectivo de muchos derechos materiales constitucionales, cuando de ese poder dependen exclusivamente el ejercicio efectivo de aquéllos.

Por la razón anteriormente expuesta, en estos casos, y en función de los derechos constitucionales oponibles a esta clase de sujetos pasivos, podría decirse que la relación entre el particular afectado y la persona o entidad emisora, no es de carácter horizontal, sino más bien vertical, puesto que las situaciones de poder son análogas a las establecidas en la relación Estado-gobernado.

En efecto, el objeto de la pretensión dirigido frente a un acto de particular puede rechazarse si éste está actuando como simple entidad, persona natural o jurídica privada dentro de sus específicas atribuciones, *sin que dichas actuaciones conlleven a situaciones de supra-subordinación en relación al ejercicio efectivo de los derechos materiales que otorga nuestra Constitución a los gobernados.*

Al contrario, el objeto de aquella pretensión es procedente si el particular es la única instancia de desarrollo de algún derecho constitucional protegible a través del proceso de amparo. Y es que, de modo inverso, se dejaría fuera del ámbito de competencia material de esta Sala situaciones en las cuales las meras declaraciones subjetivas de voluntad de un particular o sus omisiones voluntarias, determinan el ejercicio efectivo de un derecho constitucional, precisamente por ser el único medio de realización de los mismos. Ello es así, porque aun en estas situaciones, prevalece la eficacia directa de la Constitución, lo cual implica que aun los actos emanados de particulares en estas condiciones de supra a subordinación material, tienen el deber de no perturbar o impedir el ejercicio efectivos de los derechos constitucionales que les son oponibles; negar la eficacia directa a *limine* y categóricamente, sería desconocer el carácter normativo de aquélla. Por último, cabe aclarar que bastará la concurrencia de algún vicio de esta naturaleza para rechazar en cualquier estado del proceso la demanda de amparo contra actos de particulares.

#### 4. Otros países latinoamericanos

La protección de los derechos fundamentales ante particulares ha sido considerada en numerosos sistemas constitucionales latinoamericanos. En algunos casos se ha hecho de manera implícita, dejando márgenes holgados de interpretación a la autoridad judicial merced a un concepto amplio acerca de quiénes pueden afectar esos derechos; en otros casos se ha hecho referencia explícita a los particulares como posibles responsables de hechos violatorios de los derechos fundamentales. Entre los primeros figuran, además del caso ya mencionado de El Salvador, las constituciones de Costa Rica (artículo 48), Guatemala (artículo 265), Honduras (artículo 183), Nicaragua (artículo 45), Uruguay (artículo 10) y Venezuela (artículo 27); entre los segundos, además de Argentina y Colombia, figuran las constituciones de Bolivia (artículo 129), Chile (artículo 20), Ecuador (artículo 89), Paraguay (artículo 134) y Perú (artículo 200.2).

## 5. *Estados Unidos*

En Estados Unidos ha prevalecido el criterio, doctrinario y jurisprudencial, de que la Constitución sólo regula las relaciones entre los órganos del poder, y entre éstos y los ciudadanos, mas no de los ciudadanos entre sí. Esta tesis es conocida como *State action* (“acción del Estado”). Se han llegado a plantear casos en los que el actor que vulneró los derechos de las personas tenía la apariencia de ser de derecho privado. Eso ocurrió, por ejemplo, en el caso *Lebron v. National Railroad Passenger Corp.*<sup>35</sup> La Suprema Corte razonó en el sentido de que la empresa era, en realidad, un instrumento gubernamental, aunque el gobierno, al constituirla, la hubiese sujetado a un régimen de derecho privado. “No es admisible, se dijo, que el gobierno, estatal o federal, pueda esquivar las más solemnes obligaciones impuestas por la Constitución mediante el simple expediente de adoptar una forma societaria”.<sup>36</sup>

La Corte ha resuelto numerosos casos en los que ha mantenido una especie de equilibrio entre la acción del Estado (*State action*) y muy tímidos intentos por abordar el problema de la violación de derechos por parte de particulares. En uno de esos casos, por ejemplo, se detuvo ante un hecho discriminatorio porque la persona afectada (un negro) al no ser admitida en un restaurante, no solicitó el auxilio de un policía antes de ocurrir ante los tribunales; con esto, se decía, ya habría habido un acto de autoridad estatal.<sup>37</sup>

Las inconsistencias de la jurisprudencia americana han sido analizadas, entre otros, por Laurence Tribe.<sup>38</sup> En su opinión la jurisprudencia americana en este punto es caótica porque no ha podido superar las barreras que le impone un principio tan rígido como el de la *State action*. Las bases de esta doctrina, apunta, son dos: la garantía absoluta de la libertad privada y los principios del federalismo, que impide interferir en la vida

<sup>35</sup> Caso 513 U. S. 374 (1995). Un artista demandó a la empresa ferroviaria por limitar su derecho de creación y expresión.

<sup>36</sup> *Cit.* por Bilbao Ubillos, Juan María, *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, p. 34.

<sup>37</sup> *Moose Lodge v. Irvis*, 407 U.S. 163 (1972). El demandante adujo que el restaurante operaba con una licencia gubernamental, y por ende era aplicable la doctrina de la *State action*. La Corte resolvió que la licencia no hacía responsable al gobierno de los actos de los particulares que operaban el lugar, porque una interpretación amplia en ese sentido haría que los responsables de cualquier sitio que dispusiera de servicios de energía eléctrica o de agua, que también se surten mediante autorizaciones y permisos gubernamentales, fuesen considerados como agentes gubernamentales para efectos de su responsabilidad. La debilidad del razonamiento es evidente.

<sup>38</sup> *American Constitutional Law*, N. York, The Foundation Press, 1988, pp. 1687 y ss.

de los estados y de la separación de poderes, que sólo permite ejercer actos de control entre los poderes y, en el caso de los tribunales, resolver las cuestiones que surjan entre los particulares y el Estado, y entre particulares con motivo de relaciones de naturaleza privada.

En la actualidad se está produciendo un movimiento doctrinario creciente<sup>39</sup> en el sentido de revisar el alcance de la *State action*. La dirección hacia la que apunta tiene mucha semejanza con las bases de la *Dritt-wirkung*.

## 6. Sistema interamericano

En 1987 la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió el caso Velásquez Rodríguez,<sup>40</sup> y razonó en estos términos:

166. La segunda obligación de los Estados parte es la de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención (Americana sobre Derechos Humanos) a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación *los Estados deben prevenir*, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención...

167. La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la *necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre ejercicio de los derechos humanos*.

173. (...) En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, *por ser obra de un particular* o por no haberse identificado al

<sup>39</sup> Cfr. Ratner, Steven R., “Corporations and human rights: a theory Of. Legal responsibility”, en *Yale Law Journal*, vol. 111, núm. 3, 2001, y Bilbao Ubillos, *op. cit.*, pp. 182 y ss.

<sup>40</sup> Los hechos de la demanda consistían en la desaparición forzada de diversas personas, atribuida a la acción de agentes del Estado hondureño. Se suscitó la cuestión de que los agentes hubieran actuado por su cuenta, o incluso de que hubiesen intervenido personas ajenas al Estado.



autor de la trasgresión, puede acarrear responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida *diligencia para prevenir la violación* o para tratarla en los términos requeridos por la Convención.

Puede advertirse cómo el razonamiento en el sentido de la responsabilidad que resulta para el Estado, por no prevenir o evitar actos de particulares lesivos de los derechos fundamentales, ya cuenta también con precedentes en el sistema interamericano.

## VII. CONSIDERACIONES FINALES

Le tendencia apunta en el sentido de ampliar la competencia de los tribunales para conocer de todo tipo de actos u omisiones que afecten los derechos fundamentales. Esto es una consecuencia del carácter normativo de la Constitución y de su supremacía. También guarda relación directa con el concepto de justicia que se sustente.<sup>41</sup>

Es previsible que se produzca un movimiento análogo en el ámbito de los organismos nacionales de derechos humanos. La restricción que subsiste en el artículo 102 de la Constitución mexicana,<sup>42</sup> por ejemplo, no es compatible con la ampliación que se propone para los tribunales. Las mismas consideraciones que se han tenido presentes para el desarrollo de la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales ante particulares son válidas para el caso de los organismos no jurisdiccionales que tienen ese mismo cometido. Las instituciones para la protección de los derechos humanos deberán extender el ámbito de sus atribuciones en tanto que el número de actos violatorios de esos derechos por parte de particulares va en ascenso.

La protección de los derechos fundamentales ante particulares es una creación jurisprudencial y doctrinaria, que sólo de manera posterior ha

<sup>41</sup> En este punto es relevante la idea de integridad que sustenta Ronald Dworkin. Para este autor los dos principios de integridad política corresponden, en cuanto a la legislación, a la obligación del legislador de elaborar leyes moralmente coherentes, y en cuanto a la adjudicación, a interpretar la ley en el sentido de esa coherencia. *Law's Empire*, Londres, Fontana, 1991, pp. 176 y ss.

<sup>42</sup> Los organismos protectores de los derechos humanos “conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público... que violen esos derechos.”

venido siendo legislada.<sup>43</sup> En este trabajo he omitido las consideraciones de la doctrina, para centrar la atención en los diferentes antecedentes jurisprudenciales y así tener una idea de cómo este concepto ha migrado a través de diferentes sistemas.

Como puede verse, en el caso de Japón los jueces han acogido las normas internacionales y las aplican cuando unos particulares afectan los derechos de otros.

En cuanto a Alemania es importante tener en cuenta que la Constitución dispone (artículo 19- 4): “Todo el que se vea lesionado en su derechos por obra del poder público, podrá acudir a la vía judicial”. Al adoptar el criterio de la *Drittwirkung*, el Tribunal Constitucional no se sujetó al texto literal, y resolvió sobre la base del “sistema de valores” incluido en la Constitución.

En España puede apreciarse que el Tribunal Constitucional, desde 1981, comenzó a orientarse hacia una argumentación parecida a la adoptada por su homólogo alemán, en el sentido de pronunciarse sobre el acto de una autoridad, en este caso del tribunal *a quo*. Son ya numerosas las resoluciones en las que este tema ha sido abordado, con una tendencia a favor de la defensa de los derechos fundamentales oponibles también ante particulares. Así se haya adoptado una argumentación oblicua, pronunciándose con relación a un acto de la autoridad jurisdiccional, el caso es que se ha construido una forma eficaz de garantizar los derechos fundamentales cuando se ven amenazados por particulares.<sup>44</sup>

La Constitución española dispone, en su artículo 53.1, que los derechos y libertades por ella reconocidos “vinculan a todos los poderes públicos”. Esto no excluye, como lo ha venido desarrollando la jurisprudencia

<sup>43</sup> Pedro de Vega ha dicho de una manera muy enfática: “Ante las escandalosas omisiones de los textos constitucionales, han tenido que ser la doctrina y la jurisprudencia las que, respondiendo a elementales exigencias de la lógica jurídica, y supliendo esos ominosos silencios, abrieron el camino al reconocimiento de la *Drittwirkung*”, “La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la *Drittwirkung der Grundrechte*), en Carbonell, Miguel (coord.), *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, p. 701.

<sup>44</sup> Alexei Julio Estrada ha observado que, a diferencia de la jurisprudencia española, que se mantiene en un nivel limitado de desarrollo, la alemana ha generado un efecto de irradiación conforme al cual “no hay ámbito del ordenamiento jurídico privado que escape del influjo de los derechos fundamentales”. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 208.

dencia del Tribunal Constitucional, a los entes privados. Ese precepto no se ha entendido en un sentido restrictivo, como si los únicos obligados a observar los derechos fundamentales fueran los poderes públicos, dejando a los entes privados en libertad para atropellarlos.

En relación con América Latina, son catorce las constituciones que de manera implícita o explícita admiten la procedencia de acciones en contra de particulares con motivo de la violación de derechos fundamentales. Se trata, como resulta evidente, de una corriente dominante en el ámbito latinoamericano. Además, las instancias jurisdiccionales del sistema interamericano de derechos humanos también acogieron ya el principio de que los particulares pueden ser responsables de la violación de esos derechos; posición que por lo demás comparten con los órganos equivalentes de la Unión Europea.

Quedan abiertas varias incógnitas con relación a México. Es evidente el carácter restrictivo, en cuanto al concepto de autoridad responsable, del artículo 103 constitucional. Ahora bien, ante la doble circunstancia de morosidad legislativa y de apremio social en cuanto a la protección de los derechos fundamentales, ¿cabría considerar que la falta de defensa de los derechos fundamentales por parte de particulares es imputable, en último término, a los órganos del poder? Pensando así, ¿serían aplicables en México las ricas experiencias jurisprudenciales extranjeras? Estoy convencido de que sí es posible; de que la naturaleza de la Suprema Corte como tribunal constitucional le permite ampliar los medios de defensa de los justiciables e integrar, mediante una interpretación acorde con los principios del orden constitucional, una laguna que hace vulnerables los derechos fundamentales de los mexicanos.

De tiempo atrás se ha entendido que las disposiciones legales de jerarquía inferior a la Constitución (entre las que se encuentran los tratados internacionales), no pueden restringir pero sí ampliar los derechos fundamentales contenidos en la norma suprema. Si esto es así por lo que atañe a los derechos, sería incongruente que no ocurriera otro tanto en lo concernido con sus garantías. ¿Cómo podría explicarse la expansión de los derechos sin su correspondiente garantía? Si esto sucediera, si el sistema consintiera la existencia de derechos sin garantía, sólo en términos nominales podría hablarse de Estado constitucional; se trataría de una apariencia. La esencia de los derechos fundamentales no está en su enunciado sino en su defensa efectiva. La positividad de los derechos reside en su aplicabilidad.

La naturaleza normativa de la Constitución hace que sus normas sean aplicables. En el caso de los derechos fundamentales debe entenderse que lo son sólo en tanto que se puedan ejercer en todo tiempo, en todo

lugar y ante todas las personas, con las salvedades que el propio ordenamiento adopte para los estados de excepción.

Desde luego, la vía más directa para alcanzar este objetivo en México sería la reforma de la Constitución en los términos que ha propuesto la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Si la decisión legislativa sigue demorando, nada impide que la Corte adopte una interpretación análoga a la de otros sistemas, conforme a la cual, sin que se modifique el concepto de autoridad responsable del artículo 103 constitucional, se concluya que es en virtud de las diferentes omisiones del Estado que se violan los derechos fundamentales por parte de otros particulares.

Hay un aspecto que no debe pasar inadvertido: la ampliación de la jurisdicción de los tribunales para ocuparse de las violaciones de los derechos fundamentales por particulares implica una revisión de la doctrina de la separación de poderes. La separación de poderes ha sido un constructo básico para el desarrollo del constitucionalismo moderno y contemporáneo, pero en la medida en que han aparecido agentes dotados de poder económico y político que no podían ser previstos por la doctrina del siglo XVIII, es comprensible que se tengan que dar los ajustes conceptuales correspondientes.

La doctrina de la separación de poderes fue una respuesta inteligente al absolutismo; fue concebida como un mecanismo para atenuar e incluso evitar los excesos en el ejercicio del poder, y para garantizar así un espacio de seguridad para las libertades, pero con posterioridad fue utilizada por los sistemas autoritarios para eludir la expansión de las funciones de control de los congresos y de los tribunales. Cualquier supuesta ingerencia de estos órganos en la actividad del gobierno podía ser considerada como una desviación del principio de separación de poderes. Por eso se registran numerosos casos de sistemas autoritarios amparados en una rígida interpretación de la separación de poderes.

Los tribunales constitucionales han obligado a innovar la base conceptual del Estado constitucional y la paulatina ampliación de los efectos horizontales de los derechos fundamentales, con el implícito reconocimiento de que los particulares disponen de un poder capaz de afectar esos derechos.

El Estado constitucional implica una cultura democrática conforme a la cual los miembros de la sociedad participen en el juego electoral sin poner en riesgo sus derechos de libertad y de autonomía. Esto se consi-

que merced al fortalecimiento de los órganos judiciales; la acción objetiva, imparcial y efectiva de los tribunales genera un entorno de seguridad y confianza que hace posible absorber las tensiones propias de los sistemas políticos muy competitivos.

Los criterios jurisprudenciales guardan estrecha relación con el entorno cultural. El acceso a la justicia tiene una doble implicación: por un lado requiere de elementos instrumentales, tales como jueces y abogados, y por otro supone relaciones sociales basadas en la confianza en las instituciones. Las instituciones, sus titulares y los agentes de intermediación entre los juzgadores y los justiciables no bastan, si no existe confianza generalizada en su eficacia; sin los elementos para alcanzar resultados prácticos, esa confianza tiende a decrecer.

Los jueces son sensibles a los cambios que se producen en la sociedad. Las solicitudes de justicia que se les dirigen corresponden a la fluidez de las relaciones sociales. La vida colectiva es a tal punto proteica, que requiere de unas respuestas flexibles y oportunas que sólo los jueces pueden ofrecer. El legislador a veces anticipa algunas soluciones, pero por lo general actúa para resolver cuestiones que ya se generalizaron; en cambio los problemas y las soluciones germinales se advierten a través de la jurisprudencia. En un Estado constitucional las funciones legiferante y jurisdiccional se imbrican, no en el sentido de obstruirse sino en el de complementarse: al legislador le toca dotar de atribuciones amplias al juez y estar atento a lo que éste resuelve, para ir innovando las instituciones de justicia; al juez le concierne procesar las expresiones del cambio social, que le llegan como casos a resolver, y que se producen de manera lenta pero clara. Cuando los titulares de las instituciones saben desempeñar este papel constructivo, la separación de poderes adquiere una nueva dimensión.

## INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Raúl CANOSA USERA\*

SUMARIO: I. *Interpretación evolutiva e interpretación constitucional.*  
II. *Interpretación evolutiva de los derechos fundamentales.* III. *Con-*  
*clusión.*

### I. INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA E INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

#### 1. *La eficacia normativa depende de la necesaria conexión entre norma y realidad*

La validez de las disposiciones que componen un ordenamiento jurídico no depende de su concreta aplicación sino de la corrección con la que han sido puestas en el ordenamiento. El propio Kelsen advirtió, sin embargo, que una general eficacia es condición de validez,<sup>1</sup> y, en todo caso, distinguía

\* Catedrático de Derecho constitucional en la Universidad Complutense. El autor participa en el proyecto de investigación, “La Europa de los derechos: objeto y contenido de los derechos del Convenio a la Constitución Europea” (Referencia SEJ2004-07631-CO2-01/ JURI), cofinanciado por el Ministerio de Educación y Ciencia (Dirección General de Investigación) y fondos FEDER.

<sup>1</sup> Afirma Hans Kelsen: “Una norma es considerada como válida sólo bajo la condición de que pertenezca a un sistema normativo, a un orden que, considerado en su totalidad, sea eficaz. Así pues, la eficacia es condición de validez pero no la razón de la misma. Una norma no es válida porque es eficaz, es válida si el orden al cual pertenece tiene, en general, eficacia”, *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1979, p. 49. Hermann Heller, desde la crítica a la concepción kelseniana, sostiene que “un deber ser social que por principio no guardase relación con un ser social al que tuviere que dar forma, no sería, en puridad, un deber ser”, *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1983, p. 209.

entre ésta y aquélla e incorporaba ambas a su teoría pura del derecho. En definitiva, toda disposición normativa aspira, siendo válida —estando vigente—, a ser también eficaz. La eficacia se presenta así como el punto de conexión entre el enunciado normativo y la realidad porque la norma eficaz somete la realidad a sus dictados: las personas que, en el ámbito de la realidad se mueven, acomodan sus acciones a lo previsto en la norma.

Las disposiciones de orden jurídico permanecen invariables en sus términos hasta su reforma o derogación, así que la mejor manera de resolver las antinomias entre ellas y la realidad que regulan es proceder a su reforma o a su derogación, habida cuenta de que la otra solución, modificar la realidad para que ésta se ajuste a la norma, no es siempre factible. Las innovaciones legislativas suelen venir justificadas por la adaptación del orden jurídico a una realidad cambiante. No siempre, empero, son posibles los cambios legislativos pues, como es sabido, cuanto mayor es el rango de la norma, más rígida resulta, de lo que se colige que las normas superiores, empezando por la Constitución que predetermina el contenido de las normas inferiores, no pueden cambiarse con facilidad. Esta rigidez que protege las normas, especialmente las de la Constitución, vuelve estático al ordenamiento constitucional que difícilmente sufre transformaciones formales (reformas). A medida que subimos en la jerarquía de las fuentes más ardua resulta la renovación a través de reforma o derogación. En este contexto son imprescindibles otras vías que eviten la esclerosis del orden jurídico.

La vía principal de esa adaptación<sup>2</sup> para dotar al ordenamiento de cierto dinamismo<sup>3</sup> es justamente la de emplear el llamado elemento evolutivo<sup>4</sup> que permite a las disposiciones normativas afrontar los cambios de la vida sin sufrir modificaciones en su texto, pero manteniendo su eficacia, es decir, regulando efectivamente la realidad. La evolutividad del ordenamiento

<sup>2</sup> Adaptación que debe ser constante, como resalta Geny, François, *Méthode d'interprétation en droit privé positif*, París, Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, 1954, p. 225.

<sup>3</sup> Índole evolutiva, en especial del derecho constitucional, que advirtió Posada, Adolfo, *Tratado de derecho político*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1955, p. 153. Y, en general, del orden jurídico Engisch, Karl, *Introducción al pensamiento jurídico*, Madrid, Guadarrama, 1967, p. 116.

<sup>4</sup> Cfr. mi libro *Interpretación constitucional y fórmula política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, pp. 106 y ss. Refiriéndose expresamente a la interpretación constitucional, Stern, Klaus, *Derecho del Estado de la República Federal de Alemania*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, pp. 82 y ss.

es, en puridad, la aptitud de las disposiciones que lo integran para seguir regulando una realidad dinámica, realidad que no es un todo homogéneo sino disperso en los distintos ámbitos sobre los que particularmente las disposiciones se proyectan. Porque, como recuerda Emilio Betti<sup>5</sup> hay una tensión latente entre las tendencias opuestas, estática y dinámica, del ordenamiento jurídico.

Los enunciados normativos, las disposiciones,<sup>6</sup> son objeto de interpretación para hallar el sentido normativo que se aplique al caso concreto. Es en el proceso de interpretación y aplicación cuando entra en juego el elemento evolutivo, junto con otros muchos de la interpretación jurídica.<sup>7</sup> Tanto más necesario será utilizar el elemento evolutivo cuanto más parezca *a priori* que el enunciado normativo se aleja de la realidad. El empleo de este elemento no es el único que debe usar el intérprete, pues la correcta interpretación siempre es resultado de la combinación de todos ellos. No obstante, habrá ocasiones —casos que deben resolverse— en las que su empleo será mayor porque el sentido normativo extraíble de la disposición, tras el empleo de otros métodos, no sirva para regir la realidad. Porque se trata de verificar la eficacia del derecho en la realidad social y comprobar si las normas extraídas de las disposiciones la rigen efectivamente.

Esta labor de mediación entre las disposiciones normativas y el caso concreto de la realidad<sup>8</sup> es la interpretación,<sup>9</sup> paso previo a la aplicación de la norma concreta<sup>10</sup> extraída que servirá para la resolución del caso. La in-

<sup>5</sup> *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milán, Giuffrè, 1971, pp. 113 y 123.

<sup>6</sup> Según Giovanni Tarello, la disposición es el dato del que se parte y el resultado de la interpretación es la norma que se aplica al caso, *L'interpretazione della legge*, Milán, Giuffrè, 1980, p. 40.

<sup>7</sup> En mi libro *Interpretación...*, *cit.*, nota 4, pp. 81 y ss., explico la necesidad de alternar entre unos u otros métodos de interpretación dependiendo del carácter de la norma que en cada momento deba aplicarse. Comparto la tesis de Geny de que el método ha de plegarse al objeto, es decir, adaptarse a lo que se interpreta efectivamente, y no al revés, *op. cit.*, nota 2, p. 15.

<sup>8</sup> Se trata de solucionar un problema particular como recuerda Geny, *op. cit.*, nota 2, p. 14. Para Canosa interpretar es resolver un problema, *Interpretación...*, *cit.*, nota 4, p. 7.

<sup>9</sup> Así la explico en mi obra *Interpretación...*, *cit.*, nota 4, pp. 6 y ss. Kart Larenz entiende que la interpretación es una labor de síntesis entre dos elementos, el dato y el resultado, *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, Ariel, 1980, p. 192.

<sup>10</sup> Lo que en la traducción del libro de Hesse, se denomina “concretización”, *op. cit.*, nota 37, p. 93. En el mismo sentido Stern, *op. cit.*, nota 4, pp. 286 y ss., Larenz, *op. cit.*, nota 9, p. 308. Betti, *op. cit.*, nota 5, p. 97. Limbach, Jutta, “La interpretación de la Constitución”, en Ferrer



terpretación evolutiva supone, como vemos, una elección del intérprete: optar entre la interpretación anteriormente dada a una disposición pero que ya no permite someter la realidad, o extraer otra nueva que sirva a ese propósito. Esta posibilidad de elegir entre mantener el sentido normativo “tradicional” o desvelar otro hasta entonces oculto presupone un intérprete creador, alejado del modelo de juez ventrílocuo que imperó durante tanto tiempo. El juez, al interpretar evolutivamente el ordenamiento, no es desde luego “el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes”,<sup>11</sup> que era tanto como afirmar que expresaban exactamente la voluntad del legislador. Al interpretar en clave evolutiva, el juez no puede expresar esta *voluntas legislatoris* que no pudo prever cómo la realidad futura evolucionaría,<sup>12</sup> sino que, constreñido por esos cambios, ha de hallar, en el enunciado normativo, un sentido, una norma concreta, que permita a la disposición seguir siendo eficaz.<sup>13</sup> Sólo será acertado entonces el resultado de la interpretación si puede comprobarse su fuerza en la realidad social.<sup>14</sup>

La interpretación evolutiva sólo es posible cuando el enunciado normativo permite derivar de él varios sentidos posibles de los que el intérprete escoge el que mejor asegure su eficacia. En esta labor, el intérprete está poniendo de su parte; creando, no se limita a la mera subsunción.<sup>15</sup> Es verdad que la literalidad del precepto y su finalidad le constriñen y no puede extraer de las palabras de la disposición un significado incompatible con ellas ni tampoco puede pervertir la finalidad de la disposición ni sacarla de su contexto normativo. Siguen jugando, pues, los elementos literal, lógico, teleológico y sistemático de la interpretación, pero, a su lado y modulándolos, aparece el elemento evolutivo. Entra en el campo de acción del intérprete la ponderación que el peso que cada elemento presentará en un caso dado, porque la interpretación, y con ella el uso de tal o cual elemento inter-

Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2005, vol. II, p. 755.

<sup>11</sup> Célebre frase de Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, trad. de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, prólogo de Enrique Tierno Galván, Madrid, Tecnos, 1980, p. 156.

<sup>12</sup> Dada la imposibilidad del legislador para imaginar la evolución futura de la realidad, Larenz, *op. cit.*, nota 9, p. 347.

<sup>13</sup> Como afirma Emilio Betti “conservar la eficacia del derecho en la realidad social”, *op. cit.*, nota 5, p. 93.

<sup>14</sup> Tal y como postula Stein, Ekkehart, *Derecho político*, Madrid, Aguilar, p. 226.

<sup>15</sup> *Cfr.* Canosa, R., *Interpretación...*, *cit.*, nota 4, pp. 9 y ss.

pretativo, es una tarea singular, para un caso concreto; es en éste cuando el intérprete detecta la falta de sintonía entre el precepto y la realidad, y trata de solventarla mediante la interpretación evolutiva.

Es obvio que cuando el intérprete supremo se pronuncia en clave evolutiva sobre un caso concreto, su parecer, su interpretación, va tener repercusión general al vincular a los demás intérpretes, generalizando la evolutividad insuflada a la disposición interpretada. Esta obviedad no contradice el origen esencial del uso del elemento evolutivo o de cualquier otro elemento que se produce en casos concretos. Hay, empero, una excepción si el pronunciamiento del intérprete tiene lugar en un juicio abstracto de constitucionalidad durante el cual se da a los otros preceptos en juego, no constitucionales, una interpretación nueva, adaptada a la realidad. En todo caso, es en la interpretación evolutiva donde se manifiesta más claramente la autonomía del intérprete.<sup>16</sup>

Cuando el intérprete se enfrenta al caso concreto y da un sentido nuevo, adaptado y evolutivo, a una disposición sirve a su eficacia normativa de acuerdo con la finalidad del precepto. En esta tarea, el intérprete debe incorporar a su razonamiento los datos extranormativos de naturaleza social que han determinado el cambio de la realidad, ya que este cambio es el que demanda, en paralelo, una transformación de la interpretación para evitar el divorcio entre norma y realidad. Naturalmente este modo de proceder conlleva un riesgo: la contaminación sociológica de la argumentación jurídica, riesgo que es más evidente cuando se interpretan enunciados constitucionales, como veremos más adelante. Un ejemplo de lo anterior es la interpretación transformadora de la realidad,<sup>17</sup> cuyo uso más llamativo sería el uso alternativo del derecho<sup>18</sup> mediante el cual, so pretexto de los cambios en la realidad, se fuerza el sentido del orden jurídico con vistas a la transformación de la sociedad. El uso alternativo del derecho iba mucho más allá de la interpretación evolutiva; se trataba de una interpretación revolucionaria o más bien de una pura y simple creación del derecho, al margen de las disposiciones creadas por el legislador. Lo que el legislador no

<sup>16</sup> Tarello, Giovanni, *Cultura jurídica y política del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, pp. 376 y ss.

<sup>17</sup> Como la que proponía Lavagna, Carlo, *Costituzione e socialismo*, Bolonia, Il Mulino, 1977, p. 37.

<sup>18</sup> Sistematizado en la célebre obra dirigida por Barcellona, Pietro, *L'uso alternativo del diritto*, Roma, Laterza, 1973.

hacía lo acometían los jueces en una suplencia contraria al principio de separación de poderes. En el marco de este principio, la acción de los jueces sólo es legítima por su sometimiento a la ley, así que sólo ésta puede intentar transformar la realidad. La interpretación evolutiva se encamina, no a esa transformación de la realidad, sino a la transformación del sentido de la ley para adaptarla a una realidad que ya previamente ha cambiado. En el uso alternativo, con frecuencia fundado en la propia Constitución, el juez suplanta al legislador y acomete la transformación de la realidad que, según su punto de vista, preanuncia la Constitución. Ésta no sería más que la coartada de la usurpación judicial, de esta espuria creación judicial.<sup>19</sup> Que las Constituciones modernas incluyen un programa de transformación social es bien sabido, pero que sean los jueces quienes lo protagonicen sin la previa mediación del legislador es contrario al Estado de derecho.<sup>20</sup>

La necesidad de una interpretación evolutiva, que de una u otra suerte todos los intérpretes practican, ha tenido reflejo en algunos ordenamientos jurídicos. Así, el español dispone, en el artículo 3.1 del título preliminar del Código Civil, que las normas se interpretarán “en relación con... la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas...”. Además de mencionar los elementos literal, sistemático, histórico y teleológico, el citado precepto recoge la nítida referencia a la realidad social del tiempo de aplicación. Es un claro mandato de actualización dirigido a los intérpretes del derecho que convierte el elemento evolutivo en uno más de los declarados formalmente. En otras palabras, el intérprete español está obligado por ley a actualizar la interpretación de las disposiciones que deba aplicar, teniendo en cuenta la realidad social imperante. La interpretación evolutiva no es ya una opción del intérprete, afirmada por la práctica judicial, sino un mandato de actualización interpretativa impuesto por el legislador.

<sup>19</sup> Un peligroso decisionismo judicial, como advierte César Landa al referirse a la “interpretación alternativa”, “Teorías de la interpretación constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor (coord.), *op. cit.*, nota 10, vol. II, p. 749.

<sup>20</sup> Canosa se refiere a una espuria función de suplencia del legislador democrático, “Interpretación constitucional y legislador democrático”, en Ferrer Mac-Gregor (coord.), *op. cit.*, nota 10, vol. I, pp. 239 y ss.

## 2. Interpretación evolutiva de las normas constitucionales

En la esfera constitucional la tensión entre normatividad y normalidad<sup>21</sup> resulta notoria, más que en los demás ámbitos normativos. Sucede por varios motivos, el primero, por la especial rigidez de las disposiciones constitucionales cuya aspiración de permanencia<sup>22</sup> suele, por lo general, ser digna de aprecio.<sup>23</sup> La imposibilidad real de cambiarlas, a veces con una intangibilidad formalizada,<sup>24</sup> produce, como consecuencia inevitable, que su adaptación tenga que llevarse a cabo por vías interpretativas, es decir, mediante la interpretación evolutiva,<sup>25</sup> porque ésta garantiza la “movilidad”<sup>26</sup> de la que carecen las disposiciones interpretadas y asegura la expansión de su fuerza normativa.<sup>27</sup>

El segundo motivo que favorece la tensión apuntada es la especial dinamicidad de la realidad política que el derecho constitucional regula.<sup>28</sup> Tal

<sup>21</sup> Hermann Heller, sostiene con vigor su tesis según la cual, “la constitución estatal forma un todo en el que aparecen complementándose recíprocamente la normalidad y la normatividad jurídica y extrajurídica”, *Teoría del Estado*, *cit.*, nota 10, p. 273.

<sup>22</sup> Lucas Verdú se refiere a “la soberbia pretensión de duración”, *Curso...*, vol. IV, *op. cit.*, nota 28, p. 137. Por su parte Héctor Fix-Zamudio advierte del envejecimiento de los textos, dotados de gran rigidez, que contrasta con la rápida transformación social, “Lineamientos esenciales de la interpretación constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor (coord.), *op. cit.*, nota 10, p. 563.

<sup>23</sup> El lugar donde más falta es, allí donde las reformas han sido excesivamente numerosas, como en México, dando lugar a la que Héctor Fix-Zamudio y Jorge Carpizo denominan “inestabilidad constitucional”, “Algunas reflexiones constitucionales” en Ferrer Mac-Gregor (coord.), *op. cit.*, nota 10, pp. 387 y ss. En la misma línea Nava Gomar, Salvador, *Dinámica constitucional: entre la interpretación y la reforma*, México, Universidad Anáhuac del Sur-Porrúa-UNAM-Universidad Complutense, 2003, pp. 252 y ss.

<sup>24</sup> Sobre el significado de la rigidez constitucional *cfr.* Vega García, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985.

<sup>25</sup> Para Franco Pierandrei la evolutividad es immanente a la interpretación constitucional, “L’interpretazione della costituzione”, *Scritti di diritto pubblico*, Turín, Spe, 1965, vol. I, p. 193.

<sup>26</sup> Movilidad a la que se refiere Hesse, *op. cit.*, nota 37, p. 75.

<sup>27</sup> Movilidad que demanda Calamandrei, Pietro, “Corte costituzionale e autorità giudiziaria”, *Rivista di Diritto Processuale*, 1956, pp. 7 y ss.

<sup>28</sup> Pablo Lucas Verdú afirma que “la realidad social en la que se apoya una Constitución, muda radicalmente con el transcurso del tiempo”, *Curso de derecho político*, Madrid, Tecnos, vol. II, 1981, p. 536. El mismo autor analiza con detalle la dinamicidad de la realidad constitucional en “El problema de las mutaciones constitucionales y la permanencia de la Constitución formal”, en *Curso...*, *cit.*, nota 28, vol. IV, pp. 138 y ss. También Canosa, R., *Interpretación...*, *cit.*, nota 4, pp. 106 y ss. Por su parte, Peter Häberle plantea su ya

dinamicidad suele ser mayor en la realidad constitucional y es de otra calidad porque afecta a un sector regulado por la norma cimera del orden jurídico que adquiere así, también ella, una dinamicidad propia.<sup>29</sup> Si las disposiciones constitucionales no se actualizaran, buscando su correspondencia con la realidad,<sup>30</sup> se degradaría su eficacia normativa y quedaría afectado el funcionamiento de todo ordenamiento. Loewenstein<sup>31</sup> nos propuso su clasificación ontológica de las Constituciones, en la que implícitamente se evoca la necesidad de superar esa tensión entre normatividad y normalidad. Según su grado de eficacia, las Constituciones son normativas si su eficacia es satisfactoria, nominales si son de regular eficacia, o semánticas cuando presentan muy poca eficacia. Ningún ordenamiento puede soportar que su norma suprema no sea satisfactoriamente eficaz, pues si así ocurriera, todo él se resentiría. Para hablar de una Constitución normativa es nece-

conocida tesis sobre la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales y esa apertura es, también, al propio devenir social, *El Estado constitucional*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, 2001, pp. 149 y ss.

<sup>29</sup> Lucas Verdú, en este sentido, afirma que el carácter dinámico de la Constitución obliga a una interpretación dinámica y que, en consecuencia, la interpretación constitucional dinamiza a la Constitución, en una suerte de proceso de retroalimentación, *Curso...*, *op. cit.*, nota 28, vol. II, pp. 539 y ss.

<sup>30</sup> Son muchos autores los que han apreciado esta necesidad, con claridad lo apunta Jorge Carpizo: “Una Constitución debe cambiar al mismo ritmo que la realidad y para esto hay dos caminos: o que se le reforme o que se le interprete”, *Estudios constitucionales*, México, Porrúa-UNAM, 1996, p. 68. Idea que reiteran Héctor Fix-Zamudio y Jorge Carpizo, “Algunas reflexiones...”, *op. cit.*, nota 23, p. 425. También Salvador Nava Gomar presenta esas dos alternativas, pero se muestra partidario de empezar antes por la interpretación, dado el abuso que de la reforma se hizo en México, para apuntar que la reforma es el último eslabón de la cadena que actualiza la Constitución siendo la interpretación el primero, *Dinámica constitucional: entre la interpretación y la reforma*, México, Universidad Anáhuac del Sur-Porrúa-UNAM-Universidad Complutense, 2003, p. 297. Costantino Mortati, en un contexto europeo en el que la reforma no es tan frecuente, reclama optar por la interpretación más ajustada a las necesidades sociales de cada momento, *La costituzione in senso materiale*, Milán, Giuffrè, 1940, p. 118. También Wrobelsky demanda del intérprete atención a las “exigencias sociales”, entendidas éstas en su acepción más amplia, *op. cit.*, nota 36, p. 79. Néstor Sagués parte de las teorías estadounidenses, acerca de la “Living Constitution”, para recordar que ya el juez Marshall, en el caso *McCulloch v. Maryland*, en 1819, advertía que la Constitución de 1787 estaba “destinada a perdurar en las eras futuras y, por consiguiente, debe adaptarse a las diferentes crisis de los asuntos humanos”, “Interpretación constitucional y ‘Constitución viviente’ (living Constitution)”, en Ferrer Mac-Gregor (coord.), *op. cit.*, nota 10, vol. II, pp. 1017 y ss. Para todo lo referente a la evolución de la Constitución americana, *cfr.* Tribe, Laurence, *Constitutional Choices*, Harvard University Press, 1985, en especial pp. 21 y ss. Donde se refiere a la Constitución en construcción.

<sup>31</sup> Loewenstein, Kart, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1982, pp. 216 y ss.

sario que su desarrollo legislativo y su interpretación favorezcan su eficacia. Y en esta labor es preciso advertir las peculiaridades de la interpretación constitucional<sup>32</sup> que acaba siendo una interpretación tópica<sup>33</sup> y, por ello mismo, imprecisa,<sup>34</sup> pero que, en todo caso, ha de ecaminarse a desplegar el valor normativo de la Constitución.

No es ahora el momento de referirme al compromiso que el legislador democrático tiene con el desarrollo de la Constitución.<sup>35</sup> Me ocuparé sólo de su interpretación evolutiva. Wrobelsky, en un lenguaje casi militar, se refiere a la interpretación operativa de la Constitución,<sup>36</sup> es decir, de aquella que despliega los efectos queridos en ella. Hesse maneja una idea similar, según él hay que promover la voluntad de la Constitución.<sup>37</sup> Ambos descubren la finalidad de toda interpretación de la Constitución que, por lo demás, comparten todas las disposiciones jurídicas. Se trata, pues, de que la Constitución regule efectivamente la realidad constitucional<sup>38</sup> y para ello, será necesario adaptarla a los cambios que en ésta se produzcan.<sup>39</sup>

<sup>32</sup> Así que como recuerda Stern, no es posible una equiparación entre la interpretación de la Constitución y la interpretación de las leyes, *op. cit.*, pp. 290 y ss. En Iberoamérica fue Segundo Linares Quintana el primero en advertir que la interpretación constitucional tiene reglas especiales, entre ellas, la de contar especialmente con las situaciones sociales, económicas y políticas del momento, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, Buenos Aires, Editorial Alfa, 1953, t. II, p. 435. Opinión que suscribe Carpizo, *Estudios constitucionales*, México, Porrúa, 2003, p. 60.

<sup>33</sup> Bien explicada por César Landa, “Teorías de la interpretación constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor (coord.), *op. cit.*, nota 10, pp. 739 y ss.

<sup>34</sup> Imprecisión del método tópico que resalta Javier Pérez Royo, “La interpretación de la Constitución”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *cit.*, nota 10, p. 899.

<sup>35</sup> De este punto y de la conexión entre máximo intérprete de la Constitución y legislador democrático me he ocupado en “Interpretación constitucional y voluntad democrática”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *op. cit.*, nota 10, vol. I, pp. 237 y ss.

<sup>36</sup> Wrobelsky, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación*, Madrid, Civitas, 1985, pp. 35 y ss.

<sup>37</sup> Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 71.

<sup>38</sup> Antonino Pensovechio Li Bassi matiza al advertir que la realidad social que debe tenerse en cuenta en la interpretación constitucional es la realidad constitucional, *L'interpretazione delle norme costituzionali*, Milán, Giuffrè, 1972, p. 63.

<sup>39</sup> Para lograr esta adaptación Fix-Zamudio afirma que la interpretación constitucional ha de tener un “carácter progresivo y no simplemente conservador de las normas fundamentales, ya que la realidad social es mucho más rápida en sus cambios y en su evolución”, “Liniamientos...”, *op. cit.*, nota 22, p. 563.

Además de la rigidez del programa normativo<sup>40</sup> y del sustancial dinamismo de su ámbito normativo, hay otro factor que favorece la interpretación evolutiva de la Constitución: la textura abierta de sus disposiciones,<sup>41</sup> su formalización en abstracto con abundancia de principios.<sup>42</sup> No es que no haya reglas en la Constitución, que las hay, pero abundan los preceptos que, por su ambivalencia, amplían la esfera de discrecionalidad del intérprete; éste no se halla sujeto a una literalidad estricta sino a unos términos que se prestan a las interpretaciones alternativas.

La textura de los preceptos constitucionales, junto con el resto de sus peculiaridades,<sup>43</sup> favorece la creatividad del intérprete y esta creatividad<sup>44</sup> se asocia inevitablemente con la evolutividad, dado el carácter cambiante de la realidad política. La interpretación de las disposiciones constitucionales tiene que enfocarse a captar esas peculiaridades, a las que el intérprete ha de ser sensible.<sup>45</sup>

<sup>40</sup> Es la misma rigidez la que paradójicamente hace inevitable la interpretación evolutiva, Canosa, *Interpretación..., cit.*, nota 4, p. 111.

<sup>41</sup> Como destaca Hesse, el carácter amplio y abierto de la Constitución, *Escritos..., op. cit.*, nota 37, p. 36. En parecidos términos otros autores, entre ellos: Stern, *op. cit.*, nota 4, p. 285; Vega García, Pedro de, *La reforma de la Constitución y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985, p. 191; Lavagna, Carlo, *Istituzioni di diritto pubblico*, Turín, UTET, 1982, p. 207; Wrobelsky, *op. cit.*, nota 37, p. 51; Pérez Tremps, “La interpretación de los derechos fundamentales”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *op. cit.*, nota 10, vol. II, p. 907; y Canosa, *Interpretación..., cit.*, nota 4, p. 112.

<sup>42</sup> Esta abundancia de principios la destacan casi todos los autores, entre ellos Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 81 y ss. Cuando se refiere a la estructura de las normas de derechos fundamentales. También Zagrebelsky, Gustavo, *Il diritto mite*, Turín, Einaudi, 1992, pp. 147 y ss.

<sup>43</sup> Peculiaridades a las que Héctor Fix-Zamudio y Jorge Carpizo denominan “elementos de distinción de las normas constitucionales”: supremacía normativa, contenido político y decisión del poder constituyente, *op. cit.*, nota 23, pp. 392 y ss. *Cfr.* también el interesante estudio de Nieto, Alejandro, “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”, *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, vol. I, 1983, pp. 371 y ss. Asimismo Eduardo García de Enterría, que incide, sobre todo en el valor normativo de la Constitución, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1982 (última edición de 2006), pp. 62 y ss. Y Canosa, *Interpretación..., cit.*, nota 4, pp. 59 y ss.

<sup>44</sup> Que asocio también con la politicidad de la interpretación constitucional, en la medida en la que ésta es creativa y tiene consecuencias políticas, Canosa, R., *Interpretación..., cit.*, nota 4, pp. 124 y ss.

<sup>45</sup> Este necesario enfoque de la interpretación constitucional lo destacan Pierandrei, Franco, “L’interpretazione delle norme costituzionali in Italia”, *Scritti di diritto costituzionale*, Turín, Spe, vol. II, pp. 654 y 655; y Carbone, Carmelo, *L’interpretazione delle norme costituzionali*, Padua, Cedam, 1951 pp. 37 y ss. Más recientemente Fix-Zamudio y Carpizo, Jorge, *op. cit.*, nota 23, p. 398.

sario que su desarrollo legislativo y su interpretación favorezcan su eficacia. Y en esta labor es preciso advertir las peculiaridades de la interpretación constitucional<sup>32</sup> que acaba siendo una interpretación tópica<sup>33</sup> y, por ello mismo, imprecisa,<sup>34</sup> pero que, en todo caso, ha de ecaminarse a desplegar el valor normativo de la Constitución.

No es ahora el momento de referirme al compromiso que el legislador democrático tiene con el desarrollo de la Constitución.<sup>35</sup> Me ocuparé sólo de su interpretación evolutiva. Wrobelsky, en un lenguaje casi militar, se refiere la interpretación operativa de la Constitución,<sup>36</sup> es decir, de aquella que despliega los efectos queridos en ella. Hesse maneja una idea similar, según él hay que promover la voluntad de la Constitución.<sup>37</sup> Ambos descubren la finalidad de toda interpretación de la Constitución que, por lo demás, comparten todas las disposiciones jurídicas. Se trata, pues, de que la Constitución regule efectivamente la realidad constitucional<sup>38</sup> y para ello, será necesario adaptarla a los cambios que en ésta se produzcan.<sup>39</sup>

<sup>32</sup> Así que como recuerda Stern, no es posible una equiparación entre la interpretación de la Constitución y la interpretación de las leyes, *op. cit.*, pp. 290 y ss. En Iberoamérica fue Segundo Linares Quintana el primero en advertir que la interpretación constitucional tiene reglas especiales, entre ellas, la de contar especialmente con las situaciones sociales, económicas y políticas del momento, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, Buenos Aires, Editorial Alfa, 1953, t. II, p. 435. Opinión que suscribe Carpizo, *Estudios constitucionales*, México, Porrúa, 2003, p. 60.

<sup>33</sup> Bien explicada por César Landa, “Teorías de la interpretación constitucional”, en Ferrer Mac-Gregor (coord.), *op. cit.*, nota 10, pp. 739 y ss.

<sup>34</sup> Imprecisión del método tópico que resalta Javier Pérez Royo, “La interpretación de la Constitución”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *cit.*, nota 10, p. 899.

<sup>35</sup> De este punto y de la conexión entre máximo intérprete de la Constitución y legislador democrático me he ocupado en “Interpretación constitucional y voluntad democrática”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *op. cit.*, nota 10, vol. I, pp. 237 y ss.

<sup>36</sup> Wrobelsky, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación*, Madrid, Civitas, 1985, pp. 35 y ss.

<sup>37</sup> Hesse, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 71.

<sup>38</sup> Antonino Pensovechio Li Bassi matiza al advertir que la realidad social que debe tenerse en cuenta en la interpretación constitucional es la realidad constitucional, *L'interpretazione delle norme costituzionali*, Milán, Giuffrè, 1972, p. 63.

<sup>39</sup> Para lograr esta adaptación Fix-Zamudio afirma que la interpretación constitucional ha de tener un “carácter progresivo y no simplemente conservador de las normas fundamentales, ya que la realidad social es mucho más rápida en sus cambios y en su evolución”, “Liniamientos...”, *op. cit.*, nota 22, p. 563.



de que su impacto no producirá un efecto desintegrador, ya que si lo que se pretende es que la norma extraída de un precepto constitucional regule efectivamente la realidad política sin perturbarla ni crear conflictos políticos evitables, el intérprete supremo ha de ser cuidadoso. Es el ejemplo histórico del Tribunal Supremo de los Estados Unidos con su criterio de las cuestiones políticas para declinar pronunciarse acerca de asuntos que mejor tratarían el Ejecutivo o el Legislativo. Así evitaba convertirse, mediante un ejercicio de autocontrol,<sup>54</sup> en actor político. Pero no siempre el Tribunal Supremo puede eludir pronunciamientos con repercusiones políticas — todos los suyos la tienen— y, por lo general, los máximos intérpretes carecen de un *certiorari* que les permita escoger los casos, así que ante la imposibilidad de evitar pronunciarse, deben considerar las consecuencias políticas de sus resoluciones y escoger la solución interpretativa que, fruto de una argumentación cuidadosa, produzca la menor controversia política posible. Este proceder es, en realidad, el verdaderamente evolutivo y permite al máximo intérprete colaborar en el proceso de integración estatal.

La adaptación de la normatividad a la normalidad, cuando hablamos de interpretación constitucional, no consiste en convertir al máximo intérprete en promotor de transformación social y política alguna, ni legitima una interpretación alternativa orientada ideológicamente por el intérprete,<sup>55</sup> sino en defender la Constitución, mediante una interpretación que promueva su eficacia normativa, también cuando la realidad ha cambiado y se espera de él que ofrezca una nueva interpretación que permita a la Constitución seguir los pasos de la realidad. De la función transformadora de la realidad que las Constituciones contemporáneas suelen auspiciar no puede encargarse ningún intérprete ni siquiera el intérprete supremo.<sup>56</sup>

<sup>54</sup> Sobre la evolución de la interpretación constitucional en los Estados Unidos, *cfr.* Wolfe, Christopher, *La transformación de la interpretación constitucional*, Madrid, Civitas, 1991. Y Alonso García, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984; también Beltrán de Felipe, Miguel, *Originalismo e interpretación*, Madrid, Civitas, 1989.

<sup>55</sup> Contra lo que previene Landa, “Teorías...”, *op. cit.*, nota 33, pp. 747 y ss.

<sup>56</sup> Domingo García Belaunde es partidario de una interpretación evolutiva pero alerta contra el peligro de desnaturalización y quebrantamiento de la Constitución, “La interpretación constitucional como problema”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *op. cit.*, nota 10, vol. I, p. 613. Sagués también expone esos peligros y concluye en que la “interpretación mutativa” sólo es viable cuando hay un consenso social unánime o casi unánime, *op. cit.*, p. 1031. Ricardo Guastini se muestra opuesto a la interpretación evolutiva, pues con ella se vulnera la Constitución, al no acudir a la vía de la reforma constitucional, “¿Peculiaridades

La especial apertura a posibles interpretaciones que presentan las disposiciones constitucionales favorece la libertad del intérprete supremo<sup>57</sup> pero no le autoriza a cerrar opciones futuras para el legislador democrático que el constituyente haya dejado deliberadamente abiertas.<sup>58</sup> En estos supuestos la interpretación evolutiva no puede consistir en el cierre de estas alternativas que han de permanecer abiertas. Más bien se tratara de hallar interpretaciones posibles y alternativas —fijando, eso sí, sus límites insoslayables—<sup>59</sup> que, incluso, amplíen las posibilidades del legislador, dando cobertura a su legislación. En relación con la situación anterior se suscita el peligro opuesto: una interpretación constitucional tan abierta que acabe suponiendo una mutación de la Constitución.<sup>60</sup> Son varias las formas a través de las cuales puede operarse una mutación a través de la interpretación,<sup>61</sup> pero

de la interpretación constitucional?”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *op. cit.*, nota 10, vol. I, pp. 660 y ss.

<sup>57</sup> Alcance de esta supremacía que, en general, analizan García de Enterría, *op. cit.*, nota 50, y Rubio Llorente, *op. cit.*, nota 48, p. 611.

<sup>58</sup> Y que el intérprete supremo no puede cerrar como destaca Zagrebeky, *op. cit.*, nota 42, pp. 39 y ss. En el mismo sentido se pronunció el Tribunal Constitucional español en la STC 76/1983, de 5 de agosto, para el alto Tribunal la apertura de la forma de Estado no podía cerrarla el legislador y tampoco, claro está, el propio TC sino que tiene que quedar permanentemente abierta. Javier Pérez Royo también se refiere a la necesidad de que el intérprete supremo se autolimita y deje al legislador democrático espacio suficiente para actuar con libertad, “La interpretación de la Constitución”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *op. cit.*, nota 10, vol. II, p. 899.

<sup>59</sup> Por eso, para Pérez Royo la interpretación constitucional es una interpretación de los límites dentro de los cuales puede moverse el legislador, *op. cit.*, pp. 896 y ss. En parecidos términos Canosa, “Algunos problemas...”, *op. cit.*, pp. 280 y ss.

<sup>60</sup> En general se suele considerar que el supuesto de hecho de la mutación es la incongruencia entre las normas constitucionales y la realidad constitucional, Dau Lin, Hsü, *Mutación de la Constitución*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 29. En parecidos términos, Hesse, *op. cit.*, nota 37, p. 91, y Lucas Verdú, *Curso...*, *op. cit.*, nota 28, vol. IV, p. 163.

<sup>61</sup> Entre la abundante literatura acerca de las mutaciones *cf.* Jellinek, Georg, *Reforma y mutación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991, pp. 21 y ss. Dau-Lin, Hsü, *op. cit.*, nota 60, pp. 87 y ss. Pablo Lucas Verdú, “El problema de las mutaciones constitucionales y la permanencia de la Constitución formal”, *Curso de derecho político*, Madrid, Tecnos, 1984, vol. IV, pp. 137 y ss. Vega García, Pedro de, *La reforma...*, *op. cit.*, nota 11, pp. 179 y ss. Todos ellos ponen de manifiesto que la interpretación es una de las vías a través de las cuales puede materializarse la mutación. Es más: la interpretación puede llegar a consagrar una mutación alentada por el mismo legislador, Canosa, R., “Algunos aspectos problemáticos de la interpretación constitucional”, *Diez años de desarrollo constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Don Luis Sánchez Agesta, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 15, monográfico, pp.

una de ellas es ampararse en el carácter polisémico de las disposiciones constitucionales para consagrar acciones legislativas *a priori* discutibles. En estos supuestos se consagra una nueva interpretación del precepto constitucional en la que encaje la nueva ley. El peligro radica en que la expansividad de la interpretación evolutiva transforme radicalmente el orden jurídico<sup>62</sup> y acabe defendiéndose la ley frente a la constitución, y ésta deje en puridad de constituir<sup>63</sup> y no decida nada, salvo un lábil y amplio marco donde con toda libertad se mueva el legislador.

## II. INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

### 1. *La expansividad de los derechos fundamentales*

Todo lo dicho acerca de la necesaria interpretación evolutiva de los preceptos constitucionales puede ahora proyectarse en el análisis de la interpretación de las disposiciones que proclaman derechos. Como todos los constitucionales, este último tipo de preceptos está dotado de una gran rigidez, mientras que la realidad donde los derechos fluyen es muy cambiante y su formulación literal con frecuencia es poco clara. Asimismo, su interpretación debe favorecer su máxima eficacia.

Las enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos de 1787 que forman su *Bill of Rights* no han sufrido desde su aprobación ninguna variación y apenas otras enmiendas posteriores, sobre todo las introducidas tras

280 y ss. También Nava Gomar, Salvador, "Interpretación, mutación y reforma constitucional", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *op. cit.*, nota 10, vol. II, pp. 809 y ss.

<sup>62</sup> Pietro Merola Chierchia, muy partidario de la interpretación evolutiva, advierte, sin embargo, de ese riesgo, *L'interpretazione sistematica della Costituzione*, Padua, Cedam, 1978, p. 117. También Canosa, *Interpretación...*, *cit.*, nota 4, pp. 127 y ss.

<sup>63</sup> Peligro contra el que nos precave Garrorena, Ángel, "Cuatro tesis y un corolario sobre el derecho constitucional", *Estudios de derecho constitucional. Homenaje al profesor Rodrigo Fernández Carvajal*, Universidad de Murcia, 1997, vol. I, pp. 337 y ss. En la misma línea se manifiesta Wrobelsky para quien "la interpretación no puede comprometer la naturaleza de la Constitución", *op. cit.*, nota 36, p. 91. Fix-Zamudio y Carpizo admiten la que llaman interpretación política, aquella determinada por los factores políticos, pero advierten del riesgo que se corre al ponerla en marcha, pues podría violar la Constitución, *op. cit.*, nota 23, p. 432. También alerta contra este peligro Leibholz, Gehrard, "El Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana y el problema de la apreciación judicial de la política", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 146, 1966, pp. 89 y ss.

la guerra civil, han venido a completarlas. Tampoco las declaraciones internacionales de derechos que son eficazmente defendidas por tribunales internacionales (el Convenio Europeo de Derechos Humanos o el Pacto de San José) han sufrido transformaciones tan grandes, porque los protocolos adicionales proclaman derechos de libertad y no derechos sociales cuyo reconocimiento se efectúa en tratados que no abren reclamación jurisdiccional alguna para los individuos. Otras declaraciones constitucionales, como la española, no han sido nunca modificadas, dada la extraordinaria rigidez de los preceptos que las contienen, rigidez que llega, en el caso alemán, a la intangibilidad. La rigidez se presenta, pues, con mayor intensidad si cabe en las declaraciones de derechos.

Lo anterior favorece el reconocimiento de derechos en leyes ordinarias o, en los Estados federales, en las Constituciones estatales cuya posibilidad relativamente mayor de reforma las convierte en creciente campo de expansividad y experimentación. Así, las novedosas inclusiones de derechos en varios Estados de la Unión Americana contrastan vivamente con la vetustez de la carta federal.<sup>64</sup> También en Italia, recientemente, con la aprobación de estatutos regionales y sobre todo en España, en el actual proceso de reformas estatutarias, se está experimentando una multiplicación de declaraciones de derechos. En los casos español e italiano no se produce, al menos no con carácter general, una duplicación de los derechos constitucionales a escala regional sino una verdadera invención de nuevos derechos que complementan los derechos de la Constitución. Cuando el legislador de los derechos puede actuar, actualiza el ordenamiento jurídico,<sup>65</sup> como acreditan las prolijas declaraciones que recogen las más recientes constituciones iberoamericanas o en el ámbito comunitario europeo con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, o los experimentos italiano y español.

Sin embargo, cuando es inviable la reforma, la adaptación de las viejas declaraciones a los nuevos tiempos se realiza a través de la interpretación de los derechos. Porque, en efecto, la realidad de los derechos cambia cons-

<sup>64</sup> Tarr, Allan, "Federalismo y la protección de los derechos en los Estados Unidos", en Aparicio, Miguel Ángel (ed.), *Derechos y libertades en los Estados compuestos*, Barcelona, Atelier, 2005, pp. 44 y ss.

<sup>65</sup> La "constitucionalización" de nuevos derechos refleja las "metamorfosis de la sociedad" según Cappelletti, Mauro, "Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional", en varios autores, *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 617.

tantemente, en general, de manera expansiva: hay nuevos derechos que emergen y nuevos peligros frente a los que deben protegerse los viejos y los nuevos derechos.<sup>66</sup> La expansividad de los derechos se presenta como una propiedad inmanente.<sup>67</sup> En ocasiones, incluso, el propio constituyente parece anticiparse a esa expansividad y dispone cláusulas de apertura como la recogida en la enmienda IX de la Constitución estadounidense de 1787 o en el artículo 29 de la Constitución Española de 1869. Está, pues, en la mente de todos que no existe un catálogo definitivo de los derechos que sirva para todas partes y en todo tiempo. Se percibe lo contrario: que la expansividad de los derechos nos traerá una generación tras otra<sup>68</sup> y que las sucesivas vendrán a completar las anteriores, aunque a veces provoquen problemas de articulación.<sup>69</sup>

Si las normas constitucionales presentan peculiaridades a las que nos referíamos más atrás, las que entre ellas regulan derechos ofrecen, a su vez peculiaridades dentro de esas peculiaridades. En primer lugar, su doble dimensión como derechos subjetivos y como principios objetivos del orden jurídico.<sup>70</sup> En segundo lugar, su con alguna frecuencia (casos español y alemán) mayor rigidez que otros preceptos de la Constitución, lo que im-

<sup>66</sup> Proceso que explica con detalle Murillo de la Cueva, Pablo Lucas, “Avances tecnológicos y derechos fundamentales. Los riesgos del progreso”, en varios autores, *Derechos humanos y nuevas tecnologías*, Colección Jornadas de Derechos Humanos, Ararteko, núm. 6, 2003, pp. 31 y ss.

<sup>67</sup> Un buen estudio de la expansividad de los derechos lo ofrece Carpio Marcos, Edgar, “La interpretación de los derechos fundamentales”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *op. cit.*, nota 10, vol. I, pp. 346 y ss. Son interesantes también las consideraciones al respecto de Pérez Tremps, Pablo, “La interpretación de los derechos fundamentales”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *op. cit.*, nota 10, vol. II, pp. 907 y ss. Y de Zabrebelsjky, *op. cit.*, nota 42, pp. 116 y ss.

<sup>68</sup> Aunque esta noción de generaciones acaso sólo tenga un valor histórico, como apunta Pizzorusso, Alessandro, “Las generaciones de derechos”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 5, 2001, pp. 291 y ss. Firovanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*, Madrid, Trotta, 1996. Pérez Luño, Antonio, “Las generaciones de los derechos”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 10, 1991, pp. 203 y ss.

<sup>69</sup> *Cfr.* Revenga Sánchez, Miguel, “Sobre (viejos) modelos de justicia constitucional y creación de (nuevos) derechos”, *Revista Española de Derecho constitucional*, núm. 64, 2002, pp. 99 y ss.

<sup>70</sup> Lo que explica con precisión Alexy, Robert, *Teoría..., cit.*, nota 42, pp. 81 y ss.

plica su inclusión en una suerte de supralegalidad constitucional.<sup>71</sup> En tercer lugar, su aplicabilidad directa ya que vinculan no sólo al legislador sino también a los tribunales. Y en cuarto y último lugar, un efecto derogatorio muy intenso, por cuanto no pueden subsistir en el ordenamiento normas preconstitucionales contrarias a los derechos proclamados en la Constitución.

También los enunciados constitucionales que proclaman derechos presentan el rasgo de abstracción y falta de precisión que caracteriza a las disposiciones constitucionales en general. Su interpretación es, en expresión de Hesse,<sup>72</sup> una concreción, la fijación de su sentido normativo para el caso concreto. La propia expresión del constitucionalista alemán denota que se reducirá la disposición abstracta a un sentido normativo preciso, creando una norma particular.<sup>73</sup> La identificación entre interpretación y concreción es pertinente, sobre todo cuando se opera con disposiciones constitucionales cuyo grado de abstracción es mayor. Como Böckenförde apunta, en la misma línea que Hesse, las disposiciones reguladoras de derechos necesitan ser “rellenadas”,<sup>74</sup> concretadas, porque en ellas se emplean fórmulas lapidarias que carecen de un único sentido material. Dejan, pues, alternativas al intérprete, y entre ellas habrá de acogerse la más actualizada, es decir, la mejor adaptada a la realidad de su tiempo de aplicación. La labor de concreción está asociada indisolublemente al momento presente,<sup>75</sup> ponderando la garantía de la libertad y las exigencias del interés social.

Es verdad que la proclamación de los derechos pretende concretar las posiciones jurídicas de las personas y que, en este sentido, su grado de abs-

<sup>71</sup> Que explica, respecto del caso español, Vega García, Pedro de, *La reforma...*, cit., nota 41, pp. 159 y ss. A esa supralegalidad, en la que estarían los derechos, se refieren Fix-Zamudio y Carpizo, *op. cit.*, nota 30, p. 396.

<sup>72</sup> Hesse, *Escritos...*, cit., nota 37, p. 43. En general la doctrina alemana acoge esta noción de la interpretación como concreción, vease como ejemplo Stern, *op. cit.*, nota 4, pp. 287 y ss. O el propio Larenz, Kart, *op. cit.*, nota 9, p. 200.

<sup>73</sup> Como es sabido, Kelsen defiende el carácter normativo de las sentencias en donde se formalizaría la interpretación, la norma particular, extraída por interpretación, llegando a decir que “la función judicial, lo mismo que la legislativa, es, al propio tiempo, creación y aplicación del derecho”, *op. cit.*, nota 1, p. 159.

<sup>74</sup> El intérprete cumpliría una función rellena que, en realidad, es la de concretar el contenido del derecho, Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, pp. 44 y ss. Tribe destaca la especial creatividad en la construcción de los derechos, *op. cit.*, pp. 165 y ss.

<sup>75</sup> Ronald Dworkin propone una “interpretación liberal” ajustada al momento presente, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, p. 213.

tracción es menor que el de aquellos preceptos de la Constitución que establecen principios cuyo significado es aún más amplio. A pesar de lo anterior, es notable el grado de indeterminación que también presentan estas disposiciones, lo que hace precisa su concreción y, *a priori*, su eventual interpretación evolutiva. Nada parece más necesario, en un Estado fundado para proteger la libertad, que la necesaria adaptación al tiempo de las disposiciones que la proclaman.<sup>76</sup> Si esta tarea se abandonara, la expansividad de los derechos carecería de cauce para materializarse en la vida jurídica y la principal finalidad de toda interpretación constitucional, el despliegue de todos los efectos normativos se vería defraudado. Este despliegue de la fuerza normativa de la Constitución se tiene necesariamente que traducir en clave favorable a la libertad. El criterio *favor libertatis* implica elegir la interpretación más favorable a los derechos y puede ir de la mano de su interpretación evolutiva si favorecer la libertad exige esa adaptación a las nuevas realidades que acaso el legislador constituyente ni siquiera imaginó. La creación de derechos, la ampliación del contenido de los existentes o la extensión del ámbito protegido responden al criterio *favor libertatis* que con frecuencia se materializa en la interpretación evolutiva. Se trata, en definitiva, de evitar que situaciones merecedoras de protección, no la reciban y la injusticia que tal desconocimiento supone, se perpetúe.<sup>77</sup>

Según cuál sea la teoría de los derechos de la que se parta, cristalizará de tal o cual manera el elemento evolutivo en su interpretación. Las diferentes teorías que cataloga y explica Böckenförde,<sup>78</sup> pueden guiar nuestro trabajo. Algunas de estas teorías beneficia el entendimiento evolutivo de los derechos pero no precisamente la primera de ellas, la teoría liberal<sup>79</sup> que concibe los derechos, en principio ilimitados, como libertades negativas, sobre las cuales el Estado debe abstenerse de intervenir (principio de distribución). La libertad vale por sí misma y postula la inactividad estatal. Esta teoría elude el problema social y rechaza la igualdad sustancial, quedándose sólo con la igualdad formal. Tampoco comprende la eficacia entre

<sup>76</sup> Habida cuenta del carácter integrador del contenido material de los derechos fundamentales, Smend, *op. cit.*, nota 51, pp. 225 y ss.

<sup>77</sup> Porque, como destaca. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, la injusticia es el verdadero motor de la creación de nuevos derechos, "Avances tecnológicos y derechos fundamentales. Los riesgos del progreso", *op. cit.*, p. 37.

<sup>78</sup> *Op. cit.*, nota 74, pp. 47 y ss.

<sup>79</sup> Explicada magistralmente por Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1992, pp. 164 y ss.

particulares de los derechos porque éstos valen frente al Estado mientras que, en la relaciones *interprivatos*, reina la autonomía de la voluntad.

La teoría liberal, aunque represente el punto de partida histórico del tratamiento jurídico de los derechos, no puede ser la única empleada en la actualidad, porque, si lo fuera, elementos centrales de la protección de la libertad que son hoy indiscutibles no tendrían cabida, como la mencionada igualdad sustancial o la *Drittwirkung*, la segunda creada por la jurisprudencia en uno de los más importantes ejemplos de jurisprudencia evolutiva. Tampoco habría permitido la interpretación preferente de algunos derechos en atención a su función social (la libertad de prensa por ejemplo) ni podía hablarse de un derecho la protección del Estado asociado a cada posición jurídica y fundamental.

Casi nadie sostiene, hoy en día, que los derechos sean ilimitados, absolutos, sino que se aceptan las potenciales limitaciones, asociadas a la cada vez mayor pluralidad de derechos e intereses nuevos. La teoría liberal inspira, sin embargo, al escrutinio escrupuloso de las afectaciones y restricciones de los derechos, a través del juicio de proporcionalidad, que impide que tales limitaciones se introduzcan arbitrariamente. Es una cautela necesaria porque la emergencia de nuevos derechos, la extensión de la eficacia *interprivatos* o los derechos de protección acaban, sin remedio, afectando a otros derechos, con frecuencia a libertades negativas. La evolución normativa y jurisprudencial ha complicado el sistema de protección de los derechos, al multiplicar los potenciales conflictos entre ellos y la acción tuitiva de los poderes públicos. En este contexto, demandar un riguroso juicio de proporcionalidad,<sup>80</sup> evita que la relación entre los derechos se diluya, al momento de interpretarlos, en una arbitraria ponderación del juzgador.

Mucho más favorecedora de la libertad del legislador y de la interpretación evolutiva es la teoría de los derechos que los concibe objetivamente como principios o institutos, vinculados a determinados intereses y cuya función es la ordenación de los ámbitos vitales por ellos protegidos.<sup>81</sup> La regulación de estos ámbitos corresponde al legislador que, al considerar esos intereses sociales, puede llegar a limitar el ejercicio de otros derechos.

<sup>80</sup> Un estudio muy completo de esta problemática nos la ofrecen Bernal, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, y Brage, Joaquín, *Los límites de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004.

<sup>81</sup> *Cfr.* en este sentido Böckenförde, *op. cit.*, nota 74, pp. 53 y ss.



Esta concepción deriva de la clásica idea de garantía institucional,<sup>82</sup> y su conexión con la realidad subyacente, representada por los intereses sociales que han de protegerse, ensancha la libertad del legislador, pero, asimismo, la del intérprete para ponderar los intereses en conflicto o necesitados de protección, adaptándolos al momento presente.

A Smend<sup>83</sup> debemos la teoría axiológica de los derechos fundamentales; éstos serían emanaciones del fundamento axiológico de la comunidad, por lo que operan, como en la teoría institucional, al modo de normas objetivas. En el pensamiento de Smend, los derechos son factores determinantes del proceso de integración, de realización de los valores expresados en esos derechos, cuyo disfrute individual permite la integración de los sujetos en el pueblo del Estado. Si la teoría institucional objetiva los derechos conectándolos con los intereses sociales, la teoría axiológica lleva a cabo esa objetivación asociándola a los valores que los derechos encarnan; éstos valen según valga el valor que vengan a realizar.

Se han destacado los riesgos que esta concepción implica ya que, por un lado, no es fácil identificar una jerarquía de valores<sup>84</sup> y, por otro, los valores están en constante mutación.<sup>85</sup> El resultado y el mayor peligro es que la interpretación de los derechos, orientada según la teoría axiológica, permita, en efecto, resolver conflictos entre ellos o pronunciarse acerca de la legitimidad de sus limitaciones, pero provoque un arriesgado decisionismo judicial,<sup>86</sup> donde el intérprete efectúe una arbitraria ponderación de valores, al margen de la estricta interpretación jurídica. Su interpretación será axiológica y, según los críticos de esta teoría, disolvente de su juridicidad.

En este contexto, la interpretación orientada valores es irremediablemente también evolutiva. Podíamos hablar así de una evolutividad axiológica porque el intérprete ha de reparar en las transformaciones que se producen en la consideración de los valores. El dato de la realidad que interesa es éste y no tanto los demás, pues son los valores los elementos esenciales

<sup>82</sup> Seguramente Schmitt es el mejor teórico del concepto de garantía institucional, *Teoría...*, *op. cit.*, nota 84, pp. 175 y ss.

<sup>83</sup> Son los derechos fundamentales, especialmente, los que conforman el contenido material de la Constitución y le dotan su carácter integrador, Smend, *op. cit.*, nota 51, pp. 225 y ss.

<sup>84</sup> Ya Carl Schmitt hizo una crítica demoledora de la consideración valorativa del ordenamiento constitucional, "La tiranía dei valori", *Rassegna di Diritto Pubblico*, 1970, pp. 1 y ss.

<sup>85</sup> Forsthoft, Ernst, *La trasformazione della legge costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1973, pp. 45 y ss.

<sup>86</sup> Contra la que alerta Böckenförde, *Escritos...*, *op. cit.*, nota 74, pp. 59 y ss.

del proceso de integración. Al buen fin de este proceso colabora el intérprete de los derechos, desvelando que valor es el preferente cuando los interpreta. Máxima libertad de intérprete y más intensa utilización del elemento evolutivo, pero orientado a valores.

La tercera teoría objetivadora de los derechos es la democrática funcional.<sup>87</sup> Si la institucional destaca que los derechos sirven a intereses sociales y la axiológica que encarnan valores, la democrática funcional entiende que los derechos sirven al buen funcionamiento del sistema democrático y, en consecuencia, la interpretación idónea de un derecho sería aquella que favoreciera el proceso democrático. Como en el caso de las restantes objetivaciones, hay en ésta campo para la interpretación evolutiva, en la medida en la que la realidad política muta constantemente y renueva las necesidades del proceso democrático que la interpretación de los derechos debe atender. El intérprete tendrá que aplicar aquí lo que podríamos denominar una evolutividad democrática, política, originando los mismos peligros que advertíamos al referirnos a la teoría axiológica.

Frente a la concepción liberal de los derechos, en la que éstos valen por sí mismos y son, en principio, ilimitados, las teorías objetivadoras “funcionalizan” los derechos que sirven, en cada caso, para atender los intereses sociales, los valores o las exigencias de la vida democrática. Y si la teoría liberal deja margen reducido para la evolutividad, las teorías objetivas la favorecen intensamente, pero orientándola, cada una, en un determinado sentido.

Por último, Böckenförde<sup>88</sup> llama la atención acerca de la teoría de los derechos sociales en el Estado social que intenta combinar la libertad jurídica con la libertad real, incluyendo en las cartas constitucionales derechos sociales de prestación. El ámbito de la libertad ya no es aquel autárquico y estrictamente individual, ideado por el liberalismo primero sino uno de relaciones y prestaciones sociales, donde el Estado no sólo está obligado a no entorpecer el disfrute de la libertad sino a satisfacer las prestaciones a las que los ciudadanos tienen derecho, e implantar efectivamente la libertad en la realidad.<sup>89</sup>

<sup>87</sup> Böckenförde, *Escritos...*, cit., nota 74, pp. 60 y ss.

<sup>88</sup> *Ibidem*, pp. 63 y ss.

<sup>89</sup> Un buen planteamiento del Estado social desde la teoría de los derechos la ofrece Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías*, Madrid, Trotta, 2004, en especial pp. 50 y ss.

El problema, ya conocido, de los derechos sociales es su grado de vinculación a los jueces y la imposibilidad de que éstos, sin mediación del legislador disponiendo de los recursos para su satisfacción, los hagan valer directamente. Si esto hicieran, los tribunales suplirían al legislador y sufriría el Estado de derecho.<sup>90</sup> Se precisa, pues, la acción del legislador, titular de la competencia presupuestaria, para concretar los contenidos de los derechos de prestación y los recursos financieros destinados a su satisfacción. Los derechos sociales actuarían a los sumo, en palabras de Häberle, como “derechos fundamentales parámetro”.

Por añadidura, los derechos clásicos comienzan a recibir, en general y como derivación de tesis jurisprudenciales pero a veces también mediante prescripciones normativas, una dimensión prestacional: el Estado debe protegerlos y esta misión acaba incorporada al contenido del derecho. El resultado de sumar libertades negativas, la dimensión positiva de éstas, más las libertades positivas complica la interpretación de los derechos fundamentales,<sup>91</sup> de ahí que el panorama actual de su interpretación sea el de acumulación de elementos y criterios,<sup>92</sup> lo que se ha dado en llamar método tópico,<sup>93</sup> encaminado al logro del resultado óptimo en un caso concreto. Se trata, en definitiva, de integrar distintas teorías y métodos que están a disposición del intérprete para que sea él quien los emplee alternativamente, uno o varios, en la resolución de cada caso. Teniendo en cuenta, además, que la interpretación específica de las disposiciones declaratorias de derechos genera sus propias reglas hermenéuticas.<sup>94</sup> Esta situación amplía su libertad, su discrecionalidad y creatividad,<sup>95</sup> además de que favorece la natural adaptación de la normatividad a la realidad por vía de un entendimiento

<sup>90</sup> Es el riesgo de lo que Forsthoff denomina “socializar la argumentación jurídica”, *El Estado social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, p. 197.

<sup>91</sup> Tanto los derechos clásicos como los sociales reclaman una interpretación expansiva, Zagrebelsky, Gustavo, “El Tribunal Constitucional italiano”, en varios autores, *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, *op. cit.*, nota 65, p. 421 y Cappelletti, *op. cit.*, nota 65, p. 628.

<sup>92</sup> Como propongo en *Interpretación...., cit.*, nota 4, pp. 81 y ss.

<sup>93</sup> Como proponen, entre otros, Hesse, *Escritos..., cit.*, nota 37, p. 45; Stern, *op. cit.*, nota 4, pp. 280 y ss. Häberle, por su parte, demanda la “integración práctica” de los topoi en la interpretación de los derechos, *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, Lima, PUPC, 1997, p. 273.

<sup>94</sup> Que analiza Stern, “Riflessioni sull’interpretazione dei diritti fondamentali”, *Diritto e Società*, núm. 2, 1995, pp. 213 y ss. Reglas bien sintetizadas por Carpio, Marcos, *op. cit.*, nota 67, pp. 328 y ss.

<sup>95</sup> Canosa, *op. cit.*, nota 4, pp. 106 y ss. También Stern, *op. cit.*, nota 4, pp. 287 y ss.

evolutivo del ordenamiento. En general, ya se admite que el sentido de las normas reconocedoras de derechos ha cambiado para adquirir una dimensión polivalente.<sup>96</sup>

En este contexto, Böckenförde<sup>97</sup> habla del “problema de la teoría de los derechos fundamentales constitucionalmente adecuada”, para alertar contra los peligros de emplear teorías que no se corresponden con lo establecido en la ley fundamental, pues si esto ocurriera, se podría llegar a producir, incluso, una mutación de la Constitución.<sup>98</sup> Siendo esto verdad, también lo es que la mayoría de las Constituciones de nuestro tiempo han abierto la puerta a la socialización de la libertad y a la llegada de derechos sociales. También en ellas hay una valorización de la democracia y todas ellas consagran, de una manera más o menos explícita, un orden de valores (artículo 1.1 de la Constitución española, por ejemplo).<sup>99</sup> Todas ellas deben, por lo demás, adaptarse a la realidad cambiante. Todo lo anterior explica la constante apelación al método tópico que, en realidad, es un método de métodos, y que, con su polivalencia, favorece la comprensión evolutiva de los derechos.

Además, no siempre los catálogos de derechos responden a una idea coherente que facilite esa teoría constitucionalmente adecuada de los derechos propugnada por Böckenförde. Es frecuente, y el caso español es significativo,<sup>100</sup> que una carta constitucional se nutra de derechos de muy diversa índole y no bien organizados. Lo anterior no deja de tener consecuencias en la interpretación que puede tornarse desorganizada,<sup>101</sup> como la declaración que debe concretar.

Como es notorio, la interpretación de los derechos ya no es sólo tarea de los Estados, aunque sean éstos sus principales valedores. Las declaraciones internacionales y, en especial, la jurisprudencia de tribunales como el Tri-

<sup>96</sup> La bibliografía al respecto es inabarcable, *cfr.* en lengua española, Rubio Llorente, *op. cit.*, nota 48, pp. 90 y ss.

<sup>97</sup> *Escritos...*, *op. cit.*, nota 74, p. 68.

<sup>98</sup> Peligro que explica Böckenförde, *op. cit.*, nota 74, p. 68.

<sup>99</sup> Este precepto establece: “España se constituye en un Estado social y democrático de derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

<sup>100</sup> Lo que pone de relieve Rubio Llorente y que acredita, a su juicio, “un regateo político, ligeramente miope” en su proceso de elaboración, *op. cit.*, nota 48, p. 90.

<sup>101</sup> Dando lugar a una interpretación tópica desordenada, como denuncia Alexy, *Teoría...*, *op. cit.*, nota 42, p. 38. En parecido sentido, Stern, “Riflessioni...”, *op. cit.*, nota 94, p. 240.

bunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) o la Corte de San José han forzado un diálogo entre todos los tribunales de los derechos,<sup>102</sup> que se salda las más de las veces con la supremacía de la opinión de quien dice la última palabra, a la que, por una u otra vía, los Estados se someten, bien porque las declaraciones internacionales tengan rango constitucional,<sup>103</sup> porque incluso se reconozca su supremacía y con ella la de interpretación de los tribunales internacionales, como ocurre en Costa Rica,<sup>104</sup> o porque los intérpretes estatales se sometan a la interpretación de estos tribunales, como sucede en el caso español.<sup>105</sup> El Estado no sólo ha renunciado a ostentar el monopolio de la tutela de los derechos, al suscribir declaraciones internacionales de derechos y reconocer la jurisdicción de los tribunales internacionales que las aplican, ha renunciado también a la autonomía de sus propios tribunales en la interpretación de los derechos, cuando hace suya la sentada por esos tribunales internacionales.

No hay duda de que, al ser la materia derechos típicamente constitucional, las normas que las declaran, aunque sean internacionales o comunitarias, son materialmente constitucionales, y su interpretación, en conse-

<sup>102</sup> Que acaba imponiendo un entendimiento común de los derechos a los Estados que han reconocido su jurisdicción, como destaca García Roca, Javier, “El Preámbulo: contexto hermenéutico del Convenio, un instrumento constitucional de orden público europeo”, en García Roca, Javier y Santolaya, Pablo (coords.), *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pp. 21 y ss. Diálogo entre los tribunales que ya propugnó, para el Tribunal Constitucional y los tribunales ordinarios, Bachof, Otto, *Jueces y Constitución*, Madrid, Civitas, 1985. Y para el caso español Carrillo, Marc, “El diálogo entre tribunales como condición para la tutela de los derechos fundamentales”, en varios autores, *Integración europea y Poder Judicial*, Oñati, IVAP, 2006, pp. 313 y ss.

<sup>103</sup> Recuerda, Carpio Marcos, que la Constitución del Perú de 1979 fue la primera, en Iberoamérica, en reconocer a los tratados internacionales sobre derechos rango constitucional, *op. cit.*, nota 67, pp. 374 y ss. También, entre otras, la Constitución argentina, tras la reforma de 1994 (artículo 75.22).

<sup>104</sup> Sobre el caso de Costa Rica, *cf.* la tesis doctoral recientemente defendida en la Universidad Complutense por Carolina León Bastos, “La interpretación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, en la Constitución Española de 1978 y en la Constitución Política de Costa Rica de 1949”, diciembre de 2006.

<sup>105</sup> Gracias a la interpretación expansiva que de él ha hecho el Tribunal Constitucional español, que ha supuesto la supremacía de la interpretación del TEDH en la interpretación de las normas internas españolas sobre la materia, Saiz Anáiz, Alejandro, *La apertura al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999.

cuencia, es también interpretación constitucional.<sup>106</sup> Como los tribunales internacionales dicen la última palabra, ésta acaba de una u otra suerte vinculando al intérprete estatal de los derechos, dando pie a una interpretación conforme a la dada a los derechos por el intérprete internacional.<sup>107</sup>

Tampoco los espacios de integración supranacional, como el de la Unión Europea, son ajenos a este proceso en el que tienen importancia creciente y más que tendrán en el futuro.<sup>108</sup> En este contexto europeo, la interrelación entre los distintos tribunales de los derechos nutre un entendimiento común de éstos que es el núcleo de ese “derecho constitucional común europeo”, al que se refiere Häberle.<sup>109</sup> En este sentido algunos de los mejores ejemplos de interpretación evolutiva de los derechos provienen como veremos, de los tribunales internacionales.

## *2. Circunstancias que favorecen la interpretación evolutiva de los derechos*

Hemos advertido en el epígrafe anterior que la interpretación evolutiva se ve favorecida más o menos, según la teoría de los derechos fundamentales de la que se parta, pero también reparamos en que es el método tópico, argumentativo, el que prolifera y no una concepción unilateral que presida toda interpretación. Ello significa que, cuando el punto de vista del intérprete adopta posiciones más abiertas, la interpretación evolutiva se abrirá camino y esto sucederá sin remedio cuando se haya de adaptar el ejercicio de los derechos fundamentales a la realidad. En otras palabras, esta necesidad de actualización obliga al intérprete a razonar desde una concepción de los derechos que favorezca o al menos no impida la evolutividad.

El punto de partida es, pues, esa libertad argumentativa que favorece la creatividad del intérprete. Al concretar los derechos, delimitando su conte-

<sup>106</sup> Asimilación que analiza con solvencia Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional (dimensión transnacional del derecho procesal constitucional)”, en Ferrer Mac-Gregor (coord.), *op. cit.*, nota 10, vol. I, pp. 521 y ss.

<sup>107</sup> *Cfr.* Carpio Marcos, *op. cit.*, nota 67, pp. 375 y ss. Y Saíz Anáiz, Alejandro, *La apertura al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*, *cit.*, nota 105.

<sup>108</sup> Sobre los derechos fundamentales en la Unión Europea, *cfr.* para todo Alonso, Ricardo y Sarmiento, Daniel, *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Explicaciones, concordancias, jurisprudencia*, Madrid, Thomson-Civitas, 2006.

<sup>109</sup> Häberle, *op. cit.*, nota 28, pp. 66 y ss.

nido, podrá actualizarlos para acompararlos a la realidad, es decir, adaptará el programa normativo, el contenido del derecho, a su ámbito normativo, la realidad donde el derecho se disfruta. En este contexto hay un dato previo del que el intérprete tiene que partir: el enunciado del derecho, las palabras con las que se declara. Estas palabras, el elemento literal de la interpretación son un límite en principio insoslayable ya que no se las puede hacer decir, por vía interpretativa, lo que de ningún modo significan en su literalidad.<sup>110</sup> Pero aquí hemos de recordar la característica labilidad de toda disposición constitucional, su carácter polisémico, y también los enunciados que recogen derechos comparten esta característica con el resto de los preceptos constitucionales, lo que, como en páginas atrás explicaba, favorece las posibilidades de elegir entre interpretaciones varias y, por tanto, la de escoger la interpretación más adaptada a la realidad.

No todos los enunciados de los derechos permiten la misma versatilidad, hay algunos que presentan un mayor grado de precisión acerca de cuáles son sus contenidos posibles, por ejemplo el derecho de huelga o de manifestación; otros, en cambio, se presentan en fórmulas que permiten convertirlos en receptáculos de nuevos contenidos, nuevas situaciones jurídicas individuales, posiciones iusfundamentales que pueden adscribirse a ese enunciado. Véanse como ejemplo el derecho al libre desarrollo de la personalidad, proclamado en el artículo 2.1 de la Ley Fundamental de Bonn, o el derecho a la vida privada y familiar que reconoce el artículo 8o. del CEDH. La labilidad de ambas proclamaciones ha permitido a sus intérpretes integrar en ellas posiciones iusfundamentales nuevas y a veces inesperadas que son ejemplos perfectos de actualización, de evolutividad, asociada a la tantas veces mentada expansividad de los derechos. Ésta expansividad es la consecuencia de la promoción de su eficacia mediante una interpretación *favor libertatis*. A veces la expansividad se encauza en las propias normas que reconocen expresamente nuevos derechos, pero sabemos que es también frecuente la permanencia de las viejas declaraciones. Es en estos últimos supuestos cuando la expansión se efectúa mediante la interpretación evolutiva. Si ésta no se activara los derechos no se actualizarían, no se expandirían, y ámbitos de la libertad, emergentes en la realidad, quedarían desprotegidos.

<sup>110</sup> El tenor literal de las disposiciones “amojona” el camino de la interpretación, según la castiza expresión empleada por el traductor del libro de Larenz, *op. cit.*, nota 9, p. 320, es decir que fija unos límites insuperables; *cf.* también Canosa, *Interpretación....*, *op. cit.*, nota 4, p. 94.

Si la expansión de los derechos se efectúa mediante el reconocimiento normativo ya no es preciso acudir a la interpretación porque la garantía de esas nuevas posiciones iusfundamentales se halla en la Constitución. Si falta el reconocimiento es cuando debe operar la interpretación. Se pone en marcha entonces el mecanismo que Alexy<sup>111</sup> denomina “adscripción” y que consiste en considerar comprendido, en el enunciado normativo, lo que hasta ese instante no se entendía incluido. El resultado es una nueva posición iusfundamental que, gracias a la interpretación evolutiva, pasa a adquirir carta de naturaleza jurídica.

El más grave inconveniente de la interpretación evolutiva, asociada a la expansividad de los derechos, es que el desvelamiento de nuevas posiciones iusfundamentales conlleve límites de otras posiciones iusfundamentales que tienen reconocimiento constitucional expreso. El mismo problema, de patente contradicción, se produce cuando se proclaman los derechos en potencial conflicto; la diferencia estriba en la inexistencia de regulación expresa de aquella posición iusfundamental creada por la jurisprudencia. Claro está que la opinión del máximo intérprete de la Constitución se adhiere a la disposición constitucional interpretada y pasa a formar un todo con ella, de tal suerte que tanto las posiciones iusfundamentales expresamente enunciadas como aquellas inferidas por interpretación se proyectan en el ordenamiento con igual intensidad.

También puede ser inconveniente que se extienda interminablemente el contenido de un derecho, dando cobijo a situaciones jurídicas que no encajan en el enunciado normativo. Se podría devaluar el contenido esencial del derecho,<sup>112</sup> el formado por sus posiciones iusfundamentales inequívocas. El ejemplo de este supuesto lo ofrece la interpretación del derecho a la vida privada y familiar, proclamado en el artículo 8o. del CEDH. Pareciera que el TEDH lo ha convertido en un cajón de sastre donde todo cabe, hasta lo más insólito.<sup>113</sup> No obstante lo anterior, es difícil ser crítico con una interpretación expansiva, pues sólo una deficiente argumentación de la adscripción de una nueva posición iusfundamental sería criticable; la falta de explicación tornaría caprichosa esa adscripción y difícil de seguir para los intérpretes secundarios y para el legislador de los derechos.

<sup>111</sup> Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 42, pp. 66 y ss.

<sup>112</sup> Como advierte Pérez Tremps, *op. cit.*, nota 41, p. 907.

<sup>113</sup> *Cfr.* el análisis de la jurisprudencia del TEDH acerca de este derecho, realizado por Pablo Santolaya Machetti, *op. cit.*, nota 118, pp. 487 y ss.



Lo anterior plantea un interrogante que afecta a la relación entre legislador democrático y máximo intérprete de la Constitución. Aquél es el órgano encargado de desarrollar los derechos concretando su contenido, éste se ocupa de vigilar que el legislador no desproteja el contenido de los derechos constitucionalmente configurados,<sup>114</sup> lo que el artículo 19 de la Ley Fundamental de Bonn y el artículo 53.1 de la Constitución Española denominan contenido esencial;<sup>115</sup> éste viene a ser un contenido mínimo, indisponible para el legislador que éste puede regular y enriquecer con contenidos adicionales pero no disminuir ni desfigurar. Los contenidos adicionales, por ejemplo de la libertad sindical, se integrarían en el contenido constitucionalmente protegido y servirían para la adaptación del derecho a la realidad. Incorporar más o menos contenidos adicionales queda así al albur del legislador.<sup>116</sup>

En relación con lo anterior, conviene preguntarse por el alcance de la ampliación del contenido de los derechos protagonizada por el intérprete supremo. No cabe describir esta operación, aunque tal vez lo sea, como una atribución de contenidos adicionales que rebasa los perfiles del contenido esencial. Si así fuera, entonces el intérprete estaría ocupando el papel del legislador democrático a quien corresponde disponer de esos contenidos adicionales. Acaso se trata de un mero juego de palabras, pero, *a priori*, debemos entender que cuando el intérprete supremo descubre nuevos contenidos de un derecho, éstos se encuadran en el contenido esencial y por eso mismo vinculan al legislador. En este supuesto el intérprete se adelanta al legislador y, porque es el intérprete supremo, los nuevos contenidos se integran en el contenido esencial.

<sup>114</sup> Al fijar el contenido de los derechos, el intérprete aclara sus límites internos que no puede establecer el legislador y que deben inferirse de la Constitución, Pérez Tremps, *op. cit.*, nota 41, p. 908.

<sup>115</sup> Sobre el contenido esencial *cfr.* el clásico libro de Häberle, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2003. En España el también clásico de Martín-Retortillo Lorenzo e Otto Pardo Ignacio de, *Derecho fundamentales y Constitución*, Madrid, Civitas, 1988, en especial las pp. 95 y ss. Asimismo Jiménez Campo, Javier, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999, pp. 66 y ss.

<sup>116</sup> STC 11/1981, de 8 de abril.

### 3. *Modos de manifestarse la interpretación evolutiva de los derechos*

Me parece útil desgranar los distintos supuestos en los que se manifiesta la interpretación evolutiva de los derechos. No siempre son supuestos puros por lo que no es fácil deslindarlos, y algunos sirven como ejemplo de varios modos de presentarse la evolutividad. Los ejemplos más llamativos los suele ofrecer la jurisprudencia internacional, singularmente el TEDH. Veamos.

#### *A. Interpretación del enunciado de un derecho que dota de sentido nuevo a la posición iusfundamental reconocida*

En este caso no hay adscripción de nuevas posiciones iusfundamentales sino una interpretación diferente, expansiva o restrictiva, de las ya conocidas. Generalmente la expansividad de los derechos condiciona toda interpretación evolutiva, así que el nuevo entendimiento del derecho favorece su ejercicio, de tal suerte que la posición iusfundamental que significaba algo concreto ahora sigue significándolo, pero este significado entraña mejor ejercicio del derecho. No resulta fácil de diferenciar este supuesto de aquellos en los que hay una clara ampliación, y a las posiciones iusfundamentales previas se añaden otras que actualizan el ejercicio del derecho que las comprenda a todas.

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español hay un ejemplo clamoroso de ampliación del ámbito de posiciones iusfundamentales ya expresamente reconocidas, por la vía de extender su significado. Hablamos de los derechos procesales, reconocidos en el artículo 24 de la Constitución. Prácticamente han acabado convertidos en una suerte de macroderechos a la correcta aplicación de la legislación procesal. Lo anterior ha provocado la inflación de recursos de amparo que ha colapsado el funcionamiento del alto Tribunal, poniendo de manifiesto que la expansividad de los derechos multiplica los requerimientos de los ciudadanos y las obligaciones estatales de preservarlos.

Un ejemplo canónico de este entendimiento evolutivo de los derechos es la interpretación, dada por el TEDH, a la prohibición de torturas, penas y tratos inhumanos y degradantes (artículo 3o., CEDH). El TEDH ha ido cambiando su jurisprudencia para considerar tortura u otro tipo de trato prohibido situaciones que antes habría desechado. De modo parecido ha

actuado la Corte de San José. Justifican este proceder en los cambios en la percepción social, y son muchos los pronunciamientos de ambos tribunales,<sup>117</sup> entre ellos, el tempranero y célebre caso *Soering contra Reino Unido*, de 7 de julio de 1989;<sup>118</sup> donde el TEDH aprecia infracción de la prohibición de tratos inhumanos que podría padecer un sujeto extraditado a los Estados Unidos donde podría acabar en el corredor de la muerte si llegaba a ser condenado a la pena capital, padeciendo la angustia propia de tal situación. Muy explícito es el TEDH en los casos *Henaf contra Francia*, de 27 de noviembre de 2003, y *Yankov contra Bulgaria*, de 11 de diciembre de 2003, el TEDH afirma que el Convenio ha de interpretarse como un instrumento vivo, a la luz de las circunstancias actuales que imponen una protección mayor de los derechos frente a conductas que en el pasado habrían sido irrelevantes. Así, en el caso Henaf, encadenar a un detenido a la cama de un hospital o en el caso Yankov, el rapado de un detenido son considerados tratos vedados por el Convenio.

Otro ejemplo de evolución, mediante el cambio de sentido dado a una previa posición iusfundamental, nos lo ofrece el derecho a contraer matrimonio que el artículo 32.1 de la Constitución Española y el artículo 12 del CEDH reconocen al hombre y a la mujer.<sup>119</sup> Sin embargo, el artículo 9o. de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea deliberadamente omitió referencia alguna al sexo de los contrayentes, abriendo la puerta al matrimonio entre homosexuales. La jurisprudencia del TEDH había ido evolucionando para aproximarse a este resultado y lo alcanza, invocando la Carta de Niza, en los casos *Christine Goodwin contra Reino Unido* e *I. contra Reino Unido*, ambos de 11 de julio de 2002. Abandona su jurisprudencia, basada en el criterio biológico de que sólo contrayentes de diferente sexo pueden procrear y, en consecuencia casarse, para admitir que, a la luz de los cambios sociales en la institución del matrimonio, es admisible el matrimonio homosexual. Se trata de un ejemplo palmario de interpretación

<sup>117</sup> De las sentencias más relevantes en esta evolución me ocupo en mi libro *El derecho a la integridad personal*, Valladolid, Lex Nova, 2006, pp. 29 y ss. También Salado Osuna, Ana, “La tortura y otros tratos prohibidos por el Convenio (art. 3 CEDH)”, en García Roca y Santolaya Machetti (coords.), *La Europa de los derechos*, cit., nota 102, pp. 97 y ss.

<sup>118</sup> Acerca de este caso, *cfr.* Santolaya Machetti, Pablo, *El derecho de asilo en la Constitución Española*, Valladolid, Lex Nova, 2001, pp. 135 y ss.

<sup>119</sup> *Cfr.* para todo Torres Gutiérrez, Alejandro, “El derecho a contraer matrimonio (artículo 12 CEDH)”, en García Roca y Santolaya Machetti (coords.), *op. cit.*, nota 102, pp. 621 y ss.

evolutiva.<sup>120</sup> El Tribunal Constitucional español aún debe pronunciarse acerca del recurso de inconstitucionalidad que se interpuso contra la reforma del Código Civil que extiende a los homosexuales el derecho a casarse. Si el Tribunal Constitucional consagrara la legitimidad de la norma impugnada, siguiendo los pasos del TEDH, lo tendría que hacer mediante una interpretación evolutiva muy similar a la empleada por éste.

Muy interesante es la sentencia del TEDH en el caso *Siliadin contra Francia*, de 26 de octubre de 2005. En él se da vida a la prohibición de esclavitud y servidumbre, abandonando el concepto antiguo de esclavitud, para entender comprendidos en él situaciones muy frecuentes por desgracia en la actualidad, como la de la protagonista de este caso, una togolesa, menor de edad, obligada al servicio doméstico siete días a la semana, quince horas al día y sin remuneración alguna. El TEDH considera violación estatal del derecho la poca sanción penal impuesta a los “amos” de la muchacha. Cuando casi ninguna Constitución recoge ya esta prohibición de la esclavitud por considerarla erradicada —y si lo está en su acepción antigua: derecho de propiedad sobre un ser humano convertido en cosa— el TEDH le encuentra un nuevo sentido al proyectarla sobre una realidad casi cotidiana. El programa normativo se había quedado sin ámbito normativo donde proyectarse hasta que el TEDH ha actualizado este ámbito incluyendo en él situaciones de la realidad que conllevan sometimiento de las personas

Puede deslindarse con facilidad el supuesto —es en cierto modo excepcional— de interpretación evolutiva de un derecho que implica una restricción de su ejercicio. El caso patente es el del derecho a la propiedad —y junto a él, la libertad de empresa— que ha sufrido una restricción evidente a través de la idea de su función social. De ser un derecho “terrible”<sup>121</sup> se ha convertido en un derecho cuyo ejercicio permite hoy hacer menos cosas de las que permitía antaño. El programa normativo ya no incluye tantas facultades, antes casi irrestrictas. Las posiciones iusfundamentales que comprende hoy se han constreñido y numerosos límites pesan sobre su ejercicio. El ámbito normativo del derecho de propiedad ha cambiado y, con él, el significado del programa normativo que lo reconoce.

<sup>120</sup> *Ibidem*, p. 628.

<sup>121</sup> Como la calificó Rodotà, Stefano, “Poteri privati e disciplina della proprietà”, *Il diritto privato nella società moderna*, Bolonia, Il Mulino, 1971, p. 405.

Otro ejemplo de restricción —frustrada en este caso— nos la ofrece la STC 343/1993, de 18 de noviembre, mediante la cual el TC anuló un precepto de la Ley Orgánica 1/1992, de Protección de la Seguridad Ciudadana que reducía el disfrute de la inviolabilidad de domicilio, al extender el concepto de delito flagrante. Como, según la Constitución Española (artículo 18.2), la policía puede entrar en el domicilio sin consentimiento del titular y sin mandamiento judicial sólo en caso de delito flagrante, si el concepto de flagrancia ampliaba su significado, la policía hubiera tenido más posibilidades de afectar el derecho. El TC rechazó la espuria interpretación de la flagrancia que la ley contenía y defendió la integridad de la posición iusfundamental reconocida, sin autorizar la ampliación de sus límites potenciales.

*B. Interpretación evolutiva apelando a la dimensión objetiva de los derechos*

Ya comentamos más atrás que las teorías objetivas de los derechos favorecían su interpretación evolutiva, abriendo la puerta tanto a sus restricciones, como a su expansión. Tales teorías sirven, por tanto, para justificar límites a los derechos, una vez establecido que los derechos no son absolutos, pues concurren con otros principios y derechos a los que también debe atenderse. Como resultado de esa ponderación surgen los límites apuntados. Esos principios pueden o no ser encarnados por derechos o ser principios puros. Así, el principio de igualdad sustancial justificaría limitaciones importantes de derechos constitucionales —el caso de las listas cremallera para favorecer la presencia de mujeres en las listas electorales— o la viabilidad del principio democrático legitimaría la imposición de barreras electorales que restringen derechos de participación. Igualmente un derecho, interpretado en función de su centralidad en la vida democrática, es decir, objetivamente, explica su posición preferente respecto de otros derechos; es el caso de la libertad de información en su latente colisión con los derechos al honor y a la intimidad. En este supuesto la dimensión objetiva de la libertad de información —en aras de la formación de la opinión pública en una sociedad democrática— favorece su expansividad, pero reduce el ámbito de ejercicio de otros derechos, limitados por el ejercicio de aquél.

En otros supuestos la dimensión objetiva tiene un efecto expansivo general como sucede con la llamada eficacia entre particulares de los derechos fundamentales, la *Drittwirkung*. Projectados como principios en las

relaciones jurídicas entabladas entre particulares, éstos no pueden convenir nada en menoscabo de los derechos fundamentales de ninguna de las partes, quedando constreñida así la autonomía de su voluntad. No voy a entrar ahora a analizar con detenimiento una problemática tan compleja<sup>122</sup> como la suscitada por este entendimiento verdaderamente revolucionario de la eficacia de los derechos fundamentales; sólo me interesa destacar que este hallazgo jurisprudencial es una de las muestras más destacadas de interpretación evolutiva, mediante la cual los derechos, confinados a la relaciones entre sus titulares y el Estado como derechos públicos subjetivos,<sup>123</sup> se proyectan ahora en la relaciones entre particulares, es decir, en un ámbito normativo que les era antes ajeno. No es que se descubran nuevos derechos, es que los existentes valen también ahora frente a los particulares. La evolución no ha consistido, pues, en un desvelamiento de nuevas posiciones iusfundamentales sino en que las antiguas pueden hacerse valer ya no sólo frente a los poderes públicos sino también frente a otros particulares. Las relaciones entre éstos estaban antes excluidas del ámbito normativo de las disposiciones reconocedoras de derechos, pero, paulatina y puntualmente, algunas de ellas han ido incorporándose por vía interpretativa.

No suele haber regulación expresa en las Constituciones de la eficacia entre particulares y cuando se regula, es sólo general, pues dependiendo de qué derecho sea y de qué tipo de relación se trate,<sup>124</sup> podrá extenderse o no la eficacia del derecho a la esfera *interprivatos*. Estamos ante una vía excepcional —y también peligrosa— de adaptación de los derechos a la realidad, especialmente útil cuando se trata de defender los derechos frente poderes privados,<sup>125</sup> función para la cual parece resultar indispensable. Piénsese,

<sup>122</sup> Y que muchos han estudiado, *cfr.* Alexy, *op. cit.*, nota 42, pp. 506 y ss. Vega, Pedro de, “Dificultades y problemas para la construcción de un constitucionalismo de la igualdad (El caso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales)”, *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario de la Universidad de Murcia*, núm. 4, 1994, pp. 41 y ss.

<sup>123</sup> Tal y como la concibió Jellinek en su *Sistema dei diritti pubblici sogettivi*, Milán, Società Editrice Libreria, 1919.

<sup>124</sup> Alguna Constitución, como la colombiana de 1991 (artículo 86), algunos de los nuevos Estatutos de autonomía españoles recogen normativamente la eficacia entre particulares de los derechos que los estatutos proclaman, si “la naturaleza del derecho” lo consiente (artículo 37.1 del catalán y artículo 38 del andaluz recién aprobados y artículo 17 de la propuesta de reforma castellanoleonesa).

<sup>125</sup> *Cfr.* al ya citado Vega, Pedro de, “Dificultades...”, *op. cit.*, nota 122, pp. 41 y ss. Y sobre todo a quien probablemente expresó primero y con la mayor lucidez la necesidad de proteger los derechos frente a poderes privados, Lombardi, Giorgio, *Potere privato e diritti*

por ejemplo, en los casos de tutela de los derechos fundamentales en el ámbito laboral —donde se originó la *Drittwirkung*— o la defensa de los derechos al honor y a la intimidad frente a empresas periodísticas.

*C. A un derecho viejo se adscribe  
una posición iusfundamental nueva*

En este supuesto la innovación consiste en desvelar un contenido nuevo de un derecho antiguo que haya venido siendo interpretado en sus estrictos términos y que, por vía interpretativa, adquiere contenidos nuevos; es decir, situaciones jurídicas individuales, antes ajenas al enunciado normativo reconocedor del derecho, pasan a entenderse comprendidas en éste. Mediante un acto puro de interpretación, situaciones individuales que presenta la realidad y que carecían de relevancia iusfundamental, la adquieren y se integran en el derecho en cuestión. Como es obvio, nuevos derechos pueden surgir del reconocimiento normativo, por ejemplo cuando la Constitución viene a proclamar el derecho a gozar del medio ambiente. Pero si este reconocimiento no se produce, por vía interpretativa acaban protegiéndose derechos o fragmentos de ellos que no han sido aún proclamados.

Es el caso clamoroso de nacimiento del derecho a la intimidad,<sup>126</sup> deducido de los derechos existentes en el *common law*; y mucho más tarde la inclusión, en ese derecho a la intimidad, del derecho al aborto,<sup>127</sup> derecho que la STC 53/1985, de 10 de abril, no se atrevió a adscribir a los derechos de la mujer, pero tampoco expandió la titularidad del derecho a la vida al *nasciturus*. El Tribunal Constitucional español optó por una interpretación conservadora y, para admitir la constitucionalidad del aborto en algunos casos, ponderó la preservación del no nacido con la de la vida, la salud (de la madre y del propio *nasciturus*) y el honor de la mujer.

En la esfera del derecho internacional, piénsese en la muy creativa jurisprudencia del TEDH que ha enriquecido de contenidos, a veces insólitos, el derecho a la vida privada y familiar, proclamado en el artículo 8o.

*fondamentali*, Università di Torino, Memorie del Istituto Giuridico, Serie II, Memoria CXXXII, G. Giappichelli Editore, 1970.

<sup>126</sup> Cuyo origen explica Lucas Murillo de la Cueva, Pablo, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Madrid, Tecnos, 1990, pp. 43 y ss.

<sup>127</sup> La celeberrima Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *Roe contra Wade*, de 1973.

CEDH.<sup>128</sup> Otro ejemplo nos lo ofrece el derecho de propiedad intelectual y su última manifestación frente a sus afectaciones producidas a través del Internet. Todos los apuntados son ejemplos de cómo por vías interpretativas se incorporan las transformaciones sociales a los enunciados normativos existentes. Ante un ámbito normativo transformado, el intérprete amolda el programa normativo para hacerle decir lo que no dice o, al menos, lo que no dijo hasta ese momento.

En este modo de interpretación evolutiva de los derechos se produce una creación pura, pues aparece en el mundo jurídico algo que no existía; existirá, claro está, la demanda social de que el ordenamiento reconozca ese nuevo derecho, por ejemplo el de abortar, pero el ordenamiento o no le daba relevancia o, en el caso del aborto, lo penalizaba incluso. La previa difusión social de que merece protegerse una determinada situación de hecho es el paso previo a ese reconocimiento o directamente normativo o, lo que ahora nos ocupa, jurisprudencial mediante la interpretación evolutiva. En este último supuesto, los viejos enunciados normativos vienen a dar cobertura a situaciones de hecho que pasan de ser desconocidas por el derecho, y a veces sancionadas, a recibir la máxima protección que merece su recién adquirido rango de derecho fundamental.

Una situación reciente y todavía no ventilada es la de la eutanasia. Algunos justiciables han invocado ante los tribunales un supuesto derecho a morir con dignidad<sup>129</sup> que implicaría el derecho a suicidarse, asistido por otra persona en caso de enfermedad terminal. Han tratado de encuadrarlo en el derecho a la vida para reclamar la ayuda del Estado o al menos la omisión de sanción penal a quienes asistieran en el suicidio. El Tribunal Constitucional español<sup>130</sup> o el TEDH<sup>131</sup> han eludido encuadrar esa situación

<sup>128</sup> Enriquecimiento inaudito de sus contenidos que explica Santolaya Machetti, Pablo, "Derecho a la vida privada y familiar: un contenido notablemente ampliado del derecho a la intimidad", en García Roca y Santolaya Machetti (coords.), *op. cit.*, nota 118, pp. 487 y ss.

<sup>129</sup> El artículo 20 del recién aprobado Estatuto de Cataluña proclama el "derecho a vivir con dignidad el proceso de la muerte". También el artículo 20 de la propuesta de reforma del Estatuto de Andalucía se expresa en parecidos términos: "Se garantiza a todas las personas el derecho a vivir dignamente el proceso de su muerte". Naturalmente, de estos derechos no puede inferirse, sin más, un derecho al suicidio asistido.

<sup>130</sup> El Tribunal constitucional en sus célebres decisiones acerca de la legitimidad constitucional de la alimentación forzosa de reclusos en huelga de hambre reivindicativa, STC 120/1990, de 27 de junio, y STC 137/1990, de 19 de julio.

<sup>131</sup> La negativa del TEDH se produce en el famoso caso *Pretty* contra el Reino Unido, de 29 de abril de 2002.



dentro del derecho a la vida o del derecho a vida privada, entendiendo que éste no incluye el derecho a morir, siendo el suicidio una decisión libre del sujeto que el Estado no está facultado para impedir, pero se han negado a darle relevancia jurídica incorporando el suicidio en el derecho a la vida como una posición iusfundamental más, una suerte de vertiente negativa del derecho a la vida. El TEDH, en la sentencia citada, niega a la demandante el apoyo estatal (la omisión de la sanción penal a quienes ayuden al suicidio). De haber admitido una suerte de derecho a la protección del derecho al suicidio, se habría consagrado un deber público de facilitarlo.

El modo de interpretar estudiado en este epígrafe es la expresión más pura y activa de la evolutividad porque reviste el carácter de verdadera creación de un derecho que se “cuelga” de un antiguo enunciado normativo. Lo que antes no existía existe ahora tras el *fiat* jurisprudencial. Resulta, además, un proceder especialmente útil cuando el intérprete tiene ante sí una declaración de derechos antigua, carente de derechos de nueva generación. En esta tesitura, o desarrolla una interpretación conservadora, sin alterar los contenidos tradicionales de los derechos proclamados, o atiende la demanda social y, a través de la interpretación evolutiva, actualiza las declaraciones con la incorporación de nuevas posiciones iusfundamentales. Parece que, dada la expansividad de los derechos y el juego del criterio *favor libertatis*, no hay más alternativa posible que optar por la interpretación evolutiva.

*D. A un derecho de máxima protección se yuxtapone un derecho de menor protección*

Este supuesto es muy diferente del anterior y menos creativa en él la acción interpretativa. De lo que se trata no es de crear un nuevo derecho sino de dotar de protección, o de mayor protección, a uno ya declarado. Es frecuente que la generosidad del constituyente acabe consagrando derechos de última generación pero cuyo significado es incierto; además, con frecuencia los novísimos derechos no reciben del ordenamiento protección igual a la brindada a los demás derechos constitucionales. A esto se añade la lenidad del legislador que ni precisa los contenidos del derecho ni regula vías para su protección.

Un ejemplo clamoroso de la situación descrita nos la ofrece el derecho a disfrutar del medio ambiente adecuado que proclama el artículo 45.1 de la Constitución Española. Este reconocimiento, en su literalidad, es idéntico

al de otros derechos; se introduce, sin embargo, en el capítulo III del título I de la Constitución, en una parte dedicada a los principios rectores de la política social y económica cuyo valor normativo se matiza en el artículo 53.3, reduciéndolos a normas programáticas. Tenemos, pues, un derecho ubicado entre principios programáticos, y de contenido muy cierto que todavía no ha precisado el legislador. En estas condiciones era muy difícil la invocación ante los tribunales y desde luego no se abren para él ni el amparo ordinario ni el amparo ante el Tribunal Constitucional. Esta patética situación se ha corregido parcialmente con la más reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 119/2001, de 24 de mayo)<sup>132</sup> que ha abierto la puerta a la protección de fragmentos del derecho ambiental solapados con derechos de máxima protección, tales como el derecho a la integridad (artículo 15 de la Constitución Española) o a la intimidad domiciliaria, deducido del derecho a la intimidad y del derecho a la inviolabilidad del domicilio (artículo 18.1 y 2 de la Constitución Española). Ahora ya pueden sostenerse pretensiones ambientales en las más enérgicas vías de tutela jurisdiccional, pero tendrán que solaparse con la invocación de derechos amparables como los citados. Cierto es que no todos los contenidos del derecho ambiental podrán así encauzarse sino únicamente aquellos que puedan acompañarse de la invocación de un derecho de máxima protección. La argumentación jurídica gravitará en torno a estos últimos aunque, en realidad, sea una pretensión ambiental la que se defienda.

Hay que decir que este novedoso proceder del Tribunal Constitucional español no es original ya que antes sostuvo la tesis contraria e inadmitió liminarmente un amparo, en un caso muy parecido al que se resuelve en la citada STC 119/2001, por entender que se invocaban sin fundamento derechos amparables cuando en realidad se pretendía defender el derecho a disfrutar del medio ambiente adecuado. Aquella providencia de inadmisión puso fin a la vía jurisdiccional española y permitió a la justiciable acudir a la Comisión Europea de Derechos Humanos y llegar después al Tribunal Europeo de Derechos Humanos y éste fue el que verdaderamente innovó, al adscribir fragmentos del derecho a disfrutar del medio ambiente al dere-

<sup>132</sup> Sobre esta sentencia, *cfr.* mi comentario “Pretensiones ambientales en amparo constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional. Comentario a la STC 119/2001, de 24 de mayo*, núm. 10-11, 2003, pp. 697 y ss.

cho a la vida privada y familiar.<sup>133</sup> Aunque en verdad el TEDH no protagonizó el supuesto que analizamos en este epígrafe —un derecho reconocido pero no protegido se adscribe a un derecho de máxima protección— sino el que analizamos en el epígrafe anterior, es decir, la creación pura de posiciones iusfundamentales, que, en el caso resuelto por el TEDH, carecían de cualquier reconocimiento.

*E. Se dota a una posición iusfundamental de una dimensión de derecho de protección*

En la jurisprudencia internacional y en la nacional se abre paso la especie de que la protección de los derechos frente a peligros, antiguos y nuevos, se integra en el contenido mismo del derecho, de tal suerte que los titulares pueden invocarlos para exigir su protección.<sup>134</sup> Siempre, claro está, a los poderes públicos ha correspondido la protección de los derechos, lo novedoso es que ahora esa protección puedan demandarla directamente los sujetos invocando los derechos.<sup>135</sup> Así las cosas, todos los derechos, en principio, adquieren una dimensión prestacional que permite a sus titulares demandar del Estado una prestación —la protección—. La acción protectora del Estado no es sólo resultado de cumplir una obligación objetiva, sino también deber relacional cuyo cumplimiento puede demandar el titular del derecho. Esta argumentación permite abrir el abanico de peligros contra los que se protegen los derechos que ya no son sólo los contemplados por el Estado sino también los detectados, como tales peligros, por el titular del derecho. Millones de titulares de derechos podrían entonces exigir protección en todas aquellas situaciones que subjetivamente consideren lesivas. Se amplía así extraordinariamente el ámbito normativo de los enunciados constitucionales reconocedores de derechos.

<sup>133</sup> *Cfr.* mi libro *Constitución y medio ambiente*, Madrid-Buenos Aires, Dykinson-Ciudad Argentina, 2000, p. 135 y mi comentario a la STC 119/2001, “Pretensiones...”, *op. cit.*, nota 132, pp. 697 y ss. También, respecto de la doctrina del TEDH, *cfr.* Santolaya, Pablo, “Derecho a la vida privada...”, *op. cit.*, nota 128, pp. 496 y ss.

<sup>134</sup> Como escribe Hesse: “De los derechos fundamentales puede resultar la obligación estatal de preservar un bien jurídico, protegido mediante los derechos fundamentales, contra lesiones y amenazas provenientes de terceros”, “Significado de los derechos fundamentales”, en Benda *et al.*, *Manual de derecho constitucional*, Oñati-Madrid, IVAP-Marcial Pons, 1996, p. 104.

<sup>135</sup> Robert Alexy los denomina derechos a protección, *Teoría...*, *op. cit.*, nota 42, pp. 435 y ss.

En la jurisprudencia del TEDH y de la Corte de San José hay buenos ejemplos de esta dimensión protectora de los derechos, facilitada por las cláusulas que (artículo 1o. de los respectivos tratados), imponen a los Estados el deber de proteger los derechos declarados. Conectando las cláusulas específicas que reconocen derechos con ese genérico deber de protección, estos tribunales han deducido posiciones iusfundamentales nuevas o han ampliado el radio de acción de las ya consagradas. Así, por ejemplo, la Corte de San José ha imputado a los Estados la desaparición forzada de personas, considerándola lesiva de los derechos a la integridad y a la vida.<sup>136</sup> Por su parte, el TEDH, luego de crear una posición iusfundamental nueva tutelando el derecho a la vida privada frente a la contaminación, achaca al Estado la lesión —aunque ésta en realidad procediera de un particular— por no cumplir su deber de protección. Un caso más llamativo todavía —en él es el Estado el directo responsable de la lesión— considera lesivo del derecho a la vida privada la ausencia de castigo penal de abusos sexuales a una menor en un centro de acogida.<sup>137</sup> Lo mismo sucede con el derecho a la protección frente a manifestaciones privadas de esclavitud o servidumbre (caso *TEDH Siladin contra Francia*, de 26 de julio de 2005, ya mencionado). El Tribunal Constitucional español, en la ya citada STC 119/2001 advierte de que los derechos se devaluarían en meras figuras retóricas si no se protegiera frente a estos peligros nuevos.

Esta construcción argumental pretende, además, soslayar lo que es evidente en la vía internacional y en el amparo constitucional español: que sólo se protegen los derechos frente a actos u omisiones de poder público. Y como los peligros para los derechos provienen muchas veces de particulares, se necesitaba un punto de conexión entre la acción u omisión del poder público y la lesión del derecho. Esa conexión la brinda la noción de derechos de protección: el incumplimiento estatal del deber relacional de proteger, deber que el titular del derecho puede exigir subjetivamente ante los tribunales.

<sup>136</sup> Cfr. García Ramírez, Sergio (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001. Los casos más llamativos son: Paniagua Morales y otros, de 8 de marzo de 1998, Velásquez Rodríguez, de 29 de julio de 1988, y Godínez Cruz, de 20 de enero de 1989. Un comentario de estas sentencias desde el derecho a la integridad se ofrece en Canosa Usera, Raúl, *El derecho a la integridad personal*, *op cit.*, nota 117, pp. 24 y ss.

<sup>137</sup> *Stedh en X e Y contra Holanda*, de 26 de marzo de 1985, comentada en Canosa, *El derecho a la integridad personal*, *cit.*, nota 117, p. 40.

Esta innovación jurisprudencial acaba convirtiendo la relación *interpretivos* en una relación entre el titular del derecho y el Estado, titular del deber de proteger. Aunque la argumentación acabe produciendo efectos parecidos a los de la *Drittwirkung*, es distinta pues el poder público es parte de la relación y no un árbitro que, como en la *Drittwirkung*, acaba, suprapartes, imponiendo la eficacia de los derechos, en su dimensión de principios, a los particulares. En aquellos sistemas de derechos para cuya activación es necesario un incumplimiento de deberes relacionales por parte del Estado, porque se conciben para tutelar los derechos frente al poder público, la noción de derecho de protección es sumamente útil ya que si un particular lesiona el derecho de otro particular, debe entenderse que el Estado no ha ofrecido protección suficiente y esa carencia de protección se considera, en sí misma, lesiva del derecho. Lo que se ventila, en definitiva, no es sólo si hubo lesión cometida por un particular sino también si existió falta de protección estatal.

Ya algún documento normativo reciente recoge derechos a la protección. Algunos de los nuevos estatutos de autonomía españoles proclaman derechos de este tipo; por ejemplo, el artículo 16 del nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía que proclama el derecho de las mujeres a “una protección integral contra la violencia de género”. Con artículos como éste ya no habría que inferir jurisprudencialmente el deber estatal de protección ni éste sería sólo producto de normas objetivas, porque vendría consagrado normativamente y la evolución del ordenamiento habría pasado de la jurisprudencia a la legislación.

*F. Una garantía de ciertos derechos se transforma en un derecho fundamental autónomo*

Tiene lugar en este supuesto un puro acto de creación de un derecho fundamental nuevo pero que no se adscribe al enunciado de otro derecho sino al de una garantía de derechos. Es el caso del derecho a la autodeterminación informativa o libertad informática que carece de reconocimiento expreso en la Constitución Española, cuyo artículo 18.4 sólo impone al legislador establecer límites al uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad de las personas. La doctrina científica<sup>138</sup> y la jurisprudencia

<sup>138</sup> Muy destacadamente Lucas Murillo de la Cueva, Pablo, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Madrid, Tecnos, 1990, especialmente pp. 101 y ss. Del mismo autor,

del Tribunal Constitucional español, en especial la sentada en la STC 254/1993, de 20 de julio,<sup>139</sup> han construido un nuevo derecho para preservar un bien jurídico nuevo, los datos personales, distinto del honor y de la intimidad, aunque conectado con ellos. Ha tenido que crearse la posición iusfundamental protegida: la autodeterminación informativa, el control —*habeas data*— sobre los propios datos personales que otros manejan. El ámbito normativo es amplísimo: la utilización informática de datos personales, tengan que ver o no con el honor o la intimidad. El Tribunal Constitucional español aprovechó la inclusión de la garantía en el artículo 18.4 de la Constitución para abrir el amparo a quienes reclamaban mal uso de sus datos personales (STC 254/1993, ya citada) y ello le permitió pronunciarse con tanta creatividad, al compás de los cambios sociales que el uso de la informática acarrea.

### III. CONCLUSIÓN

Frente al habitual carácter estático de las declaraciones de derechos, la interpretación pretende su actualización, adaptándolos a la realidad de cada momento. La interpretación evolutiva es el instrumento idóneo de esa adaptación que, por lo general, amplía la esfera de libertad de las personas, incorporando nuevas posiciones iusfundamentales. En ocasiones, entraña limitaciones de los derechos preexistentes, derivadas o no de los derechos nuevos, pero siempre exigibles por la realidad. Ésta opera como motor de los cambios, incorporada al razonar jurídico como ámbito normativo de los enunciados constitucionales.

La interpretación evolutiva fortalece la legitimación social de las declaraciones de derechos, contempladas así como instrumentos idóneos de la protección de los derechos existentes, pero asimismo de aquellos que potencialmente aparezcan en el porvenir; instrumentos vivos, abiertos a satisfacer la finalidad de toda interpretación de los derechos: su entendimiento más favorable. Se trata, pues, de proteger todas las situaciones individuales que lo merezcan y frente a todos los peligros que vayan apareciendo, ya

*Informática y protección de datos personales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

<sup>139</sup> Sobre esta jurisprudencia *cf.* Lucas Murillo de la Cueva, Pablo, “La construcción del derecho a la autodeterminación informativa”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 104, 1999, pp. 42 y ss.

provenzan de poderes públicos o de particulares. Se extienden los contenidos de los enunciados constitucionales y se amplía el ámbito normativo donde se proyectan. Evolutividad de los derechos es la más de las veces sinónimo de su expansividad a través de la interpretación.

La comprensión actual de los derechos ha dejado de ser un fenómeno puramente estatal para internacionalizarse; diríamos más, es una muestra de la integración supranacional. La jurisprudencia y la doctrina científica van creando, en Occidente, un entendimiento común de los derechos, y en este sentido es especialmente relevante la jurisprudencia de tribunales como la Corte de San José o el TEDH<sup>140</sup> cuya interpretación expansiva—evolutiva—condiciona la propia de los Estados concernidos, sin olvidar la creciente influencia, en Europa, del TJCE. Entre todos y partiendo de esa pluralidad de declaraciones de derechos y de sus interpretaciones que se superponen, van adaptándose los derechos a la realidad.

<sup>140</sup> Lo que Cappelletti denomina “justicia constitucional transnacional”, nacida en torno no al control de la ley sino para proteger la libertad, *op. cit.*, nota 65, pp. 633 y ss.

## LA JUSTICIA CAUTELAR COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Marc CARRILLO\*

SUMARIO: I. *Consideraciones generales: la relevancia de la justicia cautelar como garantía inmediata de los derechos.* II. *La experiencia del derecho comparado y los nuevos criterios y modalidades de medidas cautelares en España.* III. *Balance y perspectivas.* IV. *Bibliografía.*

### I. CONSIDERACIONES GENERALES: LA RELEVANCIA DE LA JUSTICIA CAUTELAR COMO GARANTÍA INMEDIATA DE LOS DERECHOS

La garantía de los derechos fundamentales de la persona en el Estado democrático descansa en la tutela que ofrezca la jurisdicción ordinaria ante las lesiones que puedan ser objeto tanto de los poderes públicos como las que procedan de particulares. Son los juzgados y tribunales dependientes del Poder Judicial la sede natural de protección de los derechos y para ello es preciso que la legislación procesal que habilita al ciudadano en el acceso a la jurisdicción, establezca fórmulas ágiles hacia su tutela provisional cuando, sin perjuicio de una solución que posteriormente pueda tener efectos de cosa juzgada, existan indicios de buen derecho.

La tutela de los derechos y libertades ante los tribunales ordinarios y el amparo constitucional dependen de la eficacia que ofrezcan al ciudadano las técnicas de justicia cautelar de la legislación procesal. En este sentido,

\* Catedrático de Derecho constitucional en la Universidad Pompeu Fabra; es doctor en derecho por la Universidad de Barcelona, DEA por l'Institut d'Études Politiques de París, ha sido vocal de la Junta Electoral Central de España (1994-1997); es miembro del Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya, sus líneas de investigación se especializan en el estudio del régimen de los derechos fundamentales, el derecho constitucional europeo así como las autonomías regionales.



es evidente que la garantía de los derechos fundamentales no se agota con la sentencia que resuelve sobre el fondo de la demanda de amparo ordinario. Una primera fase procesal de esta garantía reside en la decisiva importancia que adquieren las medidas cautelares que decida tomar el órgano judicial para preservar provisionalmente el ejercicio de un derecho. La tutela cautelar constituye un elemento esencial del derecho a la tutela judicial; sin la posibilidad procesal de poder impedir la ejecutividad de un acto administrativo pendiente de resolución judicial, las garantías jurisdiccionales pueden resultar ineficaces. Similar efecto es el que se deduce de la imposibilidad de obligar a la administración a actuar cuando estando impelida para hacerlo hace dejación de sus deberes. Asimismo, ello quiere decir que el régimen jurídico de la justicia cautelar no puede quedar reducido a una sola modalidad; así, junto a la tradicional medida de la suspensión cautelar del acto impugnado es preciso incorporar otras formas de protección que permitan afrontar a través de acciones positivas y de manera más eficaz la inactividad de los poderes públicos.

La experiencia que ofrece la tutela de los derechos y libertades en España pone de manifiesto que en ocasiones, la ineficacia de la tutela cautelar impide que el goce del derecho pueda resultar materialmente efectivo. En efecto, cuando el ciudadano o los grupos sociales en los que se integra (por ejemplo, asociaciones o sindicatos) obtienen una sentencia estimativa de sus pretensiones un año después de haberse producido la lesión respecto de la cual es finalmente reconocida su existencia, es muy posible que según los casos, la eficacia material de la sentencia sea nula. Un buen ejemplo lo constituyen en este sentido, los decretos reguladores de los servicios mínimos dictados por las diversas autoridades gubernativas ante una convocatoria de huelga que incide sobre los servicios esenciales para la comunidad. En muchas ocasiones, los sindicatos promotores han obtenido sentencias favorables a la impugnación que de dichos decretos habían hecho por su carácter abusivo; es decir, el sindicato recurre al decreto, finalmente y al cabo de un largo tiempo la jurisdicción contencioso administrativa le da la razón pero, obviamente, la huelga ya se realizó en unas condiciones que el contenido expansivo del decreto respecto de las limitaciones subjetivas para su ejercicio había ya desnaturalizado. Otro ejemplo lo constituye en el ámbito del derecho a la vivienda, el control de la calidad de las construcciones de acuerdo con la legislación sectorial que permita, ante flagrantes violaciones de los requisitos de seguridad establecidos por las nor-

mas vigentes, la acción jurisdiccional pueda disponer de instrumentos cautelares que permitan impedir el desarrollo de una obra pública o privada que pueda poner en peligro la integridad de las personas y la seguridad pública. A este supuesto puede añadirse el caso siempre recurrente de la protección del medio ambiente frente a otros derechos como la libertad de empresa o el derecho de propiedad, que ofrece casos en los que la mera suspensión del acto objeto de impugnación puede resultar insuficiente frente a las consecuencias que para la preservación del medio ambiente pueden derivarse de una concepción de la libertad de empresa y del derecho de propiedad sin más límites que aquellos que decida imponer su propio titular. O, en fin, también no se puede dejar de resaltar la positiva incidencia que puede llegar a tener para la protección del derecho a la salud frente al retraso en la atención que pueda derivarse de las listas de espera, la posibilidad de disponer, en casos objetivamente tasados, de una vía judicial de intervención cautelar que excepcionalmente impida la desatención sanitaria resultar lesiva del derecho constitucionalmente garantizado; y sin que, por supuesto, no se tenga que recurrir —en los casos de la sanidad pública— a la posterior vía de la responsabilidad patrimonial de la administración por un funcionamiento normal o anormal del servicio público.

En otro orden de las cuestiones que plantea la justicia cautelar, es preciso señalar que la relevancia y el alcance garantista de la medida cautelar de la suspensión en el procedimiento de amparo ordinario no es equiparable a la que presenta el amparo constitucional. El carácter subsidiario de este último habilita a atribuir mayor importancia a la tutela cautelar que se sustancia ante los tribunales ordinarios, entendidos como la sede natural de la garantía jurisdiccional de los derechos y libertades. Sin embargo, las modificaciones introducidas por la nueva Ley Jurisdiccional de 1998 tienden a equiparar el significado de la tutela cautelar, otorgando un amplio margen de decisión al juez ordinario sobre la conveniencia de adoptar medidas de esta naturaleza. Sin ningún ánimo de prejuzgar los criterios interpretativos de los jueces y tribunales ordinarios, el transcurso del tiempo permitirá comprobar si se cumple lo que objetivamente ya constituye una involución en la garantía de los derechos fundamentales.

## II. LA EXPERIENCIA DEL DERECHO COMPARADO Y LOS NUEVOS CRITERIOS Y MODALIDADES DE MEDIDAS CAUTELARES EN ESPAÑA

Con excepción de las medidas inominadas previstas en el artículo 1428 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil (LECv), la adopción *ad cautelam* de la suspensión del acto o disposición administrativa impugnados, ha sido la única medida cautelar que tradicionalmente ha acogido el ordenamiento jurídico español (Díaz Delgado y Escuin Palop, 1988: 198-199). Ésta ha sido la posición tradicionalmente adoptada en el ordenamiento jurídico español hasta tiempo muy reciente.

No es éste el caso de otros ordenamientos jurídicos extranjeros, donde se contemplan también medidas complementarias, como es el caso de Francia, donde se han adoptado —entre otras— las medidas cautelares como *referé*, *constat d'urgence* y *surcis à exécution*. La primera tiene por objeto garantizar bienes jurídicos objeto de litigio frente a la lentitud procesal; la segunda ha supuesto para el órgano judicial la práctica de pruebas relativas a una situación de hecho, incluso sin la previa interposición de un recurso contencioso, y la tercera ha sido suspensión del acto impugnado como excepción a la regla general que proclama su ejecutividad (Chapus, 1982). En Alemania, junto a la suspensión se admiten otras medidas cautelares como las denominadas *órdenes provisionales de aseguramiento de un derecho* o las de *regulación de una situación de hecho*, para los supuestos tanto de denegación de la suspensión del acto, como en los suscitados a causa de la inactividad de la administración (Von Oertzen, 1983). Por su parte, en Italia, el ordenamiento jurídico también contempla la aplicación de medidas cautelares propias del derecho civil aplicables con similar finalidad, aunque reducidas en principio al supuesto de la suspensión *ad cautelam*, pues los criterios jurisprudenciales han permitido ampliar el espectro de modalidades de tutela cautelar (Follieri, 1981).

La regulación de la tutela cautelar constituye unos de los capítulos de la reforma introducida por la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa 29/1998, de 13 de julio, que merece especial atención por dos razones: en primer lugar por la pluralidad de medidas que la Ley permite tomar al órgano judicial, dando entrada también a la posibilidad de adoptar medidas cautelares positivas (artículo. 129.1); y en segundo lugar, porque se ha modificado sustancialmente el criterio a emplear por el juez o tribunal para decidir sobre la procedencia de la medida a adoptar, rechazando la regla anterior que mantenía

como regla general la suspensión del acto o disposición impugnados y como excepción su ejecutividad.

### 1. *La previsión legal de una pluralidad de medidas cautelares*

Las medidas cautelares previstas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa 29/1998, de 13 de julio (LJCA) se aplican de forma común tanto para el procedimiento contencioso administrativo general (título IV) como para el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona (título V). Se trata de medidas de diversa naturaleza porque así lo reconoce más o menos explícitamente la Ley al atribuir a los interesados la potestad para “solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia”.

Parece evidente que el precepto legal está concebido con el fin de otorgar una amplia flexibilidad a la parte recurrente para instar al órgano judicial, a la adopción de medidas de contenido y alcance diversos que, en función del *periculum in mora* y el *fumus boni iuris* que puedan incidir sobre un derecho fundamental eventualmente lesionado, permitan la efectividad futura de la sentencia. Ya no es, por tanto, la suspensión cautelar sobre el acto o disposición impugnados, la única institución procesal puesta a disposición del recurrente para intentar salvaguardar la integridad de sus derechos o intereses legítimos. En este sentido, no hay que olvidar que la posibilidad de adoptar otro tipos de medidas cautelares en el procedimiento contencioso administrativo no quedaba absolutamente descartada en el pasado, a través de la aplicación supletoria del artículo 1428 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil (las medidas cautelares inominadas). Y no es descartable que el régimen de este tipo de medidas haya influido en parte en la configuración de la medidas de hacer y no hacer previstas en los artículos 29 y 30 de la nueva LJCA.

El legislador ha introducido —aunque, ciertamente, de forma genérica— la posibilidad de adoptar medidas cautelares de hacer y de no hacer, en la línea de las propuestas doctrinales y jurisprudenciales realizadas en los últimos años y acorde también con la estela dejada por el derecho comparado sobre esta materia (especialmente, Alemania, Francia e Italia). A este respecto es preciso retener los numerosos trabajos del profesor García de Enterría (1992), concentrados en su estudio acerca de la batalla por las medidas cautelares, con especial referencia a su aplicación en el derecho comunitario europeo y en el proceso contencioso administrativo español, y también las referencias jurisprudenciales que pueden encontrarse en la tantas ve-

ces invocada Sentencia Factortame de 19 de junio de 1990, dictada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades y la influencia que ha podido ejercer en algunas resoluciones de órganos judiciales españoles de la última década.

Las medidas cautelares “de hacer” se plantean en el artículo 136 en relación con el artículo 29 de la LJCA. En esencia consisten en lo siguiente:

cuando la administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la administración el cumplimiento de dicha obligación.

En conexión con lo establecido en este precepto, en la determinación de las pretensiones de las partes, la LJCA establece en el artículo 31.2 que el demandante “podrá pretender el reconocimiento de una situación individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno establecimiento de las mismas, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios...”, lo cual permite o puede permitir la puesta en práctica sobre la administración, de medidas cautelares tanto de hacer como cualesquiera otras en sentido contrario.

El artículo 32.1 se refiere, por su parte, a los supuestos de inactividad administrativa; en este caso “el demandante podrá pretender del órgano jurisdiccional que condene a la administración al cumplimiento de sus obligaciones en los concretos términos en los que estén establecidas”.

A partir de aquí, y en caso de que la administración no hubiera dado cumplimiento a sus obligaciones, la ley establece un plazo de tres meses a partir de la pertinente reclamación, para deducir el correspondiente recurso contencioso administrativo contra la inactividad de la administración.

En su segundo apartado, el artículo 29 también establece que “cuando la administración no ejecute sus actos firmes podrán los afectados solicitar su ejecución, y si ésta no se produce en el plazo de un mes desde tal petición, podrán los solicitantes formular recurso contencioso administrativo...”, el cual se tramitará por el procedimiento abreviado previsto en la Ley en el artículo 78.

Pues bien, en ambos supuestos en los que la administración debiendo actuar no lo hace, el artículo 136 establece que se adoptará la medida cautelar que proceda —aunque no especifica en qué puede consistir ésta— salvo que:

a) se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas en los supuestos descritos;

b) la medida ocasione una perturbación grave de los intereses generales o de tercero. En ambos casos, el juez o tribunal ponderará de forma circunstanciada los intereses en conflicto.

No obstante —y es aquí donde aparece la aportación de la nueva LJCA más sustancial— las medidas cautelares que decida poner en acción el órgano judicial “también podrán solicitarse antes de la interposición del recurso contencioso administrativo”. Ello se producirá cuando concurren en el caso circunstancias de especial urgencia. En tal supuesto, el órgano judicial adoptará la medida cautelar que estime pertinente “sin oír a la parte contraria”, sin que el auto de decisión dé lugar a recurso alguno. Ahora bien, en dicho auto el órgano judicial competente convocará a las partes a una comparecencia que habrá de celebrarse en los tres próximos días, en la que se decidirá sobre el levantamiento o modificación de la medida adoptada. Una vez celebrada la comparecencia, el juez o tribunal dictará auto al respecto, el cual será recurrible conforme a las reglas generales establecidas en la LJCA (artículo 135).

En estos supuestos de especial urgencia, y una vez que el recurrente interponga el recurso contencioso administrativo posterior, deberá incluir en el mismo la petición de la ratificación de la medida cautelar previamente adoptada. Obviamente, de no plantearse dicho recurso quedarán automáticamente sin efecto las medidas acordadas con anterioridad, debiendo el solicitante indemnizar de los daños y perjuicios causados (artículo 136.2).

Las medidas cautelares de “no hacer” también están previstas en la LJCA (artículo 30), en los siguientes términos: de acuerdo con lo establecido en este precepto, en los supuestos “de vía de hecho, el interesado podrá formular requerimiento a la administración actuante, intimando su cesación”. Por su parte, el artículo 32.2 establece como corolario de este tipo de medida cautelar que: “si el recurso tiene por objeto una actuación material constitutiva de vía de hecho, el demandante podrá pretender que se declare contraria a derecho, que se ordene el cese de dicha actuación y que se adopten en su caso, las demás medidas previstas en el artículo 31.2”.

Si la cesación no se produce, bien porque el requerimiento no se haya formulado o bien porque no haya sido atendido por la administración en los diez días siguientes a su presentación, podrá interponerse recurso contencioso-administrativo.

No obstante, y al igual que ocurría en el caso anterior —de acuerdo con los mismos requisitos procesales preceptuados por los artículos 135 y 136 LJCA— en los casos de especial urgencia, también las medidas cautelares de “no hacer” podrán solicitarse antes de la interposición el recurso contencioso administrativo.

Esta diversificación de las formas de tutela cautelar de los derechos fundamentales constituye sin duda un avance de lo postulado en los últimos años la doctrina, a la que habría que añadir una cierta actitud coadyuvante de la jurisprudencia. Este avance se expresa en la línea de *consolidar el concepto de tutela cautelar como expresión indiscutible del contenido esencial del derecho a la tutela judicial*. En este sentido, conviene recordar el significado conceptual de la institución procesal de la medida cautelar como una decisión jurisdiccional, de carácter urgente y provisional, dotada de finalidad instrumental cuya ponderación de bienes en conflicto corresponde al órgano judicial, a fin de conseguir una efectiva tutela de los derechos fundamentales, cuando de la ejecutividad del acto administrativo puedan devenir efectos irreversibles.

A pesar de los avances de carácter garantista experimentados en la legislación administrativa de los últimos años, las relaciones jurídicas en las que administración actúa revestida de su potestad de *imperium* están presididas por una evidente asimetría entre las partes. De hecho se trata de una característica innata al poder público, como ha puesto de relieve Gomez Ferrer-Morant, (1982: 185).

En este sentido, la promulgación de la Ley 62/78 supuso la introducción de un cambio relevante en esta posición hegemónica de los órganos públicos en su cada vez más amplio ámbito de actuación material. De las innovaciones procesales que la citada ley presentaba en 1978, la medida cautelar consistente en la suspensión del acto o disposición impugnados, entendida como regla general salvo excepciones fundadas en el interés público fue, sin duda, la más relevante con respecto a la regulación prescrita por la antigua LJCA de 1956. Fundamentalmente, por la equiparación procesal que se proporcionó al actor en una materia como es la referida a los derechos fundamentales de la persona. La ubicación del individuo en el Estado o, si se quiere —en términos de la dogmática clásica— su posición frente a los poderes públicos ya no puede estar presidida por una permanente subordinación; la protección de los derechos y libertades en el Estado democrático demanda una concepción mucho más activa de la persona

como sujeto titular de derechos. En este sentido, una configuración más simétrica en las leyes procesales del individuo frente a los poderes públicos es un presupuesto necesario para una tutela más integral del estatus de su libertad.

La suspensión del acto administrativo según el modelo de la LJCA se ha convertido en una técnica cautelar insuficiente en una administración cada vez más expansionista, que responde a patrones jurídico-políticos que, aun conservando las tradicionales formas de tutela cautelar, exigen, no obstante, nuevas modalidades de instrumentos que garanticen los derechos e intereses legítimos de individuos y grupos que concurren con los órganos públicos en los diversos ámbitos de la intervención administrativa. Hoy, la administración pública es contratante, concertadora y prestadora de servicios de forma individualizada y —las más de las veces— en colaboración con entes privados, lo que exige al ordenamiento jurídico-administrativo dotarse de mecanismos que faciliten un nivel de equiparación aceptable entre entes públicos y particulares. Desde la perspectiva del sujeto receptor de la actividad administrativa, es decir, esencialmente, desde el ámbito de los derechos de la persona, el principio de eficacia administrativa no puede ir en detrimento de aquéllos y por esta causa deberá ceder si las garantías procesales son cuestionadas, como ya recordaba la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 1982.

Las medidas cautelares pretenden la obtención de la tutela judicial sobre intereses legítimos cuya salvaguarda se plantea durante el desarrollo del proceso y con anterioridad a una sentencia firme. Presentan una clara dimensión de garantía sobre el contenido de bienes jurídicos al objeto de evitar que la ejecutividad del acto administrativo —aun en la eventualidad de que sea declarado posteriormente nulo— produzca efectos irreversibles.

No hay que olvidar que la teoría general del acto administrativo se ha basado y en la actualidad también se fundamenta en una doble condición: la presunción de validez y en la ejecutoriedad de su contenido. Como muy bien ha expresado Chinchilla Marín (1991:28), no hay que ver en ello un arma arrojadiza que la administración emplee contra la persona sino que aquélla es, precisamente, la forma habitual de actuación de la administración pública para el cumplimiento de los fines que constitucionalmente le han sido encomendados (artículo 103,1 CE) y, más genéricamente, para la defensa del interés público. Sin embargo, el principio de ejecutividad de los actos administrativos no puede concebirse en términos absolutos, sino



más bien como un elemento del entramado institucional del Estado de derecho comprometido con el efectivo ejercicio del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional de jueces y tribunales. A este respecto, y como es harto sabido, de poco servirá una sentencia estimativa de una pretensión sobre un derecho fundamental si la ejecutividad del acto o disposición impugnados ha diluido cuando no anulado sus hipotéticos benéficos efectos. Las medidas cautelares se plantean, en fin, como un instrumento que debe evitar que la justicia pierda eficacia por causa de la demora y para ello, se han de articular las fórmulas jurídicas más diversas imbuidas de la máxima lógica garantista. El objeto no ha de ser otro que el aseguramiento provisional de bienes, derechos o situaciones jurídicas del contenido más heterogéneo.

No hay duda, pues, que por esta razón cobra gran relevancia el que la nueva LJCA haya incorporado, aunque con carácter muy genérico, formas de tutela cautelar de corte positivo. Tal previsión era una exigencia palpable, si bien no hubiese sido demasiado osado que el legislador concretase algo más el contenido de este tipo de medidas cautelares. Fundamentalmente, porque no hay que descartar que los órganos judiciales competentes sean remisos a ponerlas en práctica si, como es el caso, la ley no especifica en qué puede consistir una medida jurisdiccional que, provisionalmente, está destinada a sustituir a la administración. La importancia del supuesto es innegable puesto que de alguna forma constituye una coyuntural excepción a la división de poderes como en principio define el Estado de derecho. En este sentido, si el legislador hubiese sido algo más concreto a la hora de especificar algunas formas de cautela positiva, quizás hubiese facilitado las dificultades que puede ofrecer una cierta cultura judicial muy apegada a la literalidad de la ley. Porque no se ha de olvidar que el tradicional apego del juez continental a la ley y, en especial, del juez español, que en general es poco beligerante en indagar en las posibilidades interpretativas que la ley pueda eventualmente ofrecer, hace que la inconcreción del legislador pueda producir un efecto enervante para la adopción de medidas cautelares positivas.

A modo de reflexión sobre este particular, puede ser oportuno traer a colación las oportunidades que puede ofrecer el referente alemán de las *órdenes provisionales* a las que se hacía mención en el apartado anterior. Se trata de una modalidad de medida cautelar subsidiaria que puede ser aplicada en todos aquellos supuestos en los que no procede en el proceso principal la anulación

del acto; es decir, en aquellos litigios cuyo objeto no es un acto administrativo de gravamen.

Con respecto a la suspensión cautelar, las órdenes provisionales presentan los siguientes elementos diferenciadores:

a) la carga de la prueba corresponde al solicitante, pues lógicamente es a él a quien incumbe demostrar que su derecho está en peligro, o que el restablecimiento de una situación jurídica resulta necesario;

b) en caso de ser vencido en el proceso principal, el solicitante de una orden provisional soporta un mayor riesgo, que no es otro que la restitución de las prestaciones recibidas durante el periodo de vigencia de la medida;

c) el margen de apreciación del que dispone el juez es más reducido ya que se ha de atener a valorar si concurren los supuestos tasados de orden provisional establecidos por la norma;

d) son diversas las posibilidades de recurso contra una decisión denegatoria;

e) en todo caso, si ello es procedente, la aplicación de la suspensión cautelar es considerada una solución preferente.

Se pueden diferenciar dos tipos de órdenes provisionales:

1. *La orden provisional consistente en el aseguramiento de derechos en peligro*, que tiene por objeto la conservación del *statuo quo* del peticionario, quien debe justificar la titularidad del derecho cuya protección solicita. El auto judicial que las dicta puede ser de contenido negativo, o negativo pero con carácter preventivo; es decir, puede decidir la condena de la administración a omitir una actuación material de limitación o, bien la condena a que la administración omita la emanación de un acto administrativo de gravamen. Su objeto son los derechos subjetivos. La situación de peligro para la integridad del derecho susceptible de tutela cautelar ha de ser objetiva y real; no sometida, por tanto, únicamente al criterio subjetivo del solicitante, ya que, en ocasiones podría resultar unilateral. Sus efectos han de consistir en la efectiva modificación de una situación anterior que impedía el ejercicio del derecho.
2. *La orden provisional consistente en la ordenación de una situación provisional* tiene por objeto la ampliación de los derechos y del ámbito de actuación del recurrente. La administración es impelida a realizar una actividad prestacional que puede consistir en: a) dictar un acto administrativo favorable; b) llevar a cabo una actuación material favorable que

incluya, asimismo, el restablecimiento de una situación jurídica que anteriormente había quedado alterada de forma lesiva para los derechos del recurrente como consecuencia de una actuación ilegal de un órgano de la administración. El peticionario ha de acreditar la existencia de una específica situación de relación jurídica y motivar la procedencia de las medidas provisionales solicitadas. Para que la situación jurídica sea litigiosa, es suficiente que la administración se atribuya derechos que el recurrente discute. Finalmente, entre las posibles medidas a tomar destacan: la imposición o prohibición de una conducta, la fijación al peticionario de un plazo para que formalice la acción principal, o la fijación de una cantidad que pueda dejarse como garantía, etcétera. No obstante, nunca podrán tomarse medidas que estén prohibidas legalmente. Y, por supuesto, su contenido no prejuzga, la cuestión principal.

Parece claro, pues, que las órdenes provisionales en Alemania no sólo presentan un contenido prestacional sino que también pueden ser limitativas, cuando de lo que se trata es de impedir que con una actuación omisiva (aquella que explícitamente no es de gravamen), la administración pueda también lesionar derechos del recurrente.

En otro orden de cosas, no cabe duda que en la toma de decisiones con este tenor provisional, el órgano jurisdiccional competente tiene una amplia capacidad de decisión. Como ha puesto de relieve Bacigalupo (1991: 309 y 310), tanto el *fumus boni iuris* como la inevitable ponderación de los derechos e intereses en presencia son criterios interpretativos empleados con asiduidad por los tribunales germánicos para justificar medidas tan singulares como las que comentamos, que obligan a la administración a actuar en una dirección determinada.

A diferencia de la medida cautelar de la suspensión, en la que su decisión es discrecional pero su contenido es reglado —la suspensión propiamente dicha— en la órdenes provisionales la decisión —como vemos en las dos modalidades reseñadas— está prevista de forma expresa por el ordenamiento; sin embargo, el contenido es discrecional. Y es en este activismo judicial que el legislador alemán ha previsto dónde se dilucida la tutela de los derechos y libertades frente a la acción omisiva de la administración. Aunque, ciertamente, es un activismo controlado ya que salvo excepciones muy contadas, al Tribunal le está vedado anticipar el resultado del proceso principal. Entre estas excepciones cabe incluir aquella en la que la anticipa-

ción por medio de una orden provisional es procedente “cuando el objeto del litigio se resuelve por el transcurso del tiempo con anterioridad a la resolución del proceso principal” (Bacigalupo (1991: 450).

## *2. El cambio de criterio sobre la adopción de medidas cautelares*

La modificación que sobre este aspecto introduce la LJCA es notoria. Como es sabido, la promulgación de la Ley 62/1978 supuso una importante ruptura con el criterio tradicional fijado en la Ley Jurisdiccional de 1956 basado en el principio de ejecutividad del acto administrativo. De acuerdo con el mismo, la suspensión del acto administrativo objeto de un recurso era la excepción mientras que la regla era la presunción de legalidad que le habilitaba para su ejecutividad. La Ley de 1978, invirtió el criterio e, incluso, en materia de orden público estableció con efecto automático directo la suspensión del acto. Posteriormente, este automatismo fue suprimido por la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana. Pues bien la nueva LJCA prescinde del establecimiento de cualquier regla en el sentido vigente hasta ahora que pueda vincular al juez, y remite a la ponderación que el mismo lleve a cabo sobre los intereses en conflicto para determinar la procedencia, tanto de la ejecutividad del acto como, en su caso, la aplicación de la medida cautelar que proceda. El artículo 130 lo expresa en los siguientes términos:

1. Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso.
2. La medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el juez o tribunal ponderará en forma circunstanciada.

Probablemente, esta importante modificación incorporada a la LJCA pueda obedecer a los abusos que en su momento dio lugar la regla favorable a la suspensión, en la medida que —especialmente, en los primeros años de vigencia de la Ley 62/1978— constituyó un cierto señuelo para recurrentes más preocupados por dilatar el proceso a través de un auto estimativo sobre la petición de suspensión, que interesados en argumentar de forma solvente la procedencia de la medida cautelar solicitada. Pero ante esta tendencia —a veces con ribetes patológicos— manifestada en los primeros tiempos, los tribunales superiores de justicia de las comunidades au-

tónomas y, por supuesto, también la jurisprudencia del Tribunal Supremo, respondieron con el establecimiento de unos razonables criterios de admisión de recursos, que tendieron a evitar los excesos de recurrentes temerarios. En esencia, entre otros requisitos, estos criterios obligaban a una exposición razonada de los motivos del recurso en cuanto a la afectación lesiva sobre derechos fundamentales, no únicamente en el escrito de demanda sino ya desde el primer momento procesal, es decir, en el escrito de interposición del recurso. Se trataba con ello de impedir un uso instrumental del recurso especial, a través de una simple invocación literal de preceptos constitucionales, carente de la más mínima fundamentación (Carrillo, 1995: 146). El resultado posterior supuso una racionalización del procedimiento en este concreto aspecto.

Pues bien, sean éstas u otras las razones invocadas, lo cierto es que la solución adoptada consistente en remitir únicamente a la ponderación judicial, la decisión última sobre la procedencia de la medida cautelar que convenga aplicar, no es una buena solución. No lo es porque lo que dilucida en este procedimiento es la tutela de los derechos fundamentales de la persona a través de una vía preferente y sumaria, concebida como una garantía jurisdiccional que se proyecta sobre lo que constituye el estatuto de libertad del individuo. Esto significa que el contencioso administrativo entre el recurrente y un poder público, planteado ante el órgano judicial no puede obviar la vigencia del principio *in dubio pro libertatis* como eje vertebrador de toda relación jurídica, especialmente intenso cuando una de las partes es la administración pública.

Obviamente, no se trata de invocar la necesidad de la suspensión automática del acto recurrido ni tampoco una indiscriminada aplicación de la antigua regla prevista en la Ley 62/1978. Más bien, lo que procedería es mantener dicha regla pero con un adecuado equilibrio entre las partes en la aplicación de la carga de la prueba de las respectivas pretensiones, aunque estableciendo un mayor grado de exigencia para la administración pública en su condición de depositaria del interés general. En este contexto, naturalmente el órgano judicial también habría de llevar a cabo la necesaria labor de ponderación de los intereses en conflicto, intereses que deberían ser argumentados con la debida diligencia por ambas partes —y no sólo por la administración— pero con una variante fundamental: si el interés público no queda afectado, la solución más garantista ha de ser la aplicación de la medida cautelar que mejor convenga a la tutela cautelar del derecho.

En sentido contrario, se podrá argumentar que el contenido del artículo 130 de la nueva LJCA no impide un planteamiento como el expuesto. Sin embargo, sin dejar de ser ello cierto, la opción de la Ley 29/1998 no es ésta sino la de otorgar al juez o tribunal competentes el máximo grado de decisión sobre la procedencia de la medida cautelar, carente, por tanto, de cualquier criterio predeterminado que permita impedir la ejecutividad del acto recurrido. En este sentido, el mantenimiento de la regla establecido por la Ley 62/1978, matizado con una adecuada y conjunta aplicación en cada caso, de las reglas del *fumus boni iuris*, *el periculum in mora* y *el interés público* deducible del caso, hubiera sido una solución igual de razonable que la adoptada, pero sin duda mucho más garantista y sensible a la tutela cautelar de derechos fundamentales.

### 3. *Cuestiones sobre procedimiento de la tutela cautelar*

De acuerdo con las previsiones de la Ley 29/1998, la ordenación procesal de la medidas cautelares responde a las siguientes reglas:

- La solicitud de una medida cautelar de suspender una disposición general debe efectuarse en el escrito de interposición o en el escrito de demanda; y si la suspensión es decidida, se publicará en el diario oficial con expresa mención a la disposición afectada. Por tanto, si el objeto del recurso es otro, la medida cautelar que proceda podrá solicitarse en cualquier otro momento del procedimiento (artículo 1292).
- La medida cautelar se sustancia en pieza separada del proceso principal, con audiencia de la parte contraria. Si la administración no comparece, la audiencia se entenderá con el órgano autor de la actividad impugnada (artículo 131).
- La vigencia de la medida puede ser hasta que se dicte sentencia firme que ponga fin al proceso. No obstante, podrá ser modificada o revocada si cambiaran las circunstancias en virtud de las cuales se hubieran adoptado (artículo 132). La Ley introduce una serie de prevenciones tendentes a impedir cualquier arbitrariedad que afecte a la vigencia de las medidas cautelares.
- La aplicación de una medida cautelar podrá llevar aparejada una caución o garantía (artículo 133).

#### 4. *La medidas cautelares en la legislación procesal civil*

La nueva Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil establece un régimen de la justicia cautelar especialmente detallado (título VI, artículos 721-746), que pone mayor énfasis en la adopción de medidas cautelares de hacer y no hacer, que ha de proporcionar mayor funcionalidad para la tutela de los derechos y libertades en las relaciones entre particulares.

- En primer lugar, siguiendo el criterio de la anterior y centenaria LECv de 1881, la actual abre la posibilidad a la adopción judicial de las medidas cautelares que se consideren necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial de los derechos.
- Prevé la adopción de una variada gama medidas cautelares específicas a la disposición del órgano judicial (artículo 727), como el embargo preventivo de bienes, la intervención o la administración judicial de bienes productivos; el depósito de cosa mueble, etcétera, y otras como la orden judicial de cesar provisionalmente una actividad, la abstención temporalmente de llevar a cabo una conducta o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo, etcétera, que pueden facilitar la reparación provisional de los derechos.
- Establece como criterios el peligro de la mora y la apariencia de buen derecho.

### III. BALANCE Y PERSPECTIVAS

La organización procesal de la justicia cautelar que tradicionalmente ha operado en la legislación contencioso administrativa española basada en la suspensión del acto impugnado, resulta en la actualidad una vía insuficiente para la protección cautelar de los derechos y libertades. Ello es así también en cualquier de los órdenes jurisdiccionales en los que se dilucide el contencioso jurídico. La suspensión cautelar, aun siendo una decisión importante, es una vía especialmente limitada en las relaciones jurídicas entre la administración y el particular porque no se puede olvidar que en el Estado social ésta despliega tal nivel de actos administrativos que, tanto por acción como por omisión pueden incidir de forma lesiva sobre los derechos y libertad de la persona, de forma tal que la legislación procesal precisa de generar —además de la suspen-

sión— otras formas que, según los casos, resulten más eficaces para hacer frente a una acción lesiva que proviene en muchas ocasiones de una inacción o una mala administración del poder público. Por esta razón, se hace preciso que la legislación procesal prevea formas ágiles de justicia cautelar adoptadas por los órganos judiciales que, según los casos, obliguen a la administración a actuar en un sentido determinado o bien, por el contrario, le impidan seguir actuando como hasta entonces lo venía haciendo.

La reforma operada en la justicia cautelar a través de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa ha supuesto un tímido avance en este sentido, puesto que prevé la posibilidad de que este orden jurisdiccional el juez o el tribunal competentes, puedan adoptar medidas cautelares de hacer o no hacer, si bien sería aconsejable que habida cuenta de la tradición del juez español, especialmente apegado a la letra de la ley, el legislador fuese más preciso en la concreción de algunos tipos de medidas cautelares positivas. A este respecto, la reforma operada a través de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil podría ser una referencia a tener en cuenta.

El régimen de la suspensión cautelar configurado de la nueva LJCA de 1998 constituye una regresión en el nivel de garantía de los derechos fundamentales, porque al atribuir toda la potestad de decisión sobre la procedencia o no de una medida cautelar al órgano judicial, se está rebajando el grado de exigibilidad del principio *pro libertatis* que siempre debe operar en cualquier contencioso en el que dilucide la tutela de los derechos fundamentales. En este sentido, sería preciso que el legislador —sin poner en cuestión la libertad jurisdiccional del juez— introdujese alguna regla que indujese al órgano judicial a través de la medida cautelar de la suspensión, a la preservación del derecho cuestionado si con ello no se lesiona de forma objetiva y sustancial el interés general. Puesto que establecer, como ahora hace la LJCA, que sea el órgano judicial, a través de la debida ponderación de los intereses en conflicto el que, sin más criterio legal, module el *balacing in test*, supone —sin que ello suponga desconfiar del criterio judicial— hacer abstracción de que en materia derechos exigibles ante los poderes públicos, el principio es la preservación cautelar de los mismos si existen indicios de buen derecho o si el retraso en la resolución judicial pueda generar efectos irreversibles.

La protección de los derechos fundamentales ante la jurisdicción ordinaria no resulta funcional a través de un procedimiento especial como el previsto en el título V de la LJCA. De hecho se trata de una vía escasamente utilizada puesto que en una parte de los derechos ya dispone de un procedi-



miento específico de garantía ( a saber: los derechos de reunión y manifestación, el derecho de *habeas habeas*; el derecho de sufragio, etcétera), razón por la cual, resultaría más operativo que la LJCA estableciese un sistema de justicia cautelar común y ágil procesalmente, al cual debería remitirse cualquier causa, mientras que el resto de procedimiento de tutela de los derechos habría de ser el común para todas las causas judiciales.

La justicia cautelar ha de operar con niveles de intensidad diversos en función del grado de exigibilidad jurídica de los derechos y libertades. En los derechos individuales y en los de libertad y participación la inmediatez de la medida cautelar ha de ser más intensa que en aquellos en los que la actividad de prestación de los poderes públicos es más exigible. El juez no puede suplantar la labor de procura asistencial que corresponde, sobre todo, al Parlamento. Ahora bien, si en materia de derechos de prestación existe un respaldo legal para su protección, es aconsejable que, especialmente en las medidas cautelares positivas, los órganos judiciales dispongan de instrumentos que les permita mostrar la necesaria beligerancia para procurar su tutela provisional (por ejemplo, en materia de sanidad o de educación).

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO, M., "El sistema de tutela cautelar en el contencioso administrativo alemán tras la reforma de 1991", *Revista de Administración Pública* núm. 128, 1992.
- CARRILLO, M., *La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995.
- CHAPUS, R., *Droit du Contentieux Administratif*, París, Montchrestien, 1982.
- CHINCHILLA MARÍN, C., *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid, Civitas, 1991.
- DÍAZ DELGADO, J. y ESCUIN PALOP, V., "La suspensión de los actos administrativos recurridos en el proceso especial de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales", *Revista de Administración Pública*, núm. 117, 1988.
- ESTOUP, P., *La pratique des procédures rapides. Référés, ordonnances sur requête, procédures d'injonction*, París, Litec, 1990.
- FOLLIERI, E., *Giudizio cautelare amministrativo e interessi tutelati*, Milano, Giuffrè, 1981.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La batalla por las medidas cautelares derecho comunitario europeo y proceso contencioso administrativo español*, Madrid, Civitas, 1992.
- GÓMEZ FERRER-MORANT, R., “Derecho a la tutela judicial y posición jurídica peculiar de los poderes públicos”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 33, 1982.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. J., *La jurisdicción contencioso administrativa en Alemania*, Madrid, Civitas, 1993.
- OERTZEN, H. J. VON, *Le contrôle juridictionnel de l’administration. L’Administration publique en République Fédérale d’Allemagne*, París, Economica, 1983.
- PAREJO, L., *Estado social y administración pública*, Madrid, Civitas, 1983.
- QUINTANA LÓPEZ, T., “Las medidas cautelares en el proceso administrativo italiano”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 64, 1989.



TIPOLOGÍA Y EFECTOS DE LAS SENTENCIAS  
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
EN LOS PROCEDIMIENTOS DE INCONSTITUCIONALIDAD  
ANTE LA REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA  
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL\*

Francisco Javier DÍAZ REVORIO\*\*

SUMARIO: I. *La sentencia en los procedimientos de inconstitucionalidad y sus efectos: planteamiento general.* II. *Ensayos de clasificación.* III. *La reforma de la LOTC y la clasificación y los efectos de las sentencias recaídas en los procedimientos de inconstitucionalidad.* IV. *Conclusiones* . V. *Bibliografía básica.*

\* Universidad de Castilla-la Mancha.

\*\* Este trabajo se elaboró durante la tramitación parlamentaria de la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español. Tras la redacción del mismo se ha aprobado definitivamente esa ley que, sorpresivamente, hace desaparecer (entre otras) todas las reformas del proyecto que afectaban al artículo 39 de la LOTC, manteniendo íntegramente la redacción anterior de éste.

No obstante, he preferido mantener las reflexiones que aparecen en la segunda parte de este estudio, básicamente por los siguientes motivos: 1) porque el análisis que aquí se realiza contiene un examen y valoración, con cierto alcance general, de ciertos instrumentos y mecanismos interesantes, de cara a su posible utilización en las sentencias constitucionales, y que permitirían evitar otras soluciones que en algún caso podrían resultar menos idóneas; 2) porque todavía es posible que, en posteriores reformas de la ley se recuperen, incluso con alguna posible mejora en la línea sugerida en el texto, las modificaciones que introducía el proyecto (la esperanza es lo último que se pierde); y 3) porque, más allá de la concreta coyuntura de la legislación española, me gustaría que las siguientes páginas sirvieran para seguir abogando, como ya he hecho en algún lugar anteriormente, por la necesidad de incorporar, en todos los sistemas de control de constitucionalidad, fórmulas flexibles que permitan que la declaración de inconstitucionalidad no siempre vaya anudada a una estricta nulidad, ni que los efectos de tal declaración deban siempre producirse de inmediato o incluso hacia el pasado.

### I. LA SENTENCIA EN LOS PROCEDIMIENTOS DE INCONSTITUCIONALIDAD Y SUS EFECTOS: PLANTEAMIENTO GENERAL

En los sistemas de jurisdicción constitucional basados en el modelo concentrado, el objetivo primordial de los procedimientos de control de constitucionalidad es la depuración del ordenamiento, expulsando del mismo las normas inconstitucionales. Por ello, y con todas las variantes que pueden encontrarse, la idea común en estos sistemas es que la sentencia que declara la inconstitucionalidad de un precepto legal tiene efectos generales, y provoca la definitiva eliminación del precepto inconstitucional. En el modelo originario austriaco, esta eliminación del precepto inconstitucional no despliega sus efectos hacia el pasado, ya que en definitiva se entiende que la sentencia que declara la inconstitucionalidad produce un efecto de derogación sobre la norma impugnada, pues el tribunal actuaría en este caso como un “legislador negativo”, según la concepción kelseniana del mismo.

Los sistemas de control de constitucionalidad de Europa occidental están, en líneas generales, diseñados de acuerdo con los parámetros de ese modelo kelseniano. Sin embargo, el desarrollo de los mismos ha ido produciendo diversas variantes, separaciones del modelo originario, e incluso aspectos dudosos o problemáticos que ciertos sistemas no han resuelto de forma definitiva. En lo que afecta a la sentencia recaída en el control de constitucionalidad y sus efectos, estas variaciones (y estas cuestiones más o menos abiertas) son principalmente:

- a) El problema de los efectos temporales de la sentencia. Buena parte de los sistemas, separándose en mayor o menor medida del austriaco, han ido incorporando la posibilidad de dotar de ciertos efectos retroactivos a la sentencia de inconstitucionalidad, tendiendo a sustituir el efecto de derogación por el de nulidad, y el carácter constitutivo de la sentencia por el declarativo. Todo ello aun cuando en algunos sistemas no parece clara la definición de esos efectos temporales, y en los que establecen la nulidad, ésta encuentre limitaciones evidentes, por razones de seguridad jurídica.
- b) Por otro lado, los mismos efectos de las sentencias estimatorias se ven exceptuados, matizados, o corregidos en ocasiones por algunos tribunales constitucionales, de tal modo que no siempre se produce la nulidad o la derogación, sino que se han ido incorporando otras posibles consecuencias para la declaración de inconstitucionalidad, e

incluso la posibilidad de no establecer consecuencia jurídica alguna sobre la vigencia del precepto, a pesar de declarar su inconstitucionalidad. En esta línea puede encontrarse la llamada “inconstitucionalidad sin nulidad” y sus diversas variantes.

- c) La cuestión de los efectos de la sentencia desestimatoria de la inconstitucionalidad. En principio, en el modelo concentrado este problema no era excesivamente relevante, pues este tipo de decisión no supone alteración alguna en la vigencia y aplicación de la ley, dado que la “confirmación” de su constitucionalidad no supone cambio alguno en su “status”. Sin embargo, y dado que estas sentencias suelen incorporar una interpretación tanto de la ley como de la propia Constitución, se plantea la cuestión de cuáles son los efectos de esas interpretaciones realizadas por el tribunal constitucional, y que constituyen el fundamento de la desestimación de la demanda de inconstitucionalidad y, en su caso, de la declaración, expresa o implícita, de constitucionalidad de la ley. Para resolver esta cuestión, algunos sistemas han tendido a dotar de ciertos efectos vinculantes a las sentencias desestimatorias recaídas en los procedimientos de inconstitucionalidad (o incluso, a todas las sentencias del tribunal constitucional), imponiendo a los tribunales ordinarios el seguimiento de la interpretación establecida por el tribunal constitucional, e incorporando así consecuencias que en principio serían más propias del principio “*stare decisis*” en que se basa el modelo norteamericano.
- d) La propia dicotomía entre estimación-desestimación (inconstitucionalidad-constitucionalidad), como fallos propios de las sentencias recaídas en los procedimientos de inconstitucionalidad, se ve ampliamente superada con la incorporación de una variada tipología de “decisiones intermedias” que en realidad son formas de estimación parcial de la inconstitucionalidad. Entre ellas destacan las llamadas “sentencias interpretativas”, que, sin alterar en modo alguno el texto de la disposición impugnada, alteran su contenido normativo, seleccionando de entre las varias interpretaciones o normas derivadas (alternativa o acumulativamente) de la disposición, aquéllas que resultan constitucionales a juicio del tribunal, y separándolas de las inconstitucionales.

En suma, aun cuando los sistemas europeos siguen, en líneas generales, basados en un supuesto modelo kelseniano “puro”, los mismos han

ido incorporando una gran variedad de soluciones no previstas en tal modelo, para hacer frente a diversos problemas y soluciones que no encontraban cumplida respuesta en el mismo. Sin embargo, muchas de estas soluciones no se han introducido mediante reformas constitucionales o legales, sino que ha sido la propia práctica de los tribunales la que ha incorporado esas nuevas fórmulas, o por lo menos, dicha práctica ha precedido, en la mayor parte de los casos, a la cobertura constitucional y/o legal para estas nuevas medidas, efectos o formulaciones en las sentencias sobre la constitucionalidad de la ley.

En el caso español parece resultar bastante cierto lo que venimos diciendo. La Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) parecen, hasta ahora, bastante respetuosas con un supuesto modelo “clásico” de control concentrado, en lo que atañe a la regulación de los tipos y efectos de las sentencias sobre la constitucionalidad de la ley. Sin embargo, la práctica del tribunal constitucional, movida por la ineludible necesidad de dar respuesta a los más variados supuestos de “irregularidades constitucionales” en la normativa legal, ha tenido que incorporar nuevos modelos de sentencias, y adaptar los efectos legales de las mismas.

Lo que acabamos de apuntar es lo que parece deducirse de un breve examen de la dicción de los preceptos constitucionales y legales. Comenzando por la norma fundamental, conviene recordar que su artículo 161.1 a), tras referirse al recurso de inconstitucionalidad, proclama que “la declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada”. Por su parte, el artículo 164.1 dispone la publicación de las sentencias del tribunal constitucional con sus votos particulares, el valor de cosa juzgada de las mismas y su irrecurribilidad, y señala que “las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos”. Y el apartado 2 de este artículo añade: “Salvo que en el fallo se disponga otra cosa, subsistirá la vigencia de la ley en la parte no afectada por la inconstitucionalidad”.

Ciertamente, quizá de esta regulación constitucional se derivan más dudas que certezas, pero en mi opinión cabe apuntar, tras su examen, las siguientes ideas:

- 1) Que la ley o la parte de la ley declarada inconstitucional pierde la Vigencia (artículo 164.2a *contrario*).

- 2) Que la Constitución no concreta si los efectos de la sentencia estimatoria han de ser los de la nulidad, o los de la derogación. Es cierto que el artículo 161.1 a), al establecer que la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada, parece partir del principio general de que la declaración de inconstitucionalidad implica la nulidad con efectos *ex tunc* (principio del que se exceptúan precisamente esas sentencias que no perderán el valor de cosa juzgada); pero también es verdad que ello no se dispone de manera expresa, e incluso el mencionado artículo 164.2 podría interpretarse en el sentido de que los efectos propios de la sentencia estimatoria son los de la derogación. Por tanto, en mi opinión la ley podría permitir efectos diferentes a los de la nulidad con efectos *ex tunc*, al menos en ciertos supuestos.
- 3) Aunque se han apuntado ciertas dudas sobre el alcance del artículo 164.1 de la Constitución, creo que del mencionado precepto se deduce que los efectos *erga omnes* se predicen de todas las sentencias del tribunal constitucional, excepto las que se limitan a la estimación subjetiva de un derecho. Esto, en línea de principio, conlleva los efectos generales de todas las sentencias, excepto las de amparo.<sup>1</sup> Es cierto que, al referirse genéricamente la Constitución a “todas las que no se limitan a la estimación subjetiva de un derecho”, resulta inútil la mención expresa de “las que declaren la inconstitucionalidad de una ley”, que obviamente están incluidas entre las que no se limitan a la estimación subjetiva de un derecho. Pero, a mi juicio, entender que sólo poseen efectos *erga omnes* las sentencias estima-

<sup>1</sup> Parece que hay que rechazar el contrasentido al que nos llevaría una interpretación excesivamente literal, según el cual tendrían efectos generales las sentencias desestimatorias de amparo, dado que no proceden a “la estimación subjetiva de un derecho”. No podemos aquí extendernos en esta cuestión, pero baste apuntar que la expresión “todas las que no se limitan” parece aludir a las que “van más allá” de esa estimación subjetiva. Y, obviamente, la sentencia desestimatoria no “va más allá” de la estimatoria. Quedaría determinar si las sentencias de amparo que “van más allá” de la estimación/desestimación del derecho subjetivo (por ejemplo, las que declaran la inconstitucionalidad de un acto o disposición, incluso de una norma sin rango de ley) gozan de efectos generales. Los mismos no están excluidos, sino que más bien parecen incluidos por el artículo 164.1 CE. De todos modos, como enseguida se verá, la cuestión no tiene tanta trascendencia una vez que la LOPJ ha establecido claramente la vinculación de todos los jueces y tribunales a la interpretación resultante de “las resoluciones dictadas por el tribunal constitucional en todo tipo de procesos”, lo que, a efectos prácticos, viene a aproximar los efectos de todas las sentencias.



torias de la inconstitucionalidad supone, lisa y llanamente, obviar por completo el inciso del artículo que se refiere a “todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho”.

Conviene destacar también algunos preceptos de la LOTC, en su redacción vigente al escribir estas páginas (previa al proyecto de reforma de 2005 que aquí se analiza). El artículo 38.1 señala que “las sentencias recaídas en los procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los poderes Públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado* Y el artículo 39.1 afirma que “cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados...”. El artículo 40.1 establece que las sentencias estimatorias no afectarán a los procedimientos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada, excepto en el caso de los procedimientos penales o contencioso-administrativos sancionadores en los que la nulidad de la norma implique una reducción de la pena o la sanción, o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad; y su apartado 2 dispone que la jurisprudencia de los tribunales recaída sobre leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional “habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad”. En fin, uno de los preceptos de mayor trascendencia en esta materia se encuentra en la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ); en efecto, su artículo 5.1 establece que todos los Jueces y tribunales “interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el tribunal constitucional en todo tipo de procesos”.

En mi opinión, de los preceptos apuntados, en su redacción vigente, se deducen las siguientes consecuencias de interés en el tema que nos ocupa:

- 1) La LOTC confirma que los efectos generales son predicables de todas las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad, con independencia de que sean estimatorias o desestimatorias (artículo 38.1).
- 2) Aunque la Constitución no lo exigía, la LOTC ha querido vincular necesariamente la declaración de inconstitucionalidad con la nulidad, de manera que no permite la declaración de inconstitucionalidad sin nulidad (artículo 39.1, que no admite duda al respecto).

- 3) La LOTC parece partir de la declaración de inconstitucionalidad tiene efectos hacia el pasado, aunque los matiza imponiendo el respeto a las sentencias con efecto de cosa juzgada, en el sentido y con las excepciones vistas en el artículo 40.1
- 4) Cuando el tribunal declara constitucionales o inconstitucionales determinadas interpretaciones de los preceptos, es decir, normas que derivan de los mismos, esa declaración vincula a los tribunales y jueces ordinarios. Éstos no podrán aplicar las interpretaciones declaradas inconstitucionales, y habrán de seguir las interpretaciones declaradas constitucionales, al menos cuando se desprenda de la sentencia del tribunal constitucional que tal interpretación o interpretaciones son las únicas acordes con la Constitución.

En suma, la Constitución y la legislación aplicable, a pesar de las incógnitas que plantean, parecen establecer un modelo relativamente sencillo en cuanto a los efectos y tipos de sentencias en los procesos de inconstitucionalidad: las sentencias serán estimatorias o desestimatorias de la inconstitucionalidad, todas ellas tendrán efectos “*erga omnes*” y efectos vinculantes para los jueces y tribunales ordinarios, las sentencias de inconstitucionalidad conllevan la nulidad del precepto impugnado, lo que supone efectos retroactivos con carácter general.

Sin embargo, y como ya antes apuntábamos, tras veinticinco años de jurisprudencia constitucional, la realidad ha puesto de manifiesto la insuficiencia de las categorías normativas, en cuanto a clasificación y efectos de las sentencias, lo que ha obligado al tribunal constitucional a buscar, a veces en contra de la redacción legal, otros modelos de sentencias, que despliegan efectos diferentes a los establecidos en la norma legal. Vamos a verlo con más detalle a través de diversas clasificaciones de las sentencias recaídas en los procedimientos de inconstitucionalidad.

## II. ENSAYOS DE CLASIFICACIÓN

Con la intención de sistematizar los diversos tipos de sentencias en los procesos sobre la constitucionalidad de la ley, esbozaremos varias clasificaciones, de acuerdo con diversos criterios, para tratar de señalar las diferencias entre la regulación legal y la rica práctica y, aun dentro de ésta, entre los enunciados formales de la parte dispositiva de las sentencias, y Los efectos materiales de las mismas.

### 1. *Clasificación legal*

Como puede deducirse de los anteriores comentarios, tanto para la Constitución como para la LOTC existen sólo dos tipos básicos de sentencias en los procedimientos de inconstitucionalidad: las desestimatorias y las estimatorias. Para ser más precisos, y en puridad, la Constitución y la LOTC proceden a una regulación general de las sentencias del tribunal constitucional en este tipo de procesos, dentro de la cual singularizan en algunos casos concretos las sentencias estimatorias.

Los llamados “tipos intermedios” no tienen, por tanto, al día de hoy cobertura legal expresa, si bien cabría hacer una distinción. A estos efectos:

- a) Aunque no se contemple expresamente, no está descartada la inconstitucionalidad parcial, y de hecho no parece que la misma encuentre obstáculo legal alguno, pues si cabe declarar la inconstitucionalidad de todo lo impugnado (o incluso de preceptos no impugnados según el artículo 39.1), también cabría declarar la inconstitucionalidad de parte de lo impugnado. Y ello parece aceptable tanto para la inconstitucionalidad parcial del texto (de un inciso, frase, etcétera, del precepto impugnado) como del contenido normativo o de la interpretación de él derivados (caso de las sentencias interpretativas, como se verá).
- b) En cambio, la hipótesis de inconstitucionalidad sin nulidad no sólo no está contemplada expresamente, sino que es manifiestamente contraria a la LOTC, que es clara al vincular inconstitucionalidad y nulidad (artículo 39.1). Por la misma razón parecen excluidas legalmente otras fórmulas que veremos, como por ejemplo el otorgamiento de un plazo al legislador para corregir la inconstitucionalidad, pues implican necesariamente ignorar esa ineludible vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad.

### 2. *Clasificación formal*

Si dejamos a un lado las previsiones legales y nos centramos en el análisis de las sentencias del tribunal constitucional recaídas efectivamente en los procedimientos de inconstitucionalidad, comprobaremos que la tipología de las sentencias crece notoriamente. Y ello porque, como se ha apuntado, el tribunal ha tenido que salirse en reiteradas ocasiones de la rígida bipartición constitucionalidad-inconstitucionalidad (con

necesaria vinculación entre esta última y nulidad), incorporando otro tipo de pronunciamientos a sus fallos. Con todo, el análisis de las sentencias del tribunal permite todavía dos enfoques diferentes:

- a) El basado exclusivamente en lo que afirma la parte dispositiva de las sentencias, es decir, en las declaraciones formales de los fallos.
- b) El que tiene en cuenta la “operación” que materialmente realiza la sentencia constitucional sobre el precepto impugnado, incluyendo tanto su texto como, fundamentalmente, su contenido normativo.

Puede, por tanto, distinguirse utilizarse un criterio “formal” o uno “material” para clasificar las sentencias recaídas en los procesos de inconstitucionalidad. Comenzando por el formal, cabría distinguir:<sup>2</sup>

#### A. Sentencias desestimatorias

1. Sentencias de desestimación pura o simple, cuyo fallo se limita a desestimar el recurso o cuestión interpuesto, aunque a veces puede señalar expresamente la constitucionalidad de la ley.
2. Sentencias interpretativas de desestimación, cuyo fallo declara la constitucionalidad del precepto “si se interpreta” o “interpretado” en el sentido que el propio Tribunal señala, normalmente por remisión al fundamento jurídico correspondiente de la sentencia.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Conviene aclarar que, aunque hablaremos de “sentencias” estimatorias, desestimatorias, etcétera, en el caso de que se recurran varios preceptos de la misma o de diferentes leyes, una misma decisión puede contener en su fallo varios apartados o pronunciamientos, que pueden no coincidir entre sí; de esta forma, en el fallo de una sentencia pueden encontrarse simultáneamente *pronunciamientos* de estimación pura, desestimación pura, interpretativos, etcétera. De manera que sería más preciso hablar de “clasificación de pronunciamientos” que de “clasificación de sentencias”, aunque nos referiremos a sentencias porque ello resulta más simple e inmediatamente comprensible.

<sup>3</sup> Han sido muy numerosas las sentencias de nuestro tribunal constitucional que han adoptado esta fórmula. A título de ejemplo, pueden destacarse las SSTC 11/1.981, del 8 de abril (apartados 2, a y e del fallo); 14/1981, del 29 de abril; 37/1981, del 16 de noviembre (apartado 2); 5/1982, del 8 de febrero; 35/1982, del 14 de junio (apartado 2); 72/1983, del 29 de julio (apartado 1, b del fallo); 87/1985, del 16 de julio (apartado 1, b); 178/1985, del 19 de diciembre; 63/1986, de 21 de mayo (apartado 1, a); 88/1986, del 10 de julio (apartado 2); 26/1987, del 27 de febrero (apartado 2); 99/1987, del 11 de junio (apartado 2); 115/1987, del 7 de julio (apartado 1, a); 49/1988, del 22 de marzo (apartado 1, b); 142/1988, del 12 de julio (apartado 1, a); 15/1989, del 26 de enero (apartado 1, d); 86/1989, del 11 de mayo (apartado 2); 76/1990, del 26 de abril (apartados 1, 2, y 3);

### 3. Otros tipos de sentencias desestimatorias.<sup>4</sup>

#### B. *Sentencias estimatorias*

1. Sentencias de estimación total, que son aquéllas que, estimando el recurso, declaran la inconstitucionalidad y nulidad del precepto o preceptos impugnados.
2. Sentencias de estimación parcial, que comprenden también varios tipos:
  - A) Sentencias de estimación parcial respecto al *texto de la disposición impugnada*, en las que se declara la inconstitucionalidad de una o varias palabras, o de un inciso textual del precepto impugnado.
  - B) Sentencias de estimación parcial respecto a la norma, que declaran la inconstitucionalidad parcial del precepto legal cuestionado, pero dicha inconstitucionalidad no se refleja en una parte, palabra o inciso concreto de su texto, sino que afecta en realidad a parte del contenido normativo derivado del mismo. Todas ellas pueden calificarse como *sentencias interpretativas de estimación*, aunque una vez más hay que hacer una nueva distinción:

141/1990, del 20 de septiembre (apartado 1); 17/1991, del 31 de enero (apartados 1, 2 y 3); 148/1991, del 4 de julio (apartado 2); 44/1992, del 2 de abril (apartado 3); 237/1992, del 15 de diciembre (apartados 2 y 3); 81/1993, del 8 de marzo (apartado 2); 284/1993, del 30 de septiembre (apartado 2); 337/1994, del 23 de diciembre (apartado 2); 185/1995, del 14 de diciembre (apartado 4); 69/1996, del 18 de abril; 76/1996, del 30 de abril; 195/1996, del 28 de noviembre (apartado 1); 212/1996, del 19 de diciembre (apartado 2, a); 103/1997, del 22 de mayo (apartado 2); 133/1997, del 16 de julio (apartados 1, b y 2, b); 14/1998, del 22 del enero (apartado 1); 109/1988, del 21 de mayo (apartado 2); 149/1998, del 2 de julio (apartado 2); 173/1998, del 23 de julio (apartado 2); 116/1999, del 17 de junio (apartado 2, a); 233/1999, del 16 de diciembre (apartados 2 y 3); 242/1999, del 21 de diciembre (apartado 2, b).

<sup>4</sup> Aunque tampoco han tenido una utilización muy destacada por nuestro tribunal constitucional, conviene al menos mencionar que no son desconocidos en derecho comparado otros tipos de fallos que son formalmente desestimatorios, aunque la desestimación no es pura o simple, y tampoco pueden calificarse como sentencias interpretativas: así sucedería con las sentencias que declaran que una ley “no es todavía inconstitucional”, pero puede llegar a serlo si no se modifica la regulación, o en general las “sentencias de apelación”, cuando se declara la constitucionalidad del precepto, al tiempo que se realiza un llamamiento al legislador para que proceda a adecuarlo más o mejor a las exigencias constitucionales. Como es sabido, este tipo de decisiones son relativamente frecuentes en el sistema alemán.

- a) Sentencias interpretativas de estimación en sentido estricto, que señalan la inconstitucionalidad de una entre las varias interpretaciones que *alternativamente* pueden derivar del precepto cuestionado. Este tipo de sentencias adopta un fallo en el que se señala que el precepto impugnado “es inconstitucional, si se interpreta...” o “interpretado...” en un sentido determinado, que el Tribunal puede señalar en el mismo fallo, o por remisión a los fundamentos. Si bien estas decisiones han sido en nuestro sistema mucho menos frecuentes que las sentencias interpretativas de desestimación (y también mucho menos frecuentes que en otros sistemas, como el italiano), sí pueden encontrarse algunos ejemplos.<sup>5</sup>
- b) Sentencias interpretativas de estimación que declaran la inconstitucionalidad de una norma o parte del contenido normativo derivado *conjuntamente* del texto impugnado. Siguiendo una denominación bastante empleada por la doctrina, especialmente en Italia, podemos denominar a estas decisiones “sentencias manipulativas”. Pero incluso este grupo comprendería tres tipos de decisiones:

— Sentencias reductoras, que son las que señalan que el precepto es inconstitucional “en la parte en que...” o “en cuanto...” prevé o incluye “algo” contrario a la norma fundamental. En este caso, la inconstitucionalidad no afecta al

<sup>5</sup> En el primer año de su actividad, el tribunal constitucional parecía “dudar” sobre si la forma idónea de un fallo interpretativo debía ser la estimatoria o la desestimatoria. Por ello, en 1.981 pueden encontrarse, junto a sentencias interpretativas desestimatorias, algunas sentencias interpretativas de estimación en sentido estricto, como las SSTC 22/1981, del 2 de julio, o la STC 34/1981, del 10 de noviembre. Incluso puede encontrarse en este año alguna sentencia “mixta”, ya que su fallo señala tanto la interpretación constitucional como la inconstitucional: STC 14/1981, del 29 de abril. Después del primer año, las sentencias interpretativas estimatorias fueron prácticamente abandonadas por nuestro tribunal constitucional, pero todavía puede encontrarse algún ejemplo: STC 105/1988, del 8 de junio. También son formalmente sentencias interpretativas de estimación otras decisiones: SSTC 199/1987, del 16 de diciembre (apartado 3, c) del fallo); 62/1.990, del 30 de marzo (apartado 1), o 118/1996, del 27 de junio (apartado A, 3, en su referencia al artículo 155.2 de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres); pero en realidad, estas sentencias tienen carácter materialmente aditivo (199/1987), sustitutivo (62/1990) o reductor (118/1996).

texto, pero sí al contenido normativo, que puede considerarse inconstitucional “por exceso”.<sup>6</sup>

- Sentencias aditivas, que indican que un artículo es inconstitucional “en cuanto no prevé...”, o “no incluye...”, o “excluye...” “algo” que debería incluir para ser completamente conforme a la Constitución. Se trata en este caso de una inconstitucionalidad “por defecto”, pero que tampoco implica la inconstitucionalidad de inciso alguno del texto.<sup>7</sup>
- Sentencias sustitutivas, cuyo fallo afirma que el precepto es inconstitucional “en cuanto prevé...” o señala “algo”, “en lugar de” otra cosa que debería prever para ser constitucional.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> Este tipo de decisiones ha sido relativamente frecuente en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, desde sus inicios. Por ejemplo, SSTC 4/1981, del 2 de febrero (apartados 2, B, C y D del fallo); 5/1981, del 13 de febrero (apartado 2, B); 54/1983, del 21 de junio; 160/1986, del 16 de diciembre; 116/1987, del 7 de julio (apartado 2); 181/1988, del 13 de octubre (apartado 11); 113/1989, del 22 de junio; 132/1989, del 18 de julio (apartado 2); 149/1991, del 12 de diciembre (apartado 11 del fallo, en algunos incisos); 5/1992, del 16 de enero; 158/1993, del 6 de mayo; 146/1994, del 12 de mayo; 118/1996, del 27 de junio (apartado A), 5); 166/1998, del 15 de julio; 11/1999, del 11 de febrero (apartado 2); 233/1999, del 16 de diciembre (apartado 1).

<sup>7</sup> Aunque en España las sentencias aditivas no constituyen un fenómeno tan frecuente como en el sistema italiano (que es el que ha dado más ejemplos, y del que derivan tanto la denominación como la preocupación doctrinal por este tipo de decisiones), sí es verdad que pueden encontrarse varios ejemplos, la mayoría de los cuales han sido polémicos, o han venido acompañados de votos particulares que no compartían el fallo del tribunal. Pueden mencionarse las siguientes decisiones aditivas: SSTC 29/1986, del 20 de febrero (apartados 1, A, a, b y c del fallo); 116/1987, del 7 de julio (apartado 11); 48/1988, del 22 de marzo (apartados 11, b, y 21, b, sólo en su referencia al f. j. 18); 154/1989, del 5 de octubre (apartado 11); 142/1990, del 20 de septiembre; 222/1992, del 11 de diciembre; 3/1993, del 14 de enero; 134/1996, del 22 de julio; 73/1997, del 11 de abril (apartado 1); 40/1998, del 19 de febrero (apartado 2 del fallo, inciso segundo; esta sentencia contiene una parte aditiva y otra parte en la que, señalando la inconstitucionalidad de una omisión, se afirma que no corresponde al tribunal la determinación concreta de la exigencia constitucional). Aunque no puedan calificarse estrictamente como sentencias aditivas, también pueden mencionarse algunas decisiones en las que el carácter aditivo deriva de la inconstitucionalidad de algún inciso textual: sobre todo, la STC 103/1983, del 22 de noviembre; 104/1983, del 23 de noviembre (que en realidad reitera lo dispuesto en la sentencia anterior), y también la STC 27/1985, del 25 de febrero, muy similar a la anterior STC 76/1982, del 14 de diciembre.

<sup>8</sup> Este tipo de decisiones, que no son en absoluto desconocidas en la jurisprudencia de la corte constitucional italiana, sí son excepcionales en nuestro sistema. Quizá podría

- c) Otros tipos de sentencias estimatorias, y en particular aquellas que declaran la inconstitucionalidad, pero no la nulidad, o las que acompañan a la declaración de inconstitucionalidad del establecimiento de un plazo, o aquellas que declaran que un precepto “no tiene carácter básico”, “no es aplicable” en determinado ámbito territorial, o “no tiene aplicación directa” en el mismo.<sup>9</sup>

citarse la STC 183/1988, de 13 de octubre (apartado 1 del fallo), que declara inconstitucional la referencia contenida en un precepto al “Consejo de Gobierno de la correspondiente Comunidad Autónoma, debiendo entenderse el mandato legal referido a la Comunidad Autónoma, sin previsión de órgano concreto alguno de la misma”. Sin embargo, y como veremos, sí existen varias sentencias que, a pesar de su carácter formalmente interpretativo de desestimación, operan en realidad una sustitución de parte del contenido normativo de un precepto, por otro contenido que el tribunal señala en su fundamentación.

<sup>9</sup> Al igual que hemos señalado respecto a las sentencias desestimatorias, hay que señalar ahora que también existen otras decisiones parcialmente estimatorias que no pueden encuadrarse sin dificultad en ninguna de las categorías anteriores. En este grupo habría que citar, en primer lugar, las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de un precepto, pero no vinculan a esta declaración al de nulidad del mismo. Como es sabido, este tipo de decisiones ha sido utilizado en alguna ocasión por nuestro tribunal constitucional, haciéndose cada vez más frecuente, a partir de la primera decisión de este tipo, que fue la STC 45/1989, del 20 de febrero (apartados 1, 2 y 3 del fallo). Pero también habría que incluir en este grupo toda una serie de pronunciamientos “atípicos” que han sido consecuencia del complejo sistema de distribución de competencias existente en nuestro sistema. Ello ha provocado que, en ocasiones el Tribunal haya señalado, en sentencias que resuelven recursos y cuestiones de inconstitucionalidad, que un precepto “no es aplicable” en el territorio de una o varias Comunidades Autónomas (por citar sólo algún ejemplo, SSTC 179/1985, del 19 de diciembre, apartado 2; 29/1986, del 20 de febrero, apartado B; 330/1994, del 15 de diciembre, apartados 1 y 2; 118/1996, del 27 de junio, apartado A, 7); o bien, que “es de aplicación supletoria” o “no es de aplicación directa” en una Comunidad (entre otras muchas, SSTC 227/1988, del 29 de noviembre, apartado 1, b y c; 15/1989, del 26 de enero, apartado 11, b; 133/1990, del 19 de julio, apartado 1, o 43/1996, del 14 de marzo, apartado 1; aunque este tipo de pronunciamiento parece que tenderá a disminuir o desaparecer como consecuencia de la última interpretación de la cláusula de supletoriedad llevada a cabo sobre todo por STC 61/1997, del 20 de marzo); o, con mucha frecuencia, que determinado precepto “no es básico” o “no tiene carácter básico” (a título de simple muestra, SSTC 49/1988, del 22 de marzo, apartado 1, C; 132/1989, del 18 de julio, apartado 4; 118/1996, del 27 de junio, apartados A, 2 y 3; 118/1998, del 4 de junio, apartado 1; 233/1999, del 16 de diciembre, apartado 4). Cabe apuntar que algunas de estas decisiones podrían considerarse como un tipo especial de sentencias “reductoras” en el que la reducción no afecta tanto al contenido normativo del precepto en sentido estricto, cuanto a su ámbito territorial de aplicación; ello sucede especialmente con las sentencias que declaran que un precepto “no es aplicable” en una o varias Comunidades Autónomas, en ocasiones como consecuencia de su carácter no básico.



### 3. Clasificación material

La anterior clasificación se basa como se ha dicho en un criterio formal, que tiene en cuenta exclusivamente el modo en que el fallo se pronuncia sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del precepto legal impugnado. Pero cabe también una clasificación material, que tenga en cuenta los efectos realmente producidos por el fallo en el *contenido normativo* del precepto cuestionado. Desde esta perspectiva, creo que pueden destacarse algunas ideas:

- En primer lugar, y como criterio material general, puede afirmarse que toda sentencia que no es de desestimación pura, es de estimación parcial, pues todo lo que no sea afirmar la conformidad constitucional del precepto impugnado, implica un reproche al mismo desde la perspectiva de su adecuación a la Constitución, y por tanto supone, al menos en parte (aunque acaso sólo de forma implícita) la afirmación de que dicha adecuación constitucional no se produce, y de que hay, por tanto, una parte del precepto que es inconstitucional.<sup>10</sup>
- En particular, todas las sentencias interpretativas son materialmente estimatorias, ya que entienden que al menos una entre las varias interpretaciones posibles de un texto legal (o incluso, todas menos una), es contraria a la Constitución; o bien, en un sentido más amplio, que parte del contenido normativo, derivado conjunta o alternativamente de dicho texto, es inconstitucional. Por ello he afirmado que el fallo de una sentencia interpretativa debería ser *siempre* formalmente de estimación, señalando que el precepto “es inconstitucional si se interpreta...” o “es inconstitucional, salvo que se interprete...” o “es inconstitucional, en la parte en que...” o “En cuanto...”, “en la medida en que...”, etcétera.

<sup>10</sup> Todo ello, dejando de lado lo que pueden considerarse meros comentarios o valoraciones que a veces el tribunal añade a una declaración de constitucionalidad, en tanto no supongan condicionamiento o matización a la misma. Por ejemplo, no dejan de ser sentencias de desestimación las que, declarando plenamente la conformidad constitucional del precepto, realizan un llamamiento al legislador para que lo modifique porque ello es conveniente desde determinada perspectiva, o avisan de que eventualmente, en el futuro, el precepto podría devenir inconstitucional. En todos los demás casos que sí suponen un reproche actual a la constitucionalidad (sentencias interpretativas, inconstitucionalidad sin nulidad, apelación al legislador cuando se señala la inconstitucionalidad, etcétera) hay materialmente inconstitucionalidad parcial.

- Como consecuencia de lo anterior, todas las sentencias que formalmente son interpretativas de desestimación, materialmente son interpretativas de estimación en sentido amplio. Con frecuencia, estas sentencias rechazarán una o varias (o todas menos una) entre las interpretaciones que pueden derivar alternativamente de un texto, es decir, que serán materialmente interpretativas estimatorias en el sentido más estricto. Pero también hay casos relativamente frecuentes de sentencias interpretativas formalmente desestimatorias, que “encubren” en realidad pronunciamientos materialmente reductores,<sup>11</sup> aditivos<sup>12</sup> o sustitutivos.<sup>13</sup> O sentencias formalmente aditivas que contienen en realidad un pronunciamiento materialmente reductor,<sup>14</sup> etcétera.

En consecuencia, tiene utilidad una clasificación *materialde* las sentencias recaídas en los procedimientos de inconstitucionalidad, que podría ser la siguiente:

<sup>11</sup> Pueden encontrarse varias decisiones de este tipo, aunque es cierto que en ocasiones resulta difícil precisar si los efectos sobre el contenido normativo son reductores, o simplemente se está eligiendo una entre varias interpretaciones alternativas (en realidad, ambas circunstancias podrían producirse simultáneamente). Por citar algún ejemplo reciente de sentencias materialmente reductoras, a pesar de su carácter formalmente interpretativo desestimatorio: STC 50/1999, del 6 de abril (apartado 2 del fallo), o 233/1999, del 16 de diciembre (apartado 21); también puede destacarse la STC 56/1990, del 29 de marzo, que es materialmente reductora, y al tiempo sustitutiva.

<sup>12</sup> Así sucede, entre otros ejemplos, con la STC 74/1987, del 25 de mayo, o incluso con la STC 233/1999, del 16 de diciembre, en el apartado 3 de su fallo. En cualquier caso, conviene señalar que, en un sentido más amplio, muchas de las sentencias interpretativas desestimatorias tendrían un cierto carácter aditivo, ya que muchas veces la interpretación elegida supone una concreción o especificación que de alguna manera “añade” algo a lo estrictamente señalado por la ley; un buen ejemplo de ello estaría constituido por la STC 76/1996, del 30 de abril. De ahí la dificultad para precisar cuándo una sentencia es materialmente aditiva, ya que en algunos casos lo que se “añade” es un requisito o una “precisión” no previstos en la ley. Aunque hay supuestos en los que claramente puede apreciarse la ampliación del contenido normativo (bien en los supuestos de aplicación, o bien en las consecuencias jurídicas). Uno de estos supuestos “claros” es, a mi juicio, la primera de las sentencias citadas en esta nota.

<sup>13</sup> En mi opinión, ejemplos de este tipo serían las SSTC 10/1982, del 23 de marzo (apartado 1, C del fallo), o 56/1990, del 29 de marzo (apartado 1, b, del fallo, que como ya hemos apuntado es materialmente sustitutivo y reductor en su referencia al f. j. 13, b).

<sup>14</sup> Podrían citarse en este sentido las SSTC 113/1989, del 22 de junio, o 158/1993, del 6 de mayo, cuyo fallo adopta una forma similar al de las sentencias propiamente aditivas, pero que producen un efecto reductor sobre el contenido normativo del precepto cuestionado.

1. Sentencias de desestimación pura, que son las que desestiman el recurso o cuestión, sin rechazar ninguna interpretación de la ley, ni modificar o alterar su contenido normativo.
2. Sentencias materialmente de estimación parcial, que serían todas las demás (ya que, como se ha dicho, y en cierto sentido resulta obvio, *toda sentencia que no es de desestimación total, es de estimación parcial*) y que comprenderían, a su vez:
  - A. Sentencias interpretativas en sentido estricto, que serían aquellas que (con independencia de que su fallo sea *formalmente* estimatorio o desestimatorio) “eligen”, entre las varias interpretaciones de un precepto, aquélla o aquéllas conformes a la Constitución, o “descartan” la o las inconstitucionales.
  - B. Sentencias materialmente manipulativas, grupo comprendido por aquellas decisiones que (de nuevo con independencia de cuál sea *formalmente* el sentido de su fallo) entienden que el contenido normativo derivado *conjuntamente* del precepto es en parte inconstitucional, y al afirmar dicha inconstitucionalidad proceden a reducir, ampliar o sustituir dicho contenido normativo. Dentro de este grupo estarían:
    - a) Sentencias materialmente reductoras.
    - b) Sentencias materialmente aditivas.
    - c) Sentencias materialmente sustitutivas.
  - C. Otras sentencias materialmente estimatorias, grupo que englobaría todos los demás supuestos en los que el tribunal realiza materialmente un reproche a la constitucionalidad del precepto, venga éste o no acompañado de una declaración de nulidad total o parcial.

Interesa destacar que, desde este punto de vista material, incluso es posible encontrar sentencias cuyo fallo es formalmente de desestimación pura, pero cuyos efectos sobre el contenido normativo del precepto son realmente de inconstitucionalidad, bien por su carácter interpretativo, manipulativo o similar. A mi juicio, un buen ejemplo de lo que digo es (entre otros muchos que podrían señalarse) la sentencia 176/1999, del 30 de septiembre, ya que, a pesar de que formalmente esta sentencia procede a desestimar el recurso planteado, en realidad señala cuál debe ser la interpretación del precepto conforme a la Constitución; y esta interpreta-

ción reduce el contenido normativo que parece derivar de la literalidad del precepto, con lo que la decisión podría considerarse incluso como materialmente interpretativa-reductora.

### III. LA REFORMA DE LA LOTC Y LA CLASIFICACIÓN Y LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS RECAÍDAS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE INCONSTITUCIONALIDAD

Como se ha indicado, la experiencia de la jurisprudencia de nuestro tribunal constitucional (y, en cierta medida, el conocimiento de ciertos tipos de sentencias utilizados en el derecho comparado) ha puesto de relieve la insuficiencia de las categorías previstas en la ley, para dar cobertura a la diversa variedad de medidas que en ocasiones es preciso adoptar para reparar, de la manera menos lesiva y más acorde con la Constitución, diversos supuestos de inconstitucionalidad de las leyes. Buena parte de los tipos de fallos constitucionales que venimos comentando son consecuencia de la necesidad de hacer frente a muy diversas situaciones de inconstitucionalidad parcial, sin declarar la pura y simple inconstitucionalidad y la consiguiente nulidad de los preceptos impugnados.

Desde luego, la utilización de algunas de estas decisiones, especialmente de la amplia variedad de las que pueden agruparse en la categoría de “sentencias interpretativas” ha planteado no pocas cuestiones respecto a su legitimidad constitucional, pues existe el riesgo de que las mismas supongan invasión de competencias legislativas (dado el carácter “creador” de derecho que las mismas pueden implicar, particularmente en el caso de las sentencias interpretativas, más en concreto las manipulativas) o judiciales (pues, en definitiva, algunos de estos “modelos de decisión” implican la interpretación de la ley, función que en principio corresponde a los juzgados y tribunales ordinarios). Con independencia de que en algunos casos esas críticas podrían superarse teniendo en cuenta la función del control de constitucionalidad y la posición del tribunal constitucional como garante y como intérprete supremo de la Constitución, lo cierto es que en ocasiones se ha reclamado la utilización de otras alternativas ya mencionadas, como la inconstitucionalidad sin nulidad, o la posibilidad de diferir los efectos de la sentencia estimatoria. Pero estas opciones, aparte de plantear la cuestión de en qué medida es lícito demorar o posponer la adopción de consecuencias que derivan directamente de la Constitución (lo que las hace justificables sólo a falta de otra alternativa

más idónea) tienen, hasta ahora, el problema más acuciante de la falta de cobertura legal expresa de muchas de ellas, o incluso, para ser más claros, de la prohibición legal expresa de toda medida que desvincule inconstitucionalidad y nulidad.

Sin embargo, ciertamente este tipo de medidas, si contasen con cobertura legal, resultarían admisibles en ciertas hipótesis, o al menos, podrían ser una opción aceptable por comparación con otras alternativas: no debería descartarse su uso, aunque nunca resultaría positivo el abuso, al tratarse de un instrumento delicado que plantea los problemas antes apuntados. En este sentido, y teniendo en cuenta que en determinadas ocasiones este tipo de medidas puede presentarse como la opción “menos mala” en el sentido de menos alejada de la Constitución y más respetuosa con las competencias y funciones de otros poderes del Estado, la doctrina venía reclamando insistentemente la reforma de la LOTC para contemplar y permitir el uso de estos fallos en las sentencias sobre la constitucionalidad de la ley. Y en este sentido se había pronunciado claramente el autor de estas líneas.

#### *1. Planteamiento: el nuevo artículo 39 y la ruptura del vínculo entre inconstitucionalidad y nulidad*

De manera que, en línea de principio (y sin perjuicio de los detalles que a continuación comentaremos), no cabe sino saludar positivamente este punto del proyecto de reforma de la LOTC,<sup>15</sup> pues la misma contem-

<sup>15</sup> En fase de corrección de pruebas de este trabajo se ha dado a conocer el informe de la Ponencia del Congreso de los diputados sobre este proyecto de ley (*Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso, VIII Legislatura, núm. 60-9, 5 de diciembre de 2006), que, sorprendentemente, hace desaparecer (entre otras) todas las reformas del proyecto que afectaban al artículo 39 de la LOTC, manteniendo íntegramente la redacción anterior de éste. No obstante, he preferido mantener las reflexiones que aparecen en el texto, básicamente por los siguientes motivos: 1) porque el análisis que aquí se realiza contiene un examen y valoración, con cierto alcance general, de ciertos instrumentos y mecanismos interesantes, de cara a su posible utilización en las sentencias constitucionales, y que permitirían evitar otras soluciones que en algún caso podrían resultar menos idóneas; 2) porque todavía es posible que, en las sucesivas fases de la tramitación parlamentaria, se recuperen, incluso con alguna posible mejora en la línea sugerida en el texto, las modificaciones que introducía el proyecto (la esperanza es lo último que se pierde); y 3) porque en caso de que definitivamente la redacción del artículo 39 se mantuviera en los términos hoy vigentes, me gustaría que las siguientes páginas sirvieran para seguir abogando, como ya he hecho en algún lugar anteriormente, por una necesaria reforma de dicho precepto, aunque lamentablemente se perdería ahora una magnífica oportunidad para emprenderla.

pla expresamente tres aspectos de interés, que vienen a flexibilizar notoriamente las fórmulas que el Tribunal puede adoptar en la parte dispositiva de las sentencias recaídas en procesos constitucionales. Estas tres novedades son: *a)* la inconstitucionalidad sin nulidad (artículo 39.1); *b)* la nulidad diferida (artículo 39.1); y *c)* la inconstitucionalidad por insuficiencia normativa (artículo 39.3).

Sin embargo, conviene tener en cuenta que estos tres aspectos no son, en realidad, tres nuevos tipos de medidas o de sentencias que pueda adoptar el tribunal constitucional, sino sólo dos nuevos modelos de pronunciamiento, en realidad muy vinculados entre sí, como son la declaración de mera inconstitucionalidad, y la nulidad diferida (o retraso de los efectos de la sentencia estimatoria de nulidad). Y ello porque el tercer aspecto mencionado (la inconstitucionalidad por insuficiencia normativa) no representa en realidad un tipo diferente de fallo o sentencia constitucional, sino un caso o supuesto particular que lleva también a no declarar inmediatamente la nulidad.

En puridad, la reforma contiene fundamentalmente una novedad de trascendencia, como es la ruptura del vínculo, antes insoslayable, entre la declaración de inconstitucionalidad y la nulidad del precepto impugnado. A partir de ahí, caben dos opciones, como son la simple declaración de inconstitucionalidad sin más consecuencias, o el retraso en la aplicación del efecto de nulidad del precepto. Éstas son, en sentido propio, las dos alternativas que introduce el proyecto de ley. Pero éste, con una sistemática discutible, parece querer separar de estas hipótesis las de inconstitucionalidad por insuficiencia normativa, previstas en el artículo 39.3, dando en estos casos un mayor margen al tribunal, para acompañar a tal declaración de cualquier otra medida procedente. Con todo, el artículo 39.3 no está incorporando un nuevo modelo de decisión, sino que está simplemente recogiendo de forma expresa uno de los supuestos en los que procede no declarar la nulidad inmediata del precepto inconstitucional, estableciendo, eventualmente, otras posibles consecuencias de esa declaración.

En todo caso, y reiterando que en realidad hablamos de dos nuevos modelos de decisión y no de tres (y en realidad, de un único elemento novedoso como es la posibilidad de declarar la mera inconstitucionalidad sin nulidad inmediata), procedemos a comentar brevemente los tres supuestos contemplados en el proyecto.

## 2. La inconstitucionalidad sin nulidad

Ya se ha indicado que el tribunal constitucional ha recurrido en varias ocasiones a declarar la mera inconstitucionalidad, sin acompañar a ésta de la nulidad, a pesar de la previsión legal expresa en contra. Este modelo de decisión procede del Tribunal Constitucional Federal alemán, que ha venido adoptando decisiones de mera incompatibilidad (*Unvereinbarkeit*), merced a la previsión legal contenida en el parágrafo 31.2 de su ley reguladora (BVerfGG), que permite, desde su reforma en 1970, declarar la ley compatible con la Ley Fundamental, incompatible o nula.

Hay diversas hipótesis en las que este tipo de medida parece la mejor solución para hacer frente a ciertos supuestos de inconstitucionalidad:

- a) Casos de inconstitucionalidad por omisiones legislativas relativas, en los que la inconstitucionalidad del precepto legal no se produce por su redacción o contenido, sino por alguna carencia o insuficiencia del mismo, y por ello no procede declarar su nulidad, ni total ni parcial. Tal es el caso de la STC 45/1989, del 20 de febrero, en la que se declara la inconstitucionalidad de los preceptos que imponían la sujeción conjunta de los miembros de la unidad familiar al impuesto sobre la renta.
- b) Supuestos en los que no se declara la nulidad, porque la misma crearía una laguna legal cuyas consecuencias serían aun más alejadas de la Constitución (por ejemplo, el asunto resuelto en la STC 195/1998, del 10 de octubre, en la que se declara inconstitucional la ley estatal que regulaba la Reserva Natural de las Marismas de Santoña, por invasión competencial, pero no se declara la nulidad ante la ausencia de legislación autonómica específica, lo que hubiera provocado la ausencia total de protección de dicho espacio natural, en caso de declaración de nulidad de la ley impugnada.
- c) Casos en los que se entiende que la declaración de nulidad provocaría una situación más perjudicial que la existente si se dejara la norma en vigor, sobre todo cuando los preceptos impugnados ya agotaron todos sus efectos bastante tiempo atrás. En esa hipótesis nos encontramos cuando se declaran inconstitucionales partidas presupuestarias correspondientes a ejercicios económicos ya cerrados.<sup>16</sup>

<sup>16</sup> Por ejemplo, SSTC 13/1992, del 6 de febrero; 16/1996, del 10 de febrero, y 68/1996, del 18 de abril).

Existiendo, por tanto, hipótesis en las que la declaración de inconstitucionalidad sin nulidad resulta justificada, o al menos parece la medida menos apartada de la Constitución, hay que valorar positivamente el hecho de que la reforma de la LOTC introduzca expresamente la posibilidad de adoptar esta medida al señalar, en el artículo 39.1, que “la sentencia podrá declarar únicamente la inconstitucionalidad”.

### *3.El retraso de los efectos de la sentencia de nulidad*

En ciertas hipótesis de inconstitucionalidad sin nulidad, y particularmente cuando la falta de declaración de nulidad obedece a la finalidad de evitar vacíos legales, resulta necesaria una nueva intervención legislativa acorde con las previsiones constitucionales, que sustituya a los preceptos legales considerados inconstitucionales, y sin embargo mantenidos provisionalmente vigentes. En tales casos puede resultar conveniente no abandonar por completo la sanción de nulidad de la ley, sino tan solo retrasar ese efecto el tiempo suficiente para que el legislador proceda a aprobar una nueva regulación normativa. De ese modo, el tiempo de retraso en la aplicación de la nulidad es, en definitiva, el plazo del que dispone el legislador para la aprobación del nuevo precepto legal.

Esta solución, sin embargo, tropieza con serias dificultades cuando falta una previsión constitucional o legal que permita al tribunal conceder ese plazo al legislador, pues en tal caso dicho plazo carece de cobertura legal, y falta además un criterio constitucional para establecer los límites temporales de dicho plazo. Quizá por ello nuestro tribunal constitucional ha acudido en ocasiones a la idea del “plazo razonable”, o ha concedido un plazo implícito.<sup>17</sup> En otros modelos, como el austríaco, la posibilidad de retrasar los efectos de la anulación de la ley tiene amparo constitucional expreso, pudiendo el tribunal constitucional disponer dicho retraso en los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad, hasta un máximo de dieciocho meses.

La previsión constitucional o legal expresa de este retraso da cobertura jurídica a una medida que, en otro caso, resultaría difícilmente justifi-

<sup>17</sup> Así, en la mencionada STC 45/1989 se establecía que la nueva regulación había de producirse antes de proceder a la liquidación y pago del impuesto ya devengado. En otro caso bien distinto, la STC 216/1991, del 14 de noviembre, en un recurso de amparo, entiende que la vulneración del derecho se había producido por el mantenimiento de la desigualdad en el plano legislativo sin haber sido ésta corregida en un “plazo razonable”.



cable, pero que parece especialmente conveniente como fórmula para completar, en ciertos casos, la ausencia de declaración de nulidad, pues este plazo permite conminar al legislador a cumplir con los mandatos constitucionales. A falta de plazo, ciertas hipótesis de “inconstitucionalidad sin nulidad” implicarían la pervivencia en el ordenamiento, de modo indefinido, de preceptos legales cuya inconstitucionalidad ha sido constatada y declarada.

El proyecto de reforma de la LOTC señala, en el nuevo artículo 39.1, que la sentencia podrá “diferir los efectos de la nulidad por un plazo que en ningún caso podrá ser superior a tres años”. Por las razones que se han venido apuntando, debe valorarse positivamente la posibilidad de retrasar los efectos de la sentencia de nulidad. Sin embargo, me parece que el plazo que la ley establece como máximo resulta un tanto excesivo, tanto desde la perspectiva del derecho comparado (el plazo máximo existente en Austria es la mitad), como si se tiene en cuenta la necesidad de no demorar, más allá del tiempo estrictamente imprescindible, la exigencia al legislador del cumplimiento de los mandatos constitucionales. Por ello creo que puede afirmarse que prácticamente cualquier modificación legislativa imaginable puede llevarse a cabo (mucho más cuando existen poderosas exigencias constitucionales para hacerlo) en un período bastante inferior a tres años.

#### *4.La inconstitucionalidad por insuficiencia normativa.*

Se trata quizá del aspecto más mejorable de la reforma de la LOTC, al menos en lo que tiene que ver con la tipología y efectos de las sentencias sobre la constitucionalidad de la ley. De mantenerse la redacción del proyecto, la reforma introducirá un apartado 3 en el artículo 39, del siguiente tenor: “Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad por insuficiencia normativa podrá conceder un plazo al legislador para que actúe en consecuencia. Si este incumpliera dicho mandato, el tribunal constitucional resolverá lo que proceda para subsanar la insuficiencia”.

La redacción y la ubicación de este apartado sugieren, a mi juicio, los siguientes comentarios:

- a) Como ya se ha señalado, el proyecto parece desvincular este supuesto de los de inconstitucionalidad sin nulidad y nulidad diferida, considerándolo diferente cuando, en realidad, la insuficiencia nor-

mativa es, como se ha indicado, uno de los supuestos en los que se declara la inconstitucionalidad sin nulidad inmediata. Desde esta perspectiva, no se entiende muy bien que esta regulación se lleve al apartado 3 del artículo 39, ya que lo más lógico hubiera sido incorporar esta regulación en el mismo artículo 39.1, a continuación de la mención a la inconstitucionalidad sin nulidad y el plazo de la nulidad diferida (o, en su defecto, inmediatamente a continuación de esa previsión, en un apartado 2 del artículo 39).

- b) Fruto de esta desconexión sistemática con las previsiones del artículo 39.1 es que el plazo máximo que cabe conceder al legislador queda sin concretar. Al respecto, cabe la duda de si es aplicable al supuesto el máximo de tres años establecido en el artículo 39.1, o bien el Tribunal Constitucional carece de límite para fijar ese plazo concedido al legislador. Por razones de coherencia sistemática, y por la misma conveniencia de limitar esta facultad del TC, me inclino por pensar que el límite del artículo 39.1 es aplicable al caso, aun cuando como se ha dicho el máximo sigue resultando excesivo en la mayoría de los casos.
- c) La regulación adolece de excesiva ambigüedad a la hora de fijar las consecuencias en caso de que el legislador incumpla el plazo para aprobar la regulación conforme a la Constitución. En principio, cabría pensar que el efecto de ese incumplimiento sería la aplicación del efecto de la nulidad sobre el precepto o preceptos impugnados, pero si sólo pudiera establecerse esta sanción (que a mi juicio sigue resultando posible si el TC la declara transcurrido el plazo concedido) resultaría innecesario por completo el artículo 39,3 del proyecto, pues en tal caso la hipótesis entraría de lleno en las previsiones del artículo 39.1. Y acaso podría pensarse que, en efecto, la formulación del artículo 39.1 del proyecto permitiría incluir sin problemas la hipótesis de insuficiencia normativa, y la nulidad diferida será normalmente solución adecuada para tal hipótesis. Pero dada la redacción del artículo 39.3, hay que pensar que el TC puede establecer otras consecuencias si transcurre el plazo señalado. De ahí la ambigüedad del precepto, pues no resulta claro en qué medidas de reparación directa de la insuficiencia normativa se está pensando.

Quizá la finalidad de este apartado del proyecto sea dar la opción al Tribunal de establecer las medidas propias de una sentencia interpretativa,

o incluso aditiva, si el legislador no ha procedido a la nueva regulación. Ciertamente, en principio podría pensarse en la reparación directa, por el tribunal, de esa insuficiencia normativa, pero dado que la facultad concedida en la ley no parece que pueda interpretarse en contra del papel y la función del tribunal constitucional, y en particular no permite a éste sustituir al legislador, hay que entender que dicha reparación directa de la insuficiencia contará con notorios límites. Pues si la medida adoptada por el tribunal constitucional no está dentro de sus funciones constitucionales, e implica intervención en la función legislativa, no puede legitimarle a adoptarla la previsión del artículo 39.1 LOTC. Y si dicha medida de reparación de la insuficiencia normativa está dentro de las funciones constitucionales del TC, pudo haberse adoptado directamente y desde el primer momento, sin necesidad de conceder un previo plazo al legislador. Es decir, si esa sentencia interpretativa o aditiva era constitucionalmente admisible, pudo dictarse desde el primer momento. Y si no lo era, el artículo 39.3 no alcanza a legitimarla.

#### IV. CONCLUSIONES

La reforma de la LOTC, en lo que atañe a la tipología y efectos de la sentencia sobre la constitucionalidad de la ley, debe valorarse positivamente en líneas generales, pues incorpora nuevos modelos de decisión que permiten matizar los efectos de la inconstitucionalidad. Dichos modelos eran necesarios porque tanto el derecho comparado, como la propia práctica previa del tribunal (producida a veces al margen, y a veces en contra de la LOTC) habían puesto de relieve la necesidad de acudir a esos instrumentos como solución más idónea para hacer frente a ciertas hipótesis de inconstitucionalidad y reparar la misma. En concreto, resultaba imprescindible la ruptura del vínculo, antes indisoluble, entre inconstitucionalidad y nulidad, permitiendo la mera inconstitucionalidad y la nulidad diferida, tal y como apunta el nuevo artículo 39.1

Sin embargo, el proyecto incluye algunas previsiones que resultan, a mi juicio, mejorables. En particular, el plazo máximo que cabe dar al legislador para que apruebe una nueva regulación normativa (tres años) parece un tanto excesivo, aunque el tribunal podría corregirlo por la práctica si habitualmente concede un plazo más breve, que será suficiente, las más de las veces, para proceder a aprobar una nueva norma legal.

Por otro lado, también parece cuestionable la regulación de los efectos de la inconstitucionalidad por insuficiencia normativa, tanto desde el punto de vista sistemático (parece configurarse como un supuesto diferente y separado de la inconstitucionalidad sin nulidad y la nulidad diferida, cuando en principio serían estas dos soluciones las más acordes con la insuficiencia normativa), como desde la perspectiva de la necesaria limitación del plazo máximo, y concreción de las medidas posibles de adoptar, transcurrido el mismo, por el TC, y sus efectos.

En fin, cabe en último término señalar que la reforma no contempla otro conjunto de posibles tipos de decisiones que cabría adoptar en la sentencia que resuelve un proceso sobre la constitucionalidad de la ley. Tal sería el caso, por ejemplo, de las sentencias interpretativas con toda su variada tipología de pronunciamientos, de las declaraciones de inaplicabilidad territorial, de la declaración de que la ley “no es todavía inconstitucional”, de la “inconstitucionalidad constatada, pero no declarada”, etcétera. Al respecto, podría señalarse sintéticamente lo siguiente:

- a) Las sentencias interpretativas son subtipos de la declaración de inconstitucionalidad parcial, y por tanto sentencias parcialmente estimatorias que, cuando son constitucionalmente legítimas o vienen exigidas en atención a las circunstancias del caso, no requieren de una especial cobertura legal;
- b) Las declaraciones de inaplicabilidad territorial (o de supletoriedad en determinado territorio, falta de carácter básico, etcétera) son especialidades muy vinculadas a peculiaridades de nuestro sistema, en el que el recurso de inconstitucionalidad sirve muchas veces al propósito de resolver conflictos de competencias legislativos. Ciertamente, cabría pensar que en tales casos una previsión legal serviría para legitimar este tipo de decisiones, que en otro caso presentan un marcado carácter atípico. Pero técnicamente las mismas son también formas peculiares de inconstitucionalidad parcial, que por lo demás son cada vez menos utilizadas, tanto por la mayor nivelación competencial entre comunidades, como por la nueva jurisprudencia que vino a “desactivar” el principio de supletoriedad desde 1997;
- c) Las sentencias que declaran que la ley “no es todavía inconstitucional” son medidas más ajenas en nuestro sistema, que implican meras declaraciones de constitucionalidad acompañadas de una advertencia sobre un posible cambio de la legitimidad constitucional de La ley en el futuro.

d) La “inconstitucionalidad constatada, pero no declarada” es una fórmula igualmente ajena a nuestro sistema, pero que resulta además innecesaria, y mucho más distorsionadora que la inconstitucionalidad sin nulidad.

En suma, debe saludarse positivamente la flexibilización de los pronunciamientos de las sentencias sobre la constitucionalidad de la ley llevada a cabo en el proyecto de reforma de LOTC, aun cuando éste muestra todavía algún detalle mejorable y sigue sin contemplar expresamente algunos tipos de decisiones que, sin embargo, no parecen necesitar de esa previsión legal expresa en los casos en concretos en los que su adopción resulte admisible desde la perspectiva constitucional.

#### V. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- ALMAGRO NOSETE, J., *Justicia constitucional (Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)*, 2a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1989.
- ASOCIACION DE LETRADOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley*, Madrid, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- BARRANCO AVILÉS, M. C., *Derechos y decisiones interpretativas*, Madrid, Marcial Pons, 2004.
- BLASCO SOTO, M. C., *La sentencia en la cuestión de inconstitucionalidad*, Barcelona, Bosch, 1995.
- BOCANEGRA SIERRA, R., *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios de la Administración Local, 1982.
- , “Sobre el alcance objetivo de las sentencias del Tribunal Constitucional”, *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, vol. I.
- CORZO SOSA, E., *La cuestión de inconstitucionalidad*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- CAPPELLETTI, M., “Sentenze condizionali della Corte Costituzionale”, *Rivista di Diritto processuale*, t. II, 1957.
- CRISAFULLI, V., “Ancora delle sentenze interpretative di rigetto della Corte Costituzionale”, *Giurisprudenza costituzionale* 1965.

- , “Le sentenze interpretative della Corte Costituzionale”, *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, 1967.
- , “Controllo di costituzionalità e interpretazione delle leggi nell’esperienza italiana”, *Hundert Jahre Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich*, Viena-Francfurt-Zurich, Europa Verlag, 1968.
- DÍAZ REVORIO, F. J., “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el derecho comparado europeo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 61, enero-abril de 2001.
- , “Interpretación constitucional de la ley y sentencias interpretativas”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 2, abril de 2000.
- , *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Valladolid, Lex Nova, 2001.
- ESPÍN TEMPLADO, E., “El modelo español de control de la constitucionalidad de las leyes”, *A l’entorn d’una Constitució*, Conselleria d’Educació, Cultura i Joventut, Govern d’Andorra, 1992.
- *et al*, *La reforma de la justicia constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Jurídicos- Thomson Aranzadi, 2006.
- EZQUIAGA GANUZAS, F. J., “Diez años de fallos constitucionales (sentencias interpretativas y poder normativo del Tribunal Constitucional)”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 31, 1991.
- , *La argumentación en la justicia constitucional española*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 1987.
- , *La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- GAMBINO, S., “La jurisdicción constitucional de las leyes. La experiencia italiana desde la óptica comparada”, en RUIZ-RICO RUIZ, G. (ed.), *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.
- GARCÍA MARTÍNEZ, A., *El recurso de inconstitucionalidad. El proceso directo de inconstitucionalidad*, Madrid, Trivium, 1992.
- GUTIÉRREZ ZARZA, M. A., “Las sentencias interpretativas y aditivas del Tribunal Constitucional español”, *Revista de Derecho Procesal*, núm. 3, 1995.
- JIMÉNEZ CAMPO, J., “Algunos rasgos de la cuestión de inconstitucionalidad en España”, en RUIZ-RICO RUIZ, G. (ed.), *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*, CGPJ-Universidad de Jaén-Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

- , “Consideraciones sobre el control de constitucionalidad de la ley en el derecho español”, *La jurisdicción constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994*, Madrid, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, 1995.
- , “España. Sobre los límites del control de constitucionalidad de la ley”, *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998.
- , “Qué hacer con la ley inconstitucional”, *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley*, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- LÓPEZ GUERRA, L., “El Tribunal Constitucional y el principio «*stare decisis*»”, *El Tribunal Constitucional*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1981, vol. II.
- MONTELLA, M., *Tipologia delle sentenze della Corte Costituzionale*, Rimini, Maggioli Editore, 1992.
- MONTESANO, L., “Sulle sentenze di incostituzionalità «interpretative»”, *Studi in onore di Biagio Petrocelli*, Milán, Giuffrè, 1972.
- PÉREZ TREMP, P., *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- PIBERNAT DOMENECH, X., “La sentencia constitucional como fuente del derecho”, *Revista de Derecho Político*, núm. 24, 1987.
- , “Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad”, *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 4, 1987.
- PIZZORUSSO, A., “Las sentencias «manipulativas» del Tribunal Constitucional italiano”, *El Tribunal Constitucional*, Instituto de Estudios Fiscales, 181.
- PUNSET BLANCO, R., “Canon, carácter vinculante, contenido y efectos de los pronunciamientos sobre la constitucionalidad de las leyes”, *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley*, Madrid, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- , “Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de las leyes: consideraciones sobre la posible reforma de los artículos 39.1 y 40.1 de la LOTC”, *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 7, 1995.
- RIBAS MAURA, A., *La cuestión de inconstitucionalidad*, Madrid, Civitas, 1991.

- RODRÍGUEZ PIÑERO *et al.*, *La jurisdicción constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994*, Madrid, Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, 1995.
- ROMBOLI, R., “La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 48, 1996.
- RUBIO LLORENTE, F., “La jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 22, 1988.
- , “Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la función jurisdiccional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 4, 1982.
- y JIMÉNEZ CAMPO, J., *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Madrid, McGraw-Hill, 1998.
- SANTOS VIJANDE, J. M., *Doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Su eficacia respecto de los tribunales ordinarios*, Granada, Comares, 1995.
- SILVESTRI, G., “Le sentenze normative della Corte Costituzionale”, *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, Padua, 1985, vol. I.
- ZAGREBELSKY, G., *La giustizia costituzionale*, 2a. ed., Bolonia, Il Mulino, 1988.





LAS RELACIONES ENTRE JURISDICCIÓN  
CONSTITUCIONAL Y JUSTICIA ORDINARIA A LA LUZ  
DE LA EXPERIENCIA ALEMANA

Rainer GROTE\*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La posición respectiva del Tribunal Constitucional y de los tribunales ordinarios dentro del sistema de separación de poderes alemán.* III. *Las relaciones entre la justicia constitucional y la justicia ordinaria.* IV. *La delimitación de las tareas respectivas de la justicia constitucional y de la justicia ordinaria en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal.* V. *La aplicación de las fórmulas de delimitación en la práctica.* VI. *La discusión sobre los límites de la acción de la justicia constitucional frente a la justicia ordinaria.* VII. *Vinculatoriedad de los fallos constitucionales sobre recursos de amparo contra sentencias.* VIII. *¿Tribunal Constitucional o Corte Suprema con jurisdicción constitucional?*

I. INTRODUCCIÓN

Tras el fin de la Segunda Guerra Mundial, fue preocupación central de los políticos y juristas alemanes reunidos en el Consejo Parlamentario, que actuó como asamblea constituyente, dotar a la nueva República Federal alemana de un Estado de derecho lo más completo y vigoroso posible, con sus pilares en la dignidad de la persona, la separación de poderes y la fuerza normativa de la futura Constitución. En la asamblea constituyente existió, desde el comienzo, un acuerdo fundamental sobre la crea-

\* Investigador en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y de Derecho Internacional en Heidelberg (Alemania); doctor en derecho y *Privatdozent* por la Universidad de Göttingen (Alemania); master en derecho (LL. M.) de la Universidad de Edimburgo (Escocia).

ción de una jurisdicción constitucional llamada a arreglar los eventuales conflictos sobre el contenido de la Constitución por la interpretación definitiva y autoritativa de sus normas. El éxito posterior del sistema alemán tuvo un estribo esencial, si es que no fue el determinante, en el Tribunal Constitucional Federal, consagrado en el artículo 92 de la Ley Fundamental y desarrollado por la Ley Orgánica sobre el Tribunal Constitucional de 1951. Según la observación de uno de los mejores especialistas extranjeros del derecho constitucional alemán, el Tribunal Constitucional “... es verdaderamente la clave de bóveda del sistema político alemán... No sólo posee competencias muy extensas, sino muy extensos poderes de control y decisión”.<sup>1</sup>

## II. LA POSICIÓN RESPECTIVA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DE LOS TRIBUNALES ORDINARIOS DENTRO DEL SISTEMA DE SEPARACIÓN DE PODERES ALEMÁN

El Tribunal Constitucional Federal tiene una posición particular dentro del sistema político-constitucional en la República Federal de Alemania. Por un lado, el Tribunal Constitucional es un tribunal autónomo que está dotado de todas las garantías de independencia judicial y que, en el sentido material, desarrolla una actividad típicamente jurisdiccional. El artículo 92 de la Ley Fundamental, según lo cual “se encomienda a los jueces el Poder Judicial, que será ejercido por el Tribunal Constitucional Federal, por los Tribunales Federales que se prevén en la presente Ley Fundamental y los tribunales de los Estados”, indica claramente que el Tribunal Constitucional forma parte del Poder Judicial. En su función de órgano judicial, el Tribunal está llamado a colaborar en la realización del derecho y a velar por el respeto de las disposiciones constitucionales por los poderes públicos.

Conviene hacer notar, sin embargo, que el Tribunal Constitucional se diferencia en su carácter y en su significación de los tribunales ordinarios, ya que la jurisdicción constitucional entra en el dominio de lo político. Esta penetración de la jurisdicción constitucional en el dominio político se desprende del hecho que, en contraposición a la jurisdicción civil, penal o administrativa, la constitucional es competente para una clase especial

<sup>1</sup> Fromont, M., “Republique Fédérale d’Allemagne. L’Etat de Droit”, *Revue du Droit Public*, 100, 1984, pp. 1203 y 1215.

de conflictos jurídicos: los conflictos sobre materias políticas. El derecho constitucional se diferencia esencialmente del civil, penal, administrativo o laboral en que lo político es uno de los elementos determinantes internos de sus normas. En su estructura existe cierta contradicción interna entre la esencia de lo político y la de lo jurídico. La política pertenece a una esfera dinámica y trata de acomodarse a las siempre cambiantes condiciones reales de la vida; en cambio, el derecho, en su estructura esencial fundamental, es un ente estático que trata de sujetar y controlar las fuerzas vitales que intentan constantemente expresarse e imponerse dentro del campo político.

Esta relación conflictual se expresa y se desarrolla también en varios aspectos de la actividad de la jurisdicción constitucional. Esta tensión explica, por ejemplo, por qué las instancias políticas, que pretenden configurar la vida social en un sentido creador, adoptan frecuentemente una postura crítica, cuando no contraria, frente a los controles constitucionales basados en procedimientos judiciales y en valores jurídicos, ya que no pueden tolerar que sus objetivos políticos, inspirados en el bien común, no sean realizables en la manera prevista a causa de la Constitución. La misma tensión explica por qué en el derecho constitucional se utilizan y aplican, con mucho más frecuencia que en el derecho civil, penal o administrativo, conceptos jurídicos generales, producto de un alto grado de abstracción, que, en el texto literal en que se basan, parecen en principio casi desprovistos de contenido.

De la mencionada relación conflictual se desprenden finalmente rasgos especiales que caracterizan al procedimiento constitucional frente al procedimiento civil, penal o administrativo. Cuando el derecho que el juez constitucional debe aplicar tiene un contenido político, los trámites a seguir ante el Tribunal no deben estar de modo alguno sometidos a estrechas limitaciones o condiciones. Por ello, el proceso ante el Tribunal Constitucional Federal no está basado en el principio de justicia rogada que inspira el procedimiento civil. El procedimiento ante el Tribunal Constitucional Federal se basa, por el contrario, en el principio inquisitivo, según el cual el juez debe proceder de oficio al esclarecimiento de la materia, ya que es obligación estricta del Tribunal investigar por su cuenta la realidad objetiva. Por esta causa, el Tribunal Federal tiene que ir en algunos casos más allá de las pruebas aportadas por las partes, y así, al examinar, por ejemplo, la constitucionalidad de una determinada ley debe estudiar el problema desde todos los ángulos y puntos de vista posible,

incluso cuando algunos de ellos no hayan sido alegados expresamente por las partes.<sup>2</sup> Por todo ello, las sentencias del Tribunal Constitucional Federal adquieren en la mayoría de los casos el carácter de una declaración general de principios, superando así el de una mera decisión en un caso concreto y tomando el carácter de una verdadera norma general obligatoria para los poderes públicos. El principio que rige el procedimiento civil, de limitación al caso juzgado de la fuerza vinculante de la sentencia, no es por tanto, de aplicación al procedimiento seguido ante el Tribunal Federal Constitucional.<sup>3</sup>

La especial posición del Tribunal Constitucional como “supremo guardián de la Constitución” frente a la jurisdicción ordinaria se manifiesta también en otra dirección. El Tribunal Constitucional Federal al actuar en el ejercicio de su actividad jurisdiccional lo hace dentro del campo del derecho constitucional, es decir, aquella parte del derecho en la que el Estado manifiesta su ser específico y se constituye como unidad. Su jurisdicción actúa, por una parte, sobre la vida constitucional en un sentido configurador, protector y regulador, y por otra, sobre los órganos constitucionales, repartiendo y delimitando sus poderes. En el ejercicio de sus funciones, contribuye a propulsar y moderar la actividad legislativa y administrativa del Estado. Gracias a esta función moderadora, realizada e internamente determinada por moldes jurídicos, el Tribunal Constitucional se ve colocado en un ámbito fundamentalmente diferente al de los tribunales ordinarios. Su posición se diferencia de la de estos últimos en que sus decisiones, al dar una orientación sobre los valores jurídicos constitucionales, participan de la formación del valor superior de la integración política.

La Ley Orgánica sobre el Tribunal Constitucional Federal interpreta auténticamente esta posición al presuponer que este Tribunal es un órgano constitucional, y al declararlo independiente y autónomo frente a los otros órganos constitucionales. Dentro del ámbito jurídico-constitucional no existe entre los órganos una relación jerárquica, sino más bien una relación de coordinación. El Tribunal Constitucional es un órgano constitucional tribunal más entre los creados por la Ley Fundamental, a saber: asamblea general, consejo federal, gobierno federal, presidente de la Re-

<sup>2</sup> Véase el artículo 26, párr. 1, de la Ley Orgánica sobre el Tribunal Federal Constitucional.

<sup>3</sup> *Ibidem*, artículo 31, párr. 1.

pública. El Tribunal Constitucional tiene un estatuto jurídico-constitucional propio que no es inferior de modo alguno al que tiene la asamblea, el consejo, el presidente o el gobierno federal. Al mismo tiempo, la Ley Fundamental tampoco ha declarado la supremacía del Tribunal frente a otros órganos constitucionales ni ha establecido, por tanto, el dominio de los jueces sobre el poder político. El Tribunal Constitucional Federal no puede ocupar esta posición central en el conjunto estatal porque su actividad nunca puede ser iniciada de oficio, sino que debe ser provocada por interposición de parte, y porque, además y sobre todo, posee exclusivamente una función de control y vigilancia y se limita sustancialmente a eliminar y suprimir situaciones que impliquen una violación de la Constitución. La jurisdicción constitucional no puede, de modo alguno, por su esencia misma, asumir la “suprema potestas”. Este es también el motivo por el cual las instancias constitucionalmente dotadas del Poder Legislativo están justificadas para reclamar el principio de “beneficio de la duda” con respecto al ejercicio de sus prerrogativas legislativas. Por la misma razón, el Tribunal Constitucional no tiene poderes para investigar si dichos órganos legislativos han hecho un uso políticamente prudente de sus facultades discrecionales. Un tribunal constitucional políticamente neutral como el establecido por la Ley Fundamental no puede juzgar estas decisiones legislativas desde el punto de vista de su oportunidad o conveniencia política. Sólo en el caso que los órganos legislativos hagan uso de su discrecionalidad en un sentido claramente injusto hasta tal punto que sea patente un abuso de poder y que el acto concreto sometido a la cognición judicial pueda ser caracterizado como objetivamente arbitrario, puede el Tribunal Constitucional actuar dentro de sus competencias de una manera correctora, restableciendo la situación constitucional. La aplicación de este principio ha permitido la elaboración del principio técnico interpretativo, según el cual el Tribunal debe buscar con todo detenimiento la posibilidad de una interpretación, con arreglo a la cual una ley presuntamente anticonstitucional no viole la Constitución. Según esta regla, en el caso de existir diferentes interpretaciones posibles de una misma ley, hay que dar preferencia, cuando exista, a aquella que haga que la ley discutida sea compatible con la Constitución.

Los tribunales ordinarios, por otra parte, ejercen el Poder Judicial en las diferentes materias del derecho ordinario. Según el artículo 95 de la Ley Fundamental, la jurisdicción de los tribunales en Alemania está dividida en cinco ramas, la jurisdicción ordinaria (que se extiende a los asun-

tos de derecho civil y de derecho penal), administrativa, financiera, laboral y social. En cada rama existe un tribunal federal superior como tribunal de revisión. La Ley Fundamental prevé también la institución de una sala conjunta de estos tribunales supremos de la Federación para garantizar la unidad de la jurisprudencia en las diferentes ramas del derecho ordinario (artículo 95.3). Su función como tribunales de revisión es asegurar esa unidad dentro del ámbito de su competencia, es decir, la unidad de la aplicación del derecho federal. En la instancia de revisión del procedimiento judicial son elaborados criterios generales para la decisión de futuros casos concretos, que también podrían estar previstos en la ley. Esta actividad de los tribunales de revisión se debe al hecho de que las leyes no sólo son más o menos incompletas en relación con el caso concreto, sino que incluso con relación a su normativa general pueden presentar lagunas. Con base en el conocimiento de una pluralidad de casos, que el legislador no pudo conocer, el juez de revisión está en condiciones de poder mejorar, precisar, o introducir matices en la ley y con ello completarlo. Esta tarea es encomendada expresamente a los tribunales de revisión en las leyes de enjuiciamiento alemanas.

### III. LAS RELACIONES ENTRE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LA JUSTICIA ORDINARIA

Como los otros poderes públicos, los tribunales ordinarios están sometidos al derecho constitucional como ley suprema del Estado en la realización de su misión de interpretación y aplicación del derecho a casos concretos. En particular, están vinculados a los derechos fundamentales protegidos por la Constitución en la interpretación y aplicación de las leyes aplicables al caso, en virtud del artículo 1.3 de la Ley Fundamental. Los tribunales ordinarios descargan, pues, un papel de primer rango en la protección y el asentamiento. Los tribunales de primera y segunda instancia están sometidos en el cumplimiento de esta tarea a la supervisión de los tribunales de revisión respectivos de la Federación y —en caso de divergencia entre ellos— de la sala conjunta superior. Los tribunales ordinarios, y en particular los tribunales superiores de las diferentes ramas de jurisdicción (corte suprema, tribunal federal administrativo, tribunal federal laboral, etcétera) tienen entonces un rol central para hacer prevalecer los derechos fundamentales en la interpretación y aplicación de las

leyes específicas. Esto no puede ser de otro modo, a la vista de la multitud de procedimientos y de la sobrecarga de trabajo del Tribunal Constitucional Federal. A ello se añade la experiencia más grande de los jueces ordinarios en la aplicación de las leyes específicas. La decisión constitucional en favor de una jurisdicción ordinaria separada en ramas, según las materias jurídicas conduce a la correspondiente formación de un conjunto de jueces, que además de la formación jurídica general, con el transcurso de la propia carrera judicial, adquiere un alto grado de conocimiento del derecho específico y de las relaciones vitales que dominan en ese ámbito.

La Ley Fundamental ha previsto la intervención del Tribunal Constitucional Federal en la actividad jurisdiccional de los tribunales ordinarios en dos casos. El primer caso se refiere al control dicho “concreto” de las leyes: si el tribunal ordinario considera que una ley, de cuya validez depende su decisión, es inconstitucional, debe someterla al control del Tribunal Constitucional (artículo 100.1 de la Ley Fundamental). La plasmación de este instrumento en la Constitución y la Ley sobre el Tribunal Constitucional caracteriza al sistema alemán como sistema de control concentrado de la constitucionalidad de las leyes. En su marco todo juez es competente para examinar la constitucionalidad de una norma, pero no para expulsarla del ordenamiento o descartarla. Como en el control abstracto de las normas, el Tribunal Constitucional es el único que decide sobre la validez de la disposición legal. El reenvío por el juez ordinario al Tribunal Constitucional no puede efectuarse más que si se trata de una ley supuestamente no conforme a la Ley Fundamental, y sobre todo de una ley de cuya validez dependa directamente el resultado del litigio principal. Por consiguiente, este modo de control de constitucionalidad se refiere a la constitucionalidad de la acción legislativa y no de la actividad jurisdiccional. No se trata de un control de la sentencia, sino de la ley, con cuya declaración de nulidad también decae la sentencia impugnada, sin que sea controlado el actio de aplicación de la ley.

Para la problemática de las relaciones entre justicia constitucional y justicia ordinaria sólo es de interés el segundo caso, el caso de un recurso de amparo (*Verfassungsbeschwerde*) contra decisiones judiciales que han sido dictadas sobre la base de una ley constitucional. Este instrumento de defensa de derechos fundamentales tan famoso y omnipresente no nació de la propia Ley Fundamental de 1949, sino por obra de la Ley de 1951 que reguló el funcionamiento del Tribunal Constitucional. El recurso de



amparo individual y directo sólo será constitucionalizado en 1969 (en el artículo 93.1 núm. 4.a)<sup>4</sup> cuando ya se encontraba arraigado y prestigiado. En cuanto a los actos susceptibles de ataque, el recurso de amparo tiene una aplicación muy larga: puede ir contra actos de todos los poderes públicos, Legislativo, Ejecutivo y Judicial, y no sólo contra actuaciones, sino también contra omisiones, siempre bajo la condición que el demandante se vea afectado personal, actual e inmediatamente en sus derechos fundamentales y que la vía judicial ordinaria sea exhaustiva. Este último requisito no se aplica, sin embargo, cuando el demandante se ve violado en sus derechos directamente por la ley. En cuanto a los derechos que pueden ser defendidos con el recurso de amparo, son cobrados todos los aspectos de la libertad individual, a partir de una interpretación extensiva del derecho al libre desarrollo de la personalidad que le ha dado el Tribunal Constitucional en una fase temprana de su jurisprudencia.<sup>5</sup>

Cabe destacar aquí con relación a los actos de los poderes públicos atacados por el recurso de amparo, la fuerza del control que a través del mismo ejerce el Tribunal Constitucional sobre el Poder Judicial. El recurso frente a las decisiones judiciales garantiza, a quienes buscan su derecho, una ulterior posibilidad de protección jurídica, es decir, una segunda o tercera instancia más allá de las instancias previstas por las leyes de Enjuiciamiento Civil y Criminal y por el derecho que regula el Poder Judicial. A pesar de que el recurso de amparo contra decisiones judiciales con fuerza jurídica sirve de instrumento para la protección jurídica del individuo, el Tribunal Constitucional no lo cuenta entre las vías jurídicas ordinarias, sino lo considera como un instrumento jurídico extraordinario. Según el Tribunal Constitucional, el recurso de amparo se concede al ciudadano sólo y cuando otras posibilidades procesales para eliminar lo impugnado por el recurso hayan sido agotadas. Este recurso es un remedio jurídico último y subsidiario. En primer lugar, el recurrente debe hacer todo lo posible para que cualquier lesión de los derechos fundamentales sea corregida en el trámite ordinario. Está obligado a agotar todos

<sup>4</sup> Según este artículo, el Tribunal Constitucional conoce "... de los recursos de amparo por inconstitucionalidad que pueden ser interpuestos por cualquiera que se considere lesionado por el poder público en uno de sus derechos fundamentales o en unos de sus derechos contenidos en el artículo 20, inciso 4, o en los artículos 33, 38, 101, 103 y 104".

<sup>5</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Elfes, BVerfGE 6, 32, reproducida en Schwabe, J. *et al.*, *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, 2003, 20.

los medios jurídicos y sólo entonces puede dirigirse al Tribunal constitucional.<sup>6</sup>

Para el Tribunal Constitucional, la subsidiariedad del recurso de amparo no es de mero carácter formal, sino contiene también una decisión fundamental sobre la relación de los tribunales ordinarios respecto del Tribunal Constitucional. Según la distribución de competencias prevista en la Ley Fundamental, la tarea de garantizar y asentar los derechos fundamentales se atribuye en primer lugar a los tribunales de primera instancia. Así se traduce la importancia que la Constitución reconoce al Poder Judicial para decidir sobre derechos fundamentales.<sup>7</sup>

#### IV. LA DELIMITACIÓN DE LAS TAREAS RESPECTIVAS DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DE LA JUSTICIA ORDINARIA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL

En el sistema de competencias así definido, el recurso de amparo contra sentencias judiciales por violaciones del derecho constitucional en la aplicación de leyes específicas constituye la vía por excelencia para llevar a cabo la constitucionalización de las distintas ramas del derecho ordinario mediante sentencias de amparo del Tribunal Constitucional revisando los pronunciamientos emanados de los órdenes jurisdiccionales ordinarios, incluso de los tribunales administrativos, laborales y sociales. Ya en una fase temprana de su jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha percibido el peligro que existe de convertirse por medio del recurso de amparo en una instancia de “superrevisión” con respecto a los tribunales ordinarios que decide de nuevo sobre la determinación y valoración de los hechos. En un caso relativo a una pretendida violación de la libertad personal durante el proceso penal el Tribunal utilizó por primera vez la fórmula de “violación del derecho constitucional específico” para delimitar las tareas respectivas del Tribunal Constitucional y de los tribunales ordinarios. “La organización del procedimiento, la fijación y valoración de los hechos probados, la interpretación de las leyes y su aplicación al caso concreto son... en principio cuestión exclusiva de los tribunales penales y el control posterior por el Tribunal Constitucional Federal está excluido, a menos que haya sido lesionado el derecho constitucional específico”.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> BVerfGE (sentencias del Tribunal Constitucional Federal) 49, 252 (259).

<sup>7</sup> *Idem*.

<sup>8</sup> *Ibidem*, 1, 418 (420).

Sin embargo, se dio un paso decisivo en dirección de una supervisión reforzada de los tribunales ordinarios con respecto a la aplicación del derecho constitucional en casos concretos con la doble cualificación de los derechos fundamentales en el famoso *Caso Lüth* no sólo como derechos de libertad frente al Estado, sino también como decisiones objetivas de valor o normas de principio, con validez por todos los ámbitos del derecho. En 1950, el presidente de un club de prensa privado de Hamburgo, Erich Lüth, incitó al boicot de una película en un discurso ante distribuidores y productores cinematográficos, con el argumento que el director de la película había rodado en la época de Hitler la película antisemita *Jud Süß (Dulce judío)* y otras películas al servicio de la ideología nacionalsocialista. El productor de la película contra la cual se dirigió el boicot (y que por cierto no era en esta ocasión antijudía) presentó una acción por ilícito civil fundada en el artículo 826 del BGB. Lüth recurrió ante el Tribunal Constitucional sosteniendo que el derecho constitucional a la libertad de expresión debe tenerse en cuenta en la aplicación de las normas del Código Civil relevantes en la materia y conducir a los tribunales civiles a considerar legítimo su comportamiento.

En la motivación de la sentencia, el Tribunal reconoció que los derechos fundamentales se encuentran principalmente destinados a asegurar la esfera de libertad de los individuos frente a las intervenciones de los poderes públicos; pero, en su opinión, la función de los derechos fundamentales incorporados en la Ley Fundamental no se limita a esta protección del individuo frente al Estado. Según el Tribunal, la Ley Fundamental ha establecido en su sección de derechos fundamentales un orden objetivo de valores con la consecuencia de intensificar el principio de la obligatoriedad de los derechos fundamentales. Ese sistema de valores, que encuentra su punto central en la dignidad y en la personalidad humana que se despliega libremente dentro de la comunidad social, debe estar vigente en su calidad de decisión fundamental del ordenamiento constitucional en todos los sectores del derecho. La legislación, la administración y la jurisdicción deben recibir sus lineamientos e impulsos. En particular, el juez ordinario ha de examinar si las disposiciones de derecho ordinario que debe aplicar están influidas por los derechos fundamentales en la forma expuesta.

Si no observa esa obligación y no se da cuenta de la influencia de la Constitución sobre las normas legales aplicables, no sólo actúa contra el derecho constitucional objetivo, sino que, en su calidad de magistrado,

viola mediante su sentencia el derecho subjetivo del individuo titular del derecho fundamental respectivo. En este contexto, el Tribunal Constitucional tiene que verificar si el tribunal ordinario ha juzgado correctamente la amplitud y la eficacia de los derechos fundamentales en el ámbito del derecho civil:

De aquí se deriva al mismo tiempo el límite del control posterior: no es competencia propia del Tribunal constitucional probar en toda su extensión si las sentencias de los tribunales civiles contienen un error jurídico; el Tribunal Constitucional tiene exclusivamente que juzgar el llamado efecto de irradiación de los derechos fundamentales en el derecho civil y hacer valer también aquí el contenido axiológico de los principios constitucionales. El sentido de la institución del recurso de amparo es que todos los actos del Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial deben ser controlados desde el punto de vista de su adecuación a los derechos fundamentales (artículo 90 de la ley del Tribunal Constitucional Federal). Ni está el Tribunal constitucional federal llamado a actuar como instancia de revisión o superrevisión respecto a los tribunales civiles, ni puede, exceptuado el control general de tales decisiones, prescindir de conocer cuando aflore el desconocimiento de normas y criterios fundamentales.<sup>9</sup>

En una sentencia ulterior, el Tribunal Constitucional resumió su jurisprudencia relativa a la delimitación de las competencias respectivas de la justicia constitucional y de la justicia ordinaria en las formulaciones siguientes:

Los tribunales tienen que tener en cuenta para la interpretación y aplicación del derecho ordinario... los criterios valorativos contenidos en los derechos fundamentales. Si un Tribunal desconoce esos criterios estaría violando el contenido normativo de los derechos fundamentales respectivos. Su sentencia podrá ser anulada por el Tribunal Constitucional Federal en el marco de un recurso de amparo por inconstitucionalidad... De otra parte, ni la importancia del recurso de amparo ni las funciones especiales del Tribunal Constitucional justificarían una comprensiva revisión posterior de las sentencias judiciales con el motivo que una decisión ilegal afectaría también los derechos fundamentales de la parte interesada. La organización del procedimiento, la fijación y valoración de los hechos probados, la interpretación de las leyes y su aplicación al caso concreto son... en princi-

<sup>9</sup> *Ibidem*, 7, 198 (119/120).

pio cuestión exclusiva de los tribunales penales y el control posterior por el Tribunal Constitucional Federal está excluido, a menos que haya sido lesionado el derecho constitucional específico (veáse BverfGE 1, 418 [420]). No se considera, por tanto, que se ha violado el derecho constitucional específico cuando una sentencia es objetivamente errónea desde el punto de vista del derecho ordinario; el error debe recaer directamente en el desconocimiento de los derechos fundamentales.<sup>10</sup>

Pero como lo reconoce el mismo Tribunal Constitucional, los límites a la intervención de la jurisdicción constitucional definidos por la fórmula de “derecho constitucional específico” son bastante flexibles:

Ciertamente, los límites a la posibilidad de intervención del Tribunal Constitucional Federal no son siempre claramente demarcables. A la valoración del juez le debe quedar un cierto espacio, que le permite tener en cuenta las características especiales del caso individual. En general... los procesos de interpretación y de aplicación del derecho ordinario a los elementos específicos del caso concreto están sustraídos del control posterior del Tribunal Constitucional Federal, siempre y cuando no se constaten errores de interpretación relacionados fundamentalmente con una percepción incorrecta del significado de un derecho fundamental, especialmente en lo que respecta a la extensión de su ámbito de protección, y cuando su significado material también sea de alguna importancia para el caso legal concreto. No se admite la violación de un derecho fundamental cuando la aplicación del derecho ordinario por el juez competente ha llevado a un resultado cuya “exactitud” en términos del derecho ordinario es discutible o cuando la ponderación de los intereses en conflicto llevada a cabo por el juez con base en una llamada “cláusula general” resulta cuestionable.<sup>11</sup>

#### V. LA APLICACIÓN DE LAS FÓRMULAS DE DELIMITACIÓN EN LA PRÁCTICA

En el nivel teórico, la jurisprudencia antes referida del Tribunal Constitucional Federal implica una distinción entre problemas de interpretación, de ponderación y de situación de hecho con respecto a delimitación de las competencias entre justicia constitucional y justicia ordinaria. Así,

<sup>10</sup> *Ibidem*, 18, 85 (92); reproducida en Schwabe, J. *et al.*, *op. cit.*, nota 5.

<sup>11</sup> *Idem*.

la determinación de los hechos, al igual que la apreciación de las pruebas, pertenecen al ámbito de competencia autónomo de los tribunales ordinarios, ya que éstos son, para tal efecto, estructuralmente más aptos que el Tribunal Constitucional Federal, debido a su mayor proximidad al asunto, a las experiencias obtenidas de un número mayor de casos relevantes y en virtud del diálogo crítico, mediante el cual su jurisprudencia se encuentra permanentemente vinculada con la de otros tribunales ordinarios.

En la práctica, sin embargo, la distinción resulta mucho más difícil.<sup>12</sup> El Tribunal Constitucional Federal ha aplicado la fórmula de “violación de derecho constitucional específico” de una manera muy flexible, variando la intensidad de su control según el ámbito concreto de su intervención. Hay algunos ámbitos en que el Tribunal Constitucional sujeta la fijación de los hechos y la valoración de los mismos hecha por los tribunales ordinarios a un control muy estricto, por ejemplo en materia de libertad de expresión. Por ejemplo, en la sentencia conocida como “los soldados son asesinos” el Tribunal se aplicó a un examen muy detallado de la valorización de los hechos llevada a cabo por los tribunales penales. La sentencia se refería a la cuestión de si, y en qué condiciones, la expresión “los soldados son asesinos” constituye una calumnia punible o goza de la protección de la libertad de opinión. En relación con la cuestión de la intensidad de su control, el Tribunal enfatizó que la comprobación de si realmente se produjo una expresión como la controvertida, de cuáles fueron las palabras exactas que se utilizaron, de quién provino y bajo qué circunstancias se hizo, son asunto del tribunal ordinario, ya que estas constataciones se apoyan en la singularidad de la impresión de conjunto de la audiencia oral ante el tribunal ordinario.

Por otro lado, el sentido de una manifestación no está determinado exhaustivamente por su texto; una expresión puede ser entendida de diversas maneras, según el contexto particular de la comunicación. Así, el sentido puede variar dependiendo de si la oración “los soldados son asesinos” es el contenido de una calcomanía en un automóvil o de una carta de los lectores o si es expresada mediante una pancarta frente a un cuartel del Ejército Federal. La decisión de si dicha manifestación debe ser entendida como afectación del honor depende, por tanto, no sólo de una

<sup>12</sup> Por lo siguiente, véase Starck, C., “Jurisdicción constitucional y tribunales ordinarios”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 18, 1998, pp. 19 y ss.

interpretación previa del sentido de la expresión. Los errores en la interpretación del sentido, desde este punto de vista, pueden tener por consecuencia una indebida limitación del derecho fundamental de la libertad de opinión. Esto resulta válido también en el caso de que, tratándose de una expresión multívoca, el tribunal penal haya partido de una interpretación que conduce a la aplicación de la pena, sin haber excluido primero otras posibilidades de interpretación mediante razones convincentes. Por consiguiente, el Tribunal Constitucional Federal realiza un control estricto del significado, pues de otro modo no le pareció suficientemente garantizada la protección de la libertad de opinión. Con respecto a la frase “soldados son asesinos” llega a la conclusión que los tribunales ordinarios no habían dado consideración suficiente a interpretaciones alternativas de la declaración impugnada que no hubieran justificado una condena penal.<sup>13</sup>

En otra sentencia, el Tribunal enfatizó que el alcance del control llevado a cabo en el marco del recurso de amparo contra sentencias judiciales depende también del impacto de la sentencia sobre la realización del derecho fundamental afectado, sobre todo en materia penal. Cuanto más intensiva sea la intervención en la libertad personal, tanto más estrictos serán los requisitos para establecer los fundamentos de esta intervención y tanto más amplias las posibilidades de revisión por parte del Tribunal Constitucional Federal.<sup>14</sup>

Sin embargo, el control intensivo de la fijación de los hechos por parte del Tribunal Constitucional no se limita al proceso penal y la libertad de expresión. Otro ejemplo es el derecho de asilo. Aquí el Tribunal afirma que al contrario de lo que ocurre en el efecto de irradiación de los derechos fundamentales sobre el derecho ordinario, el control constitucional no puede limitarse a la cuestión si la interpretación y aplicación de la ley del procedimiento de asilo se basan en una consideración incorrecta del significado de este derecho fundamental. La titularidad del derecho de asilo depende directamente de la interpretación del concepto contenido en la descripción del supuesto hecho de “perseguido por razones políticas”, que los tribunales ordinarios deben comprender y adecuar conforme a los hechos del caso concreto. Pese al reconocimiento formal de un

<sup>13</sup> BVerfGE 93, 266 (*Soldaten sind Mörder*), reproducida en Schwabe, J. *et al.*, *op. cit.*, nota 5, pp. 148-155.

<sup>14</sup> *Ibidem*, 43, 130, Schwabe, *op. cit.*, nota 5, p. 7.

“cierto marco de valoración” de los tribunales administrativos en la consideración de los hechos probados y en la aplicación del derecho, puesto que en la consideración de los elementos del supuesto de hecho del derecho de asilo son necesarios, en no raras ocasiones, pronósticos sobre el desarrollo previsible de las relaciones dadas, el Tribunal Constitucional se reserva, por medio de la imprecisión del atributo “cierto”, una intromisión casi ilimitada en las decisiones de los tribunales administrativos sobre el derecho de asilo.<sup>15</sup>

#### VI. LA DISCUSIÓN SOBRE LOS LÍMITES DE LA ACCIÓN DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL FRENTE A LA JUSTICIA ORDINARIA

Las intervenciones del Tribunal Constitucional en la interpretación y aplicación del derecho ordinario han provocado varias críticas por parte de la doctrina y también, de vez en cuando, de los tribunales ordinarios. Estas críticas se dirigen contra la manera extensiva e imprevisible en que el Tribunal Constitucional utiliza la fórmula de “violación de derecho constitucional específico” para extender su control a todos los aspectos de la actividad jurisdiccional de los tribunales ordinarios, y en particular su pretensión de controlar plenamente la fijación de los hechos en los casos de inmisión grave especialmente necesitados de protección o de la peculiaridad del respectivo derecho fundamental. Se dice esencialmente que al Tribunal le faltan los instrumentos para la fijación del supuesto de hecho, le falta principalmente la experiencia de los tribunales competentes en la aplicación de las leyes especiales de cada materia, que tienen relaciones recíprocas entre sí, como, por ejemplo, el derecho civil con el derecho procesal. Las interdependencias dogmáticas y la practicabilidad del derecho ordinario no son tenidas en cuenta con frecuencia. Cuanto más se enreda el Tribunal constitucional en el control de tales cuestiones puntuales, cuanto más entra en los detalles de la determinación del supuesto de hecho, cuanto más busca la adecuación al caso concreto y cuanto más controla la interpretación de la ley, tanto más adolecen sus decisiones de errores.

Entre las propuestas para una delimitación más clara de las competencias respectivas de la justicia constitucional y la justicia ordinaria destacan aquellas que se basan sobre las funciones y experiencias específicas

<sup>15</sup> *Ibidem*, 76, 143; 83, 216.



de las diferentes jurisdicciones. Ordinariamente, el Tribunal Constitucional no cuenta con los medios para investigar los hechos y una experiencia dogmática profundizada con respecto a la aplicación de leyes específicas sobre la base del conocimiento de una pluralidad de casos anteriores. Por ello, sólo puede examinarse a través del control constitucional de la aplicación de la ley por los tribunales ordinarios en el procedimiento del recurso de amparo constitucional contra sentencias si la investigación de los hechos es arbitraria, es decir, si a la vista del derecho fundamental aplicable, los hechos han sido determinados de modo completamente erróneo y, por segundo, si el resultado de la aplicación de la ley, generalizado como norma, sobre un supuesto de hecho determinado libre de arbitrariedad fuera inconstitucional. Mediante la primera fórmula se garantiza que el caso concreto sobre el cual se aplica el derecho no ha sido admitido o fijado de modo arbitrario. La fijación de los hechos probados entre la multitud de hechos acaecidos es el resultado de la selección efectuada en función del derecho fundamental aplicable. La segunda fórmula asegura que el Tribunal Constitucional no se ocupa del caso concreto en cuanto tal, sino que sólo lo emplea para ejercer un *quasi* control de las normas. Desde el punto de vista de los tribunales ordinarios, la segunda fórmula significa que éstos pueden interpretar y aplicar con carácter definitivo y vinculante el derecho ordinario, en la medida en que éste, en cuanto norma general o en cuanto resultado interpretativo susceptible de generalización, no lesione la Constitución. Desde el punto de vista del Tribunal Constitucional significa que puede emplear su experiencia en el ámbito del control de las normas, así como evitar la jurisdicción de equidad. Sólo cuando el recurso de amparo es *quasi* un control de normas, puede desplegar la decisión del Tribunal Constitucional Federal, fuerza vinculante más allá del caso concreto.<sup>16</sup>

Según sus defensores, estas nuevas fórmulas producirán a la larga una considerable descarga de recursos de amparo para el Tribunal Constitucional, pues resultarán más claros los criterios sobre el éxito de un recurso de amparo. Sin embargo, hasta ahora, estas propuestas no han encontrado una adherencia unánime en la doctrina; es poco probable que sirvan de base para una reorientación fundamental de la jurisprudencia constitucional en el futuro inmediato.

<sup>16</sup> Starck, C., "Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichte", *Juristenzeitung*, 51, 1996, pp. 1033-1042; Schumann, E., *Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen*, 1963, pp. 206 y ss.

## VII. VINCULATORIEDAD DE LOS FALLOS CONSTITUCIONALES SOBRE RECURSOS DE AMPARO CONTRA SENTENCIAS

Las decisiones judiciales, que ordinariamente juzgan sobre casos concretos, no tienen en Alemania fuerza jurídica vinculante más allá del caso concreto. Las decisiones de los tribunales de revisión despliegan, sin embargo, un efecto práctico vinculante por encima de su fuerza jurídica. Este efecto es una consecuencia directa de la función particular de los tribunales de revisión dentro del sistema jurídico que no se agota en la determinación de casos concretos, sino también incluye la elaboración de criterios generales que pueden servir de orientación para los tribunales inferiores en la decisión de casos futuros.

En este sistema, el Tribunal Constitucional ocupa una posición muy especial. El artículo 31, parágrafo 1, de la Ley Orgánica sobre el Tribunal Constitucional ordena, en contra de la tradición jurídica alemana, que las decisiones del Tribunal Constitucional vinculan a los órganos constitucionales, así como a todos los tribunales y autoridades públicas. El carácter vinculante de las sentencias del Tribunal Constitucional constituye la expresión procesal de la supremacía de la Constitución en el ordenamiento jurídico. Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sus decisiones despliegan, a tenor del artículo 31, parágrafo 1, de la Ley Orgánica sobre el Tribunal Constitucional “un efecto vinculante más allá del caso concreto, en la medida en que los principios resultantes de los argumentos de derecho de la decisión deban ser observados en la interpretación de la Constitución por los tribunales en todos los casos futuros”.<sup>17</sup>

Parte de los autores encuentran necesaria la extensión de la fuerza vinculante de las razones fundamentales más allá de su tenor literal, porque el tenor literal con frecuencia no es comprensible desde sí mismo. Pero otros temen que la incorporación de las razones principales conduzca a una *quasi* legislación constitucional por parte del Tribunal Constitucional Federal.

## VIII. ¿TRIBUNAL CONSTITUCIONAL O CORTE SUPREMA CON JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL?

Los problemas de coordinación en las relaciones entre justicia constitucional y justicia ordinaria analizados antes no implican necesariamente

<sup>17</sup> BVerfGE 40, 88 (93).

una preferencia para uno o otro modelo de organización de la jurisdicción constitucional. Se plantean en cada sistema que intenta dar eficacia al principio de supremacía de la Constitución. De ahí deriva la necesidad de subordinación de los tribunales ordinarios a la jurisdicción constitucional en todas cuestiones directamente relacionadas a la interpretación y aplicación de la Constitución. Por otro lado, el sistema jurídico no puede funcionar sin la experiencia y los conocimientos de los tribunales ordinarios en el desarrollo de las distintas ramas del derecho. Por este motivo, la justicia constitucional debe acordar un espacio bastante largo a los tribunales ordinarios en la investigación de los hechos, la valorización de las pruebas y la determinación de los conceptos específicos de las leyes aplicables a los casos concretos. Resulta del análisis del caso alemán que la delimitación de la intervención de la justicia constitucional en las actividades jurisdiccionales de los tribunales ordinarios no puede efectuarse con base en una fórmula abstracta, sino de una reflexión profundizada sobre las fortalezas y debilidades respectivas de cada jurisdicción y de un *máximum* de cooperación entre las jurisdicciones ordinarias y la jurisdicción constitucional en el desarrollo de los preceptos del derecho ordinario dentro del marco establecido por la Constitución.

En el caso alemán, la creación de una jurisdicción constitucional especializada y separada corresponde al alto nivel de diferenciación del orden jurídico en general que, aparte de la jurisdicción constitucional, conoce cinco ramas de jurisdicción especializadas. Sin embargo, la existencia de un órgano de control constitucional autónomo refleja de manera particularmente adecuada el principio de supremacía de la Constitución que implica en el nivel institucional una jerarquía entre tribunal constitucional y tribunales ordinarios en todas las materias relativas a la interpretación constitucional. La integración de la jurisdicción constitucional en la Corte Suprema a través de una Sala Constitucional que está funcionando al lado de otras salas especializadas tiende a oscurecer esta relación jerárquica. Además, la jurisdicción constitucional tiene un carácter muy especial como intérprete principal y autoritativo del consenso básico de la comunidad política expresada y codificada en la ley suprema, y como “mediador” entre lo político y lo jurídico (véase capítulo III). Su rol es menos “técnico” que el de los tribunales ordinarios; esta posición especial dentro del sistema político-jurídico tiene repercusiones de largo alcance en las competencias del órgano constitucional, en su derecho procesal, pero también en la selección de los jueces constitucionales que debe confor-

marse a requisitos más elevados de legitimación democrática que la de los jueces ordinarios. En vista de la posición y de las funciones especiales de la jurisdicción constitucional, un estatuto especial como órgano especial independiente de los demás poderes del Poder Judicial parece preferible.

La Corte Suprema de los Estados Unidos no constituye un modelo alternativo en este respecto. Por primero, el principio de supremacía de la Constitución no figura de manera expresa en la Constitución estadounidense, a diferencia de la mayoría de las Constituciones modernas. Por segundo, la Corte Suprema norteamericana no está dividida en salas especiales; todos los jueces conocen de todos los asuntos. Y por tercero, la Corte Suprema se ha convertido en las últimas décadas, por medio del uso que hace de su poder discrecional en la aceptación de casos (*writ of certiorari*), en un tribunal constitucional de hecho.

Esto no quiere decir que un órgano de control constitucional que forma parte de la Corte Suprema de Justicia no puede funcionar de manera efectiva como guardián independiente de la Constitución. El éxito incontrovertible que ha conocido la Sala Constitucional de la Corte Suprema costarricense en las dos primeras décadas de su existencia es prueba contundente del contrario. Este ejemplo demuestra también que el funcionamiento eficaz de un tribunal constitucional no depende sólo de la regulación constitucional y jurídica de su estatuto y de sus competencias, sino también de la cultura jurídica y política general de que forma parte. Desde la perspectiva de derecho comparado, sin embargo, la institución de Sala Constitucional como parte integrante de la Corte Suprema de Justicia parece corresponder a una etapa de transición desde el Estado pre-democrático hacia el Estado constitucional. Los Estados constitucionales consolidados, por otra parte, prefieren ordinariamente la creación de una jurisdicción constitucional distinta e independiente.



## JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y AMPARO EN PARAGUAY

Jorge SILVERO SALGUEIRO\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La Constitución como basamento de la justicia constitucional*. III. *Las garantías constitucionales de acceso a la justicia*. IV. *El juicio de amparo constitucional*. V. *Consideraciones finales*.

### I. INTRODUCCIÓN

Cuando el colega y amigo doctor Eduardo Ferrer Mac-Gregor me invitó a participar en el libro homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio, vino a mi recuerdo la siguiente relación de ideas entre el pensamiento del maestro iberoamericano de los comparatistas del derecho constitucional y la historia constitucional del Paraguay.

En 1965 Héctor Fix-Zamudio, en una conferencia impartida en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México con motivo del vigésimo quinto aniversario de la fundación del Instituto de Derecho Comparado, hoy Instituto de Investigaciones Jurídicas, señaló que después de la Segunda Guerra Mundial se advierte “un nuevo espíritu constitucional”, que se caracteriza por “una expansión incontenible de los derechos sociales y la consolidación definitiva de la justicia constitucional”.<sup>1</sup>

Esta evolución del constitucionalismo en el mundo occidental Fix-Zamudio la ubicaba en la línea trazada por Boris Mirkin Guetzevich, quien

\* Profesor de Derecho constitucional, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Católica de Paraguay; investigador visitante en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

<sup>1</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional 1940-1965*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1968, p. 11.

denominó a las transformaciones sucedidas luego de la primera posguerra de “racionalización del poder”.<sup>2</sup> Fix-Zamudio explicaba que dicha racionalización era una concepción esencialmente lógica del derecho constitucional, y que posteriormente —según sus palabras—,

Se ha venido abriendo paso una fuerte corriente axiológica del Estado y del derecho, que podemos calificar como justificación del poder, expresión gráfica que nos sirve para describir las transformaciones del derecho público de nuestros días, de acuerdo con los cuales, los órganos del poder no sólo deben proceder racionalmente, es decir, con criterio puramente lógico, sino de acuerdo con las exigencias supremas de la justicia.

Según Fix-Zamudio, la justicia constitucional debía “conformar un derecho protector de carácter comunitario, y ello fundamentalmente a través del recurso, acción o juicio de amparo, que es el instrumento protector de los derechos fundamentales que resulta más adecuado por su tradición, amplitud y eficacia y que se va imponiendo rápidamente en las legislaciones latinoamericanas”.<sup>3</sup>

Dos años después de pronunciadas dichas palabras, la República del Paraguay adoptó en 1967 una nueva Constitución, que consagró por primera vez en su historia jurídica la figura del amparo y estableció expresamente un sistema concentrado de justicia constitucional.<sup>4</sup>

Valgan estas ideas centrales del ilustre investigador don Héctor Fix-Zamudio y su comprobación histórica en un ordenamiento constitucional concreto para rendirle homenaje por sus magníficos estudios de comparación constitucional que desde hace más de cinco décadas vienen trazando las tendencias del constitucionalismo iberoamericano.

Si luego la Constitución de 1967 fracasó en su intento de constitucionalizar el poder y establecer límites a la arbitrariedad es porque el país carecía de un régimen político democrático y, “la justicia constitucional por sí sola no puede crear la democracia”.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> Acerca de dicho concepto, véase Mirkine-Guetzevich, Boris, *Modernas tendencias del derecho constitucional*, Madrid, 1934, pp. 1-44.

<sup>3</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 1, p. 156.

<sup>4</sup> El maestro Fix-Zamudio tomó nota de la reforma constitucional de 1967 y en la publicación de su conferencia efectuada en 1968 la incorporó como addenda. Véase, Héctor Fix Zamudio, *op. cit.*, nota 1, p. 167.

<sup>5</sup> Fix-Zamudio, Héctor, “Justicia constitucional y régimen democrático”, en García Laguardia, Jorge Mario (comp.), *Partidos políticos y democracia en Iberoamérica, II Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 1980, p. 90.

Luego de derrocado el régimen autoritario del general Alfredo Stroessner en 1989, el país se embarcó en un proceso de transición política a la democracia. En este contexto, se elaboró en 1992 una nueva Constitución que introdujo una Sala Constitucional en la Corte Suprema de Justicia, a fin de consagrar una jurisdicción especializada en la defensa de la Constitución.<sup>6</sup>

A partir de ahí, el Paraguay evolucionó de manera fundacional hacia el tipo de Estado constitucional democrático, aunque una buena parte de su bagaje democrático se remonta a su primer orden constitucional originado con la Constitución de 1870, que rigió durante casi 70 años, el mayor tiempo de vigencia entre las cuatro Constituciones que tuvo el país.<sup>7</sup>

## II. LA CONSTITUCIÓN COMO BASAMENTO DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

La justicia constitucional es justicia basada en la Constitución. En las primeras décadas del Paraguay como Estado independiente no hubo justicia constitucional porque no se había fundado un Estado constitucional. La República del Paraguay, sucesora de la Provincia del Paraguay, emergió como un Estado soberano con la revolución de mayo de 1811. En los inicios, se adoptaron formas republicanas de gobierno, de estirpe institucional romano,<sup>8</sup> que en la práctica tendieron a gobiernos unipersonales autoritarios. En materia de régimen jurídico siguió subsistiendo el español colonial compuesto por las leyes de Castilla, las Partidas y las de Toro, que resultaban anacrónicas para los nuevos tiempos políticos.<sup>9</sup> Entre 1811 y 1870 no existió en Paraguay una administración de justicia organizada en términos de un poder del Estado, y menos aún se puede hablar en dicha época de un control de constitucionalidad. Al decir de Manuel Domínguez:<sup>10</sup> “El doctor

Al respecto, véase Silvero Salgueiro, Jorge, “La Constitución de la República del Paraguay del 20 de junio de 1992”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 92, 1998, pp. 503-536; *id.*, “Die Verfassung del Republik Paraguay”, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Bd. 46, 1998, p. 602.

<sup>7</sup> Las Constituciones paraguayas son de 1870, 1940, 1967 y la actual de 1992.

<sup>8</sup> Catalano, Pierangelo, *Modelo institucional romano e independencia: República del Paraguay 1813-1870*, Asunción, 1986.

<sup>9</sup> Soler, Juan José, *Introducción al derecho paraguayo*, Madrid, 1954, p. 283.

<sup>10</sup> Domínguez Manuel, *La Constitución del Paraguay*, Asunción, 1912, t. III, p. 47.



Francia<sup>11</sup> no podía dictar leyes inconstitucionales porque no había Constitución. Y tan grande era el poder que la Constitución de 1844<sup>12</sup> daba al Poder Ejecutivo que difícilmente podía el presidente incurrir en actos inconstitucionales”.<sup>13</sup>

Tras una guerra devastadora entre 1865 y 1870 contra la Triple Alianza conformada por Brasil, Argentina y Uruguay, el Paraguay inició su etapa constitucional dándose una Constitución liberal que entró a regir el 25 de noviembre de 1870. El profesor de derecho constitucional, Félix Paiva, expuso de forma brillante la evolución y características de la justicia constitucional en el contexto del propio desarrollo del Estado paraguayo. Al inicio de su obra, *La independencia del Poder Judicial*, expresó los motivos de la misma:

Corría a su término el año 1914 y con él se aproximaba la fecha en que era usual que cesara, desde la era constitucional, todo el personal de la administración de justicia, cuya renovación regular se hacía de cuatro en cuatro años, al inaugurarse cada nuevo periodo presidencial. Me refiero a la fecha del 25 de noviembre próximo pasado. Con motivo de este cambio próximo a efectuarse, conversé con el señor presidente de la República sobre la reorganización general de la magistratura, y le expuse cuáles eran mis vistas al respecto.<sup>14</sup>

Dejemos que estas reflexiones fluyan nuevamente tras casi 100 años de haberlas formulado, no sólo por su alto valor histórico, sino también por la actualidad y vigencia de las mismas en gran parte.

<sup>11</sup> Sobre la organización de la justicia durante el periodo 1814-1840 gobernado por el doctor José Gaspar Rodríguez de Francia véase Rodríguez-Alcalá, Guido, *Justicia penal de Francia*, Asunción, 1997.

<sup>12</sup> En realidad no se trata de una Constitución. El nombre original era Ley que Establece la Administración Política de la República del Paraguay, y demás que en Ella se Contiene.

<sup>13</sup> A esta opinión se adhirió Félix Paiva expresando de igual forma: “En tiempos del doctor Francia no era posible dictar leyes inconstitucionales dado que no había Constitución. Y la de 1844 sancionada por un Congreso no investido de facultades especiales y extraordinarias, otro Congreso posterior idéntico podría haberla alterado o derogado. El Poder Ejecutivo, por lo demás, tenía un poder tan amplio, tan omnímodo según dicha Constitución que difícilmente podría incurrir en actos inconstitucionales”. Paiva, Félix, *Estudios de la Constitución paraguaya*, Asunción, 1926, t. I, p. 192.

<sup>14</sup> Paiva, Félix, *La independencia del Poder Judicial*, Asunción, 1915, p. V.

Hoy como ayer, la justicia constitucional si bien está en una estrecha relación con el proceso político requiere, sin embargo, ser construida normativamente, vale decir, asegurar en la norma constitucional las modalidades principales para su funcionamiento y existencia. Sólo así podrá estar en condiciones de interactuar con los otros poderes del Estado y ser suficiente garantía para los ciudadanos. El profesor Paiva manifestaba:

La Convención Constituyente [de 1870] echó de que la reorganización del país sería difícil, sino imposible, si entre los grandes propósitos de la carta fundamental, llamada a modelar la nueva sociedad política, no se incluyera la creación de la justicia y su consiguiente garantía, ya que en los regímenes anteriores se la había tanto descuidado, por no decir enteramente desconocido u olvidado.<sup>15</sup>

La Convención Nacional Constituyente de 1870, órgano que elaboró la ley fundamental, cumplió con el propósito de erigir un órgano de justicia como poder del Estado. Éste es el origen constitucional del actual Poder Judicial paraguayo. Antes de esto, la justicia era de tipo colonial, sin garantía de derechos y sujeto institucionalmente a la autoridad de turno. “Como la justicia podría resultar ilusoria sin un órgano eficaz correspondiente, se consignó la existencia de un Poder Judicial en condiciones tales de poderla realizar, sin los vicios inherentes a la intromisión indebida de los otros poderes”.<sup>16</sup> En efecto, La Constitución de 1870 dedicó el capítulo XIV (artículos 110-121) al “Poder Judicial y sus atribuciones” y en otras partes se refirió al mismo como poder del Estado (por ejemplo, artículos 17 y 103). “La independencia del Poder Judicial es una garantía constitucional, y la hemos adaptado a nuestro régimen político, como un corolario de la división y equilibrio de los tres poderes consagrados por la Constitución federal americana, que nos sirvió de fuente de inspiración y modelo”.<sup>17</sup>

La garantía de existencia de la justicia constitucional está dada por el principio de supremacía constitucional y, la consiguiente indisponibilidad de lo dispuesto en la norma constitucional por parte del legislador. “Cualquiera ley que llegare a dictarse violando dichos marcos constitucionales, tendrá que ser nula y de ningún valor. Y esto deberá ocurrir

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 59.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 60.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 61.

porque ninguna ley ordinaria u orgánica, podría ser superior a la ley de las leyes, a la ley suprema de la nación”.<sup>18</sup>

La justicia constitucional requiere de un órgano ejecutor de bases institucionales sólidas capaz de interactuar válidamente con los otros órganos de poder.

El pensamiento de la Convención del 70, condensado en reglas generales de la ley fundamental, ha sido crear un Departamento Judicial con igual jerarquía e independencia como poder que las atribuidas a los otros dos departamentos coexistentes. Este es el espíritu constitucional, y cualquiera interpretación contraria, no cabe duda, desnaturalizaría el principio del equilibrio de los tres poderes que informa nuestra organización política.<sup>19</sup>

Así, la instauración del Superior Tribunal de Justicia como la más alta cámara de justicia “no puede ser suprimida o absorbida por cualquiera de los otros poderes. Su existencia está garantizada por la misma ley fundamental”.<sup>20</sup>

Entonces, el Poder Judicial cuenta desde la Constitución de 1870 con una esfera propia para ejercer sus funciones de administrar justicia. A este conjunto de facultades se le denomina jurisdicción que “tiene su origen en la soberanía nacional, única que puede conferir imperio, autoridad o potestad”.<sup>21</sup> Esta jurisdicción judicial está a disposición de garantizar los derechos y libertades de las personas. Su

... fin propio y característico es reparar toda violación de derecho cualquiera que sea su naturaleza y origen, y por esto el principio de que a todo ciudadano que invoca un derecho se le debe conceder una acción y que los ingleses expresan en el aforismo jurídico where there is a wrong there is a remedy, es una de las condiciones fundamentales de un Estado social regular y la base misma en que descansa la justicia.<sup>22</sup>

En tanto el Poder Judicial cuente con esta función privativa de “resolver las contiendas de derecho, ya emanen del desconocimiento de un derecho dudoso, ya de la negación intencional de un derecho cierto —entonces es

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 67.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 64.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 65.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 118.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 119.

que se— marca un momento de la evolución de la vida jurídica”.<sup>23</sup> En años posteriores a la Constitución de 1870 se asentó esta idea de que los jueces estaban sometidos a su jurisdicción y debían impartir justicia en virtud de una norma legal privilegiando la aplicación de la Constitución. Concretamente, el artículo 60 del Código de Procedimientos en Materia Civil y Comercial promulgado el 21 de noviembre de 1883 establecía: “El Juez debe siempre resolver según la Ley. Nunca le es permitido juzgar el valor intrínseco ó de la equidad de la ley. La primera Ley que debe observar y aplicar es la Constitución de la nación”.<sup>24</sup>

Ahora bien, a nivel constitucional “la jurisdicción no está fijada más que de un modo general, siendo las leyes orgánicas las encargadas de reglamentar y especificar los distintos casos que más usualmente ocurren en la práctica o sea en la vida real. Ni siquiera el organismo de creación constitucional tiene todas sus atribuciones perfectamente definidas”.<sup>25</sup>

Con respecto a las potestades del Superior Tribunal de Justicia Paiva las analizó definiendo sus diversos roles institucionales. El Superior Tribunal asumía sus tareas en grado de revisión y en ese sentido era un Tribunal de Apelación en última instancia, cuyas resoluciones no admitían recurso alguno. “La revisión puede dar lugar a la reforma simplemente o a la nulidad de dichas resoluciones. En este último caso, en cierto modo, se equipara al [un] Tribunal de Casación”.<sup>26</sup> “Como Alta Cámara de Justicia... ejercita atribuciones originarias... [como ser]... entender en las quejas por retardo de justicia y en los recursos de habeas corpus... la más preciosa garantía de la libertad individual”.<sup>27</sup>

Asimismo, el Superior Tribunal de Justicia ejercía de “árbitro” en virtud de lo dispuesto en el artículo 116 de la Constitución de 1870 al otorgársele la facultad de conocer “de las competencias de jurisdicción ocurridas entre los jueces inferiores y entre éstos y los funcionarios del Poder Ejecutivo”. Según Paiva, las dificultades que surgen entre la autoridad administrativa y la judicial son casos que conforman un “acto de

<sup>23</sup> *Idem.*

<sup>24</sup> Dicho Código de Procedimientos estuvo en vigencia durante más de cien años, siendo reemplazado por el Código Procesal Civil, Ley núm. 1.337 del 4 de noviembre de 1988, que en su artículo 838 dispuso: “Derógase el Código de procedimientos en materia civil y comercial promulgado por Ley del 21 de noviembre de 1883”.

<sup>25</sup> Paiva, Félix, *op. cit.*, nota 14, p. 139.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 140.

<sup>27</sup> *Idem.*

aplicación concreta de la ley a contienda de partes —en tal sentido— no puede ponerse en tela de juicio la naturaleza judicial de la decisión de la competencia, ni que tal decisión deba encomendarse a la magistratura que de ordinario juzga. Por esta razón, entre otras, esa potestad se declara de la competencia exclusiva del Superior Tribunal de Justicia”.<sup>28</sup>

Otra atribución constitucional de suma importancia del Superior Tribunal de Justicia fue la de “superintendencia”.

El ejercicio de esta facultad comprende dictar su reglamento interno... concede o deniega permiso para dejar de asistir a sus despachos a los funcionarios de la administración de justicia... dicta las acordadas necesarias para ordenada tramitación de los juicios... impone penas de multa o apercibimientos a los funcionarios y empleados... completa esta facultad de superintendencia la de nombrar y remover a los empleados inferiores, tratando de obtener la más absoluta independencia. Si fuese el Poder Ejecutivo el que usara de esa atribución, podría llegar a rodear los miembros de la judicatura de enemigos personales o políticos que imposibilitaran su regular desenvolvimiento.<sup>29</sup>

Además, el doctor Paiva proponía que la magistratura temporal sea sustituida por la de por vida. “Y es que esta última está menos expuesta a las miras arbitrarias o políticas de los poderes generadores, ofrece más garantía de independencia para los jueces. La adopción de la inamovilidad, es, pues, una reforma que no puede ser indiferente a nuestra vida institucional”.<sup>30</sup>

Con respecto al órgano que declara la inconstitucionalidad, Paiva razonaba de la siguiente forma:

La primera ley que debe ser observada y aplicada es la Constitución, que prela sobre cualquier otra. Y de aquí puede surgir la interesante cuestión relativa a la inconstitucionalidad de las leyes del Congreso y si el Poder Judicial puede declararla. La Constitución no lo dice expresamente, como lo establecen otras Constituciones, pero por implicancia de sus disposiciones concordantes esa potestad no se le puede negar, ya que ella no es atribuida a ningún otro poder.<sup>31</sup>

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 144.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 146.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 154.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 131.

Y agregaba que: “es el único poder competente para hacer una declaración semejante, como que es su atribución privativa interpretar y aplicar las leyes en cada caso”.<sup>32</sup>

Con relación al procedimiento para la declaración de inconstitucionalidad, Paiva reiteraba que tampoco estaba previsto en la Constitución de 1870 y en su defecto citaba a Ley Orgánica de los Tribunales promulgada el 6 de octubre de 1898, que entró en vigencia al año siguiente, que en su artículo 64 disponía: “habrá recurso de apelación de los fallos de las Cámaras aunque fuesen confirmatorios, en los casos en que se ponga en tela de juicio la validez de un tratado o ley del Congreso y que se impugnen como inconstitucionales”.

De esta prescripción —enseñaba Paiva— se deduce que la inconstitucionalidad de una ley o la nulidad de un decreto del Ejecutivo, deberá promoverse en forma de acción ordinaria u excepción ante los jueces de 1ra. Instancia, y al Superior Tribunal no le compete pronunciarse sobre ella más que por la vía de recurso. Esta potestad, sin duda alguna, es la más importante y la que hace resaltar más la personería del Poder Judicial como entidad política; porque mediante su ejercicio puede neutralizar la absorción de los otros dos poderes, obligar a estos a que no se extralimiten en el uso de sus atribuciones y mantenerlos, por último, dentro del deseable equilibrio que exige el dinamismo armónico del Estado... Por eso, la facultad suprema de declarar la inconstitucionalidad de las leyes o la nulidad de los efectos de ellas, es un freno regulador que garante y asegura el funcionamiento normal del mecanismo gubernamental... Ello no puede crear conflicto con el Congreso, porque las declaraciones judiciales no resuelven más que los casos concretos reclamados por las partes. Los efectos de estas sentencias no afectan a la ley en abstracto, sino para los casos juzgados. Su autoridad moral, sin embargo, es inmensa. La opinión pública, fundada en ella, puede conmover la subsistencia de la ley. El Congreso o el Poder Ejecutivo, no de otra suerte, se verá obligado a amoldar, en adelante su proceder rigurosamente a la letra y espíritu de la Constitución.<sup>33</sup>

Posteriormente, por Ley núm. 325, Orgánica de los Tribunales, promulgada el 23 de noviembre de 1918,<sup>34</sup> se dispuso entre las atribuciones del Superior Tribunal de Justicia en el artículo 44:

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 134.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 135.

<sup>34</sup> Esta Ley estuvo en vigencia hasta inicios de 1982 cuando fue derogada por la Ley núm. 879, Código de Organización Judicial del 2 de diciembre de 1981, aunque en mate-

Conocerá por vía de apelación y nulidad de las sentencias definitivas de los Tribunales de Apelación en los casos siguientes: ... 2o. De las que recaigan en un litigio en que se haya cuestionado, desde primera instancia, la validez de un Tratado, Ley, Decreto o Reglamento, bajo la pretensión de ser contrarios a la Constitución, quedando excluidos de este recurso la interpretación o aplicación que los Tribunales hicieron de los Códigos Civil, Penal, Comercial y Procesal.

Con relación a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, Paiva reiteraba su pensamiento de 1915 —expuesto en párrafos más arriba— en una obra de 1926 con algunas precisiones:

El Superior Tribunal, al fin, por resolución inapelable, decide sobre la inconstitucionalidad del decreto o de la ley, vale decir, declara la nulidad de sus efectos. El alcance de esta declaración es limitado; pues no afecta más que al caso planteado y resuelto. No implica ni puede implicar la nulidad del decreto o de la ley para los demás casos posibles de su aplicación. La ley sigue siendo ley, porque el Poder Judicial no tiene potestad para hacer una declaración abstracta de derecho. Si no fuese así, se crearía un conflicto grave con el Poder Legislativo, ya que es de éste la función privativa de hacer dicha declaración de derecho. En consecuencia, fuera de los casos juzgados, la ley sigue investida de su carácter soberano y produce todos sus efectos aun cuando se trate de casos idénticos, mientras no se promueva gestión concreta y recaiga la misma solución. Bien sabido, por lo demás, que la jurisprudencia no siempre es constante y puede prohijar en casos iguales soluciones distintas. Es de observarse, sin embargo, que cuando dicha jurisprudencia es uniforme y, por lo mismo, respetable, presiona moralmente a la ley y hasta la deroga con el tiempo.<sup>35</sup>

En resumen, el aporte original de la Convención Nacional Constituyente de 1870 fue organizar el Estado paraguayo con una visión tripartita de gobierno fundando esencial y novedosamente una administración de justicia institucional con carácter de poder de Estado. Desde entonces, la existencia e independencia del Poder Judicial es una garantía constitucional. Bajo la Constitución de 1870 empezaron los grandes debates doctrinarios sobre la estructura y conformación de una justicia constitucional.

ria de inconstitucionalidad sufrió derogaciones por la entrada en vigencia de la Constitución de 1967.

<sup>35</sup> Paiva, Félix, *op. cit.*, nota 14, p. 194.

Se materializó institucionalmente la idea de una jurisdicción judicial a favor del respeto a los derechos de las personas. Se consagró la prelación de la Constitución sobre las demás leyes y el deber de aplicarla por los jueces. Surgió la necesidad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes o de los decretos del Poder Ejecutivo como forma de establecer límites constitucionales al ejercicio arbitrario del poder. Se inició el debate sobre el órgano encargado de declarar la inconstitucionalidad ante la comprobada insuficiencia normativa constitucional. Se estableció legalmente un procedimiento para lograr esta declaración y se fijaron interpretativamente los efectos y alcances de la declaración de inconstitucionalidad. Indudablemente, se asentó en esta era constitucional la estructura de la justicia constitucional. Hasta hoy, estos grandes temas se mantienen con alguna que otra variación en la actual Constitución de 1992.

### III. LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE ACCESO A LA JUSTICIA

Con la Constitución de 1992 se inicia un segundo orden constitucional que retoma las ideas centrales de justicia de 1870. En 1940 y 1967 no se continuó con la construcción de una jurisdicción judicial de la libertad, sino que se puso freno al desarrollo de la personalidad y la defensa de sus derechos elementales. Las atribuciones exageradas dadas al Poder Ejecutivo y la forma en cómo se reguló el Estado de sitio, hoy Estado de excepción, en dichas Constituciones fundamentan en gran medida estas aseveraciones.

Sin embargo, el aporte de la Constitución de 1992 se cristalizó en el ámbito del acceso a la justicia. Esta ley fundamental dedicó el capítulo XII a las “Garantías constitucionales” (artículos 131-136) y las entendió con un significado práctico: “Para hacer efectivos los derechos consagrados en esta Constitución se establecen las garantías contenidas en este capítulo, las cuales serán reglamentadas por la ley” (artículo 131). Dichas garantías son: la inconstitucionalidad (artículo 132), el *habeas corpus* (artículo 133), el amparo (artículo 134) y el *habeas data* (artículo 135).<sup>36</sup> Las mismas conforman el sistema constitucional de protección de

<sup>36</sup> La inconstitucionalidad, el amparo y el *habeas corpus* ya estaban previstos en la Constitución de 1967 en los artículos 200, 77 y 78, respectivamente, siendo el *habeas data* de reciente introducción. La Constitución de 1940 regulaba el *habeas corpus* en el artículo 26.



los derechos fundamentales en el Estado paraguayo. Además de ello, debe contarse con el derecho a exigir judicialmente la rectificación o aclaración cuando una persona se vea afectada por la difusión de una información falsa, distorsionada o ambigua regulado en el artículo 28 constitucional. Vale decir, toda persona afectada en su imagen pública tiene este medio especial de defensa de rango constitucional, lo cual le constituye en la quinta garantía constitucional.

El acceso a la justicia fue entendido por la Constitución de 1992 no sólo en el sentido de esclarecer la vía eficaz para reestablecer los diferentes derechos violados, sino que también persiguió objetivos de una justicia punitiva. En primer lugar, previó castigos para el magistrado judicial que negare el acceso a la justicia a aquella persona que lo necesitase. De esta forma, se evitaría una doble victimización de la personas afectada. El artículo 136 dispuso: “Ningún magistrado que tenga competencia podrá negarse a entender las acciones o recursos previstos en los artículos anteriores; si lo hiciese injustificadamente, será enjuiciado y, en su caso, removido”.

Asimismo, la nueva concepción constitucional no tolera la impunidad a la hora de hacer justicia a los derechos violados. La segunda parte del artículo 136 expresa categóricamente:

En las decisiones que dicte, el magistrado judicial deberá pronunciarse también sobre las responsabilidades en que hubieran incurrido las autoridades por obra del proceder ilegítimo y, de mediar circunstancias que prima facie evidencien la perpetración de delito, ordenará la detención o suspensión de los responsables, así como toda medida cautelar que sea procedente para la mayor efectividad de dichas responsabilidades. Asimismo, si tuviese competencia, instruirá el sumario pertinente y dará intervención al Ministerio Público; si no la tuviese, pasará los antecedentes al magistrado competente para su prosecución.

La Constitución de 1992 avanzó, por un lado, con una concepción garantista en materia de tutela de derechos. En el sentido que asumió la crítica de los sistemas anteriores, en los cuales se cerraban en la instancia judicial y en forma muy rápida los pocos caminos existentes para encontrar justicia y, además, se evitaba pronunciarse sobre la autoridad responsable de la injusticia. Pero, por el otro, reprodujo aquellas soluciones constitucionales que si bien al inicio de la era constitucional a finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX resultaban novedosas y factibles da-

do el estado de cosas anterior, hoy en día, resultan insuficientes para la plena realización de un Estado de derecho.

Por ejemplo, en materia de inconstitucionalidad la Constitución de 1992 estableció expresamente el órgano encargado para la respectiva declaración, los procedimientos para ello y los efectos de la misma. Le corresponde a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, y en ocasiones al Pleno de la misma ejercer el control de constitucionalidad sobre leyes, decretos del Poder Ejecutivo y demás instrumentos normativos, y sentencias judiciales de órganos inferiores, y en su caso, declarar la inconstitucionalidad de los mismos. El procedimiento judicial se puede iniciar tanto por acción ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia como por vía de excepción en cualquier instancia, en cuyo caso se elevarán los antecedentes a la Corte. Si se constata la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y otros instrumentos normativos, se declara la inaplicabilidad de las disposiciones contrarias a la Constitución en cada caso concreto y en fallo que sólo tendrá efecto con relación a ese caso. En el caso de la inconstitucionalidad de las sentencias definitivas o interlocutorias dictadas por los magistrados judiciales se declara la nulidad de las mismas (artículo 260).

Esta limitación de la declaración de inconstitucionalidad al caso concreto, *inter partes* y no *erga omnes*, permite que dichos instrumentos inconstitucionales mantengan su vigencia normativa y continúen aplicándose. Entonces, en materia de justicia constitucional la misma es de tipo individual sin que la administración de justicia tenga la potestad de librar a la sociedad de un acto de arbitrariedad del Congreso o de la injusticia cometida por el Poder Ejecutivo. Las leyes y decretos ya declarados inconstitucionales siguen formando parte del ordenamiento legal y manteniendo sus efectos nocivos a pesar de la existencia del pronunciamiento judicial en su contra. La justicia constitucional todavía no alcanzó la etapa de expulsar definitivamente del orden jurídico a las normas ya juzgadas como contrarias a la Constitución. Es indudable, que el principio de la supremacía constitucional se resiente considerablemente en estos casos, y desarrolla sólo efectos muy limitados.

#### IV. EL JUICIO DE AMPARO CONSTITUCIONAL

Antes de que el amparo fuera regulado en el ordenamiento jurídico, la Corte Suprema de Justicia negaba la tutela de derechos en caso de inexistencia de una vía procesal prevista legalmente. Así, en 1965 sostuvo:

Es cierto que los derechos y garantías constitucionales deben tener protección adecuada, sin lo cual serán ilusorios. Para ello existen las acciones civiles, contencioso administrativas y penales previstas por las leyes. En cualquier caso, en el supuesto de una omisión o deficiencia en este orden, el Poder Judicial no puede convertirse en legislador o usurpar funciones que competen al Legislativo. Tan fundamental como el respeto de las libertades y derechos ciudadanos es el principio de la división de poderes e independencia de los poderes en el Estado de derecho, Ningún poder puede invadir la esfera de acción del otro, ni arrogarse un órgano judicial competencia que no le ha sido atribuida por la Ley, sin producir una perturbación del orden jurídico (A. I. núm. 719 del 26 de octubre de 1965).<sup>37</sup>

Este tipo de jurisprudencia estaba acorde al régimen político autoritario de aquel entonces. Tanto bajo la Constitución de 1940 como durante la de su sucesora de 1967 las normas de organización, en especial, las previstas para ejercer las facultades del Poder Ejecutivo prevalecían sobre las normas de derechos fundamentales. El principio de división de poderes fue tergiversado y, en vez de aplicarse en aras de la libertad política como lo concibió Montesquieu, fue utilizado como un ardid para no contradecir la voluntad del jefe de Estado y no inmiscuirse en sus funciones privativas, aun cuando cometía abusos de derecho. De esta forma, las violaciones a los derechos fundamentales encontraban una supuesta justificación jurídica para quedar impunes con el lamentable consentimiento judicial.

Cuando el amparo fue consagrado constitucionalmente en 1967 se le reguló como una acción a presentar por toda persona contra un acto u omisión ilegítimo, de autoridad o de un particular, en caso que se crea lesionada o en peligro inminente de serlo, de modo grave, en un derecho o garantía que consagre la Constitución, o la ley, y que por la urgencia del caso no pudiera remediarse por la vía ordinaria. Esta visión del amparo implicaba el reconocimiento que los derechos fundamentales también podían ser violados o negados por terceros y que, por lo tanto, se habilitaban acciones de reposición contra dicha posibilidad. La vigencia de la teoría del *Drittwirkung der Grundrechte* produjo sus efectos deseados en la medida en que los particulares empezaron a usar este medio para dirimir sus conflictos. En cambio, la utilización del amparo contra autoridades estuvo en cierta forma restringida por las circunstancias políticas limitantes.

<sup>37</sup> Transcrito en Sosa, Enrique A., *El amparo judicial*, Asunción, 2004, p. 2 1.

En la jurisprudencia paraguaya anterior a 1989 eran más abundantes los casos de amparo contra actos de particulares. No obstante se registraron casos de amparo contra actos del poder administrador en materia de aduanas, licitaciones públicas, municipales, universitarias, partidos políticos, etcétera. Posteriormente, luego del cambio de régimen político, aumentó el número de amparos contra actos de las autoridades.<sup>38</sup>

Evidentemente, el buen funcionamiento de las garantías constitucionales requiere de un sistema de gobierno favorable al respeto de la Constitución.

A partir de la Constitución de 1992 uno de los amparos que ha tenido mayor difusión fue el denominado jurisprudencialmente “amparo de pronto despacho”. Ello está en relación con ciertas particularidades del acceso a la jurisdicción contenciosa administrativa. En efecto, para acceder al Tribunal de Cuentas con la petición de revocar una resolución administrativa que le sea adversa, el peticionante debe primeramente agotar las vías administrativas previstas en la administración pública donde se trate la cuestión.<sup>39</sup> El problema se plantea cuando ante la petición del solicitante la administración cae en mora, sin dar respuestas de ningún tipo. En este tipo de situaciones, el caso se paraliza en sede administrativa y, de hecho, se le niega al administrado el acceso a la jurisdicción contenciosa administrativa. En los casos que la administración tenga un plazo legal para pronunciarse entra a tallar el artículo 40 de la Constitución, que otorga un carácter denegatorio a la petición cuando no se obtuviese respuesta dentro del plazo. Pero cuando la ley aplicable no establece un plazo, entonces, sólo cabe la solución del amparo de pronto despacho.

Ante la ausencia de pronunciamiento, ante el silencio indefinido de la administración, debe el Poder Judicial intervenir para hacer cesar ese estado de paralización. Debe advertirse sin embargo que, como hemos dicho, no puede el Poder Judicial sustituir la decisión administrativa por la decisión judicial, sino que debe provocar el pronunciamiento mediante emplazamientos que puede si ser formulado bajo apercibimiento de darle un sentido, denegatorio conforme a la Constitución, al silencio.<sup>40</sup>

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 92.

<sup>39</sup> Bazán, Francisco, *Procedimiento de lo contencioso administrativo*, Asunción, 1995, p. 43.

<sup>40</sup> Sosa, Enrique A, *op. cit.*, nota 37, p. 107.

En fallos de reciente data se sostuvo: “La omisión en el pronunciamiento del órgano administrativo (que en este caso particular no tiene plazo, como lo reconoce la propia parte accionada) importa violación de norma constitucional, que lesiona el derecho consagrado a favor del peticionante o administrado a quien se le niega el derecho de cuestionar la resolución administrativa por la vía pertinente”.<sup>41</sup>

El amparo de pronto despacho cumple entonces la función de coadyuvar en el acceso a la jurisdicción contenciosa administrativa a fin de revisar la arbitrariedad o no de resoluciones de la administración pública. Al interactuar el amparo de pronto despacho con el procedimiento contencioso administrativo se salvan aquellas deficiencias de esta jurisdicción.<sup>42</sup>

#### V. CONSIDERACIONES FINALES

El Estado de derecho democrático de carácter social, en las palabras de Fix-Zamudio, es un “Estado de justicia, en cuanto ha instituido un sistema adecuado para lograr la efectividad de las normas supremas, en las cuales se han consagrado los ideales, tan difíciles y angustiosamente logrados, del nuevo derecho contemporáneo”.<sup>43</sup>

En el caso de Paraguay, la Constitución de 1992 representa el nuevo derecho que funda un Estado constitucional, que propicia un régimen democrático y, que establece las condiciones necesarias para la viabilidad de una justicia constitucional caracterizada por dar garantías en el marco de una jurisdicción de la libertad.

Es indudable, que la construcción de este tipo de Estado se realiza por etapas y que, aparte de las ideas que se difunden casi universalmente sobre la materia, las sociedades recurren a su propia experiencia y con un sentido crítico realizan sus mejores esfuerzos. A pesar de ello, los contratiempos y los desafíos pendientes son innumerables y esto, probablemente, caracteriza el estado actual de la justicia institucional en Paraguay.

<sup>41</sup> Acuerdo y Sentencia núm. 115, 05/12/2001. TApel. Civil y Com. Sala 1, Asunción, *Revista La Ley*, año 2002, p. 58.

<sup>42</sup> Sobre los controles sobre el Ejecutivo, véase Silvero Salgueiro, Jorge, “Constitutional Checks on the Executive”, <http://www.law.yale.edu/intellectuallife/sela2006.htm>.

<sup>43</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 1, p. 11.

# LA CRECIENTE INTERNACIONALIZACIÓN DE LAS CONSTITUCIONES IBEROAMERICANAS, ESPECIALMENTE EN LA REGULACIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS\*

Héctor FIX-ZAMUDIO\*\*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La progresiva y constante influencia del derecho internacional en las Constituciones iberoamericanas.* III. *La evolución de los instrumentos constitucionales para la protección de los derechos humanos en los tribunales, cortes y salas constitucionales en los ordenamientos de Iberoamérica.* IV. *Organismos predominantemente jurisdiccionales que poseen la función de tutela de los derechos humanos en el ámbito interno.* V. *Los derechos humanos constitucionales de fuente internacional.* VI. *Las relaciones entre los tribunales, cortes y salas constitucionales con los organismos de carácter internacional, en la solución de controversias constitucionales, particularmente en el campo de los derechos humanos.* VII. *La necesidad de establecer procedimientos internos para regular el cumplimiento de los fallos y las recomendaciones de las cortes y de las comisiones internacionales de derechos humanos.* VIII. *Conclusiones.*

## I. INTRODUCCIÓN

1. Esta materia de las relaciones cada vez más estrechas entre el derecho constitucional interno y el derecho internacional de los derechos hu-

\* Ponencia presentada en el XI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, celebrado en Curitiba, Estado de Paraná, Brasil (noviembre de 2006).

\*\* Investigador emérito en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Presidente honorario del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

manos es bastante compleja, especialmente en virtud de la creciente vinculación entre ambos campos, y por ello es conveniente precisar varios aspectos: *a)* en primer lugar es necesario tomar en cuenta que las Constituciones iberoamericanas han reconocido, con diversos matices, la supremacía del derecho convencional y consuetudinario de carácter internacional respecto del derecho interno, de manera ostensible respecto de la regulación y protección de los derechos humanos, en un nivel superior al del derecho internacional general, en relación con los ordenamientos constitucionales internos; *b)* la creación de instrumentos universales y regionales de protección de los derechos humanos, incluyendo los organismos tanto universales como regionales de protección de los derechos humanos en el ámbito internacional.

2. Debe tomarse en consideración que el concepto de derechos humanos ha sido desarrollado desde varias perspectivas: *a)* en primer término existe un enfoque más estricto, que entiende por tales a los que han sido establecidos para beneficio de los seres humanos en sus dimensiones individual y colectiva; pero *b)* desde una perspectiva más amplia se abarcan otros sectores estrechamente vinculados con los primeros y que se divide en tres categorías: *a)* los derechos humanos en sentido estricto; *b)* los comprendidos por el “derecho humanitario”, es decir, aquellos que protegen a las personas durante los conflictos internacionales e internos, y *c)* aquellos que se comprenden dentro del llamado “derecho de los refugiados”, es decir, el que abarca los de las personas que se ven precisadas a abandonar su país de origen por problemas de persecución política, conflictos armados, discriminación o marginación, y cuyo número se ha incrementado considerablemente en los últimos años en muchos lugares del mundo contemporáneo. La doctrina ha señalado esta triple relación en el campo extenso de los derechos humanos.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Cfr. Caçado Trindade, Antonio Augusto *et al.*, *As Tres Vertentes da Protecção Internacional dos Direitos da Pessoa Humana. Direitos Humanos, Direito Humanitário, Direito dos Refugiados*, San José de Costa Rica-Brasilia, Comité Internacional de la Cruz Roja-Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Alto Comisionado de las Naciones para los Refugiados, 1996; Caçado Trindade, Antonio Augusto, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Porto Alegre, Brasil, Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, esp. t. I, pp. 270-349; Caçado Trindade, Antonio Augusto y Ruiz de Santiago, Jaime, *La nueva Dimensión de las necesidades de protección del ser humano en el inicio del siglo XXI*, San José, Costa Rica, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 2001.

3. A) Se toma en primer lugar la dimensión estricta de los derechos humanos, que surgió de una amplia trayectoria que podemos retrotraer desde el punto de vista histórico hasta sus antecedentes remotos en la filosofía grecolatina, posteriormente, la Edad Media, el Renacimiento y particularmente la Revolución francesa al finalizar el siglo XVIII, que consagró en un documento constitucional los derechos de carácter individual, es decir, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789, los que se introdujeron también en las cartas de los Estados de las colonias inglesas en América, durante su lucha de independencia y posteriormente con las primeras enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos de 1787, que entraron en vigor en 1791, y esta institucionalización se generalizó en las Constituciones clásicas liberales del siglo XIX, que se extendieron a los derechos sociales, económicos y culturales, los que fueron elevados a nivel constitucional en algunas cartas de la primera posguerra, en primer término en la carta federal mexicana, y en el mismo periodo en algunas europeas encabezadas por la ley suprema alemana de 1919.

4. Al término de la segunda guerra mundial, y debido a las violaciones masivas y persistentes de los derechos humanos por los regímenes totalitarios que iniciaron esta conflagración, y la creación de la Organización de las Naciones Unidas en 1945, una de cuyas finalidades fue reconocer la importancia de tales derechos, se modificó una de las reglas tradicionales del derecho internacional clásico al otorgar a las “personas individuales y a los grupos sociales la categoría de sujetos del derecho internacional”, que antes se confería de manera exclusiva a los Estados, ya que eran ellos por conducto de la protección diplomática, los encargados de la protección de los derechos humanos de sus nacionales residentes en otros Estados. La labor de las Naciones Unidas en este campo ha sido impresionante por medio de convenciones, declaraciones y recomendaciones.

5. Desde el punto de vista “sustantivo”, en este ámbito mundial o universal podemos señalar como documentos básicos, en primer lugar la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, expedida en París el 10 de diciembre de 1948 por Naciones Unidas, y que en un principio sólo podía ser considerada como un catálogo de compromisos morales, pero que con el tiempo se ha convertido en un instrumento imperativo en muchos de sus preceptos, por medio de la costumbre internacional y la



institución del *ius cogens*. En segundo lugar, en este ámbito, se pueden destacar los dos Pactos de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, expedidos por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, y que entraron en vigor el 3 de enero y 23 de marzo de 1976, respectivamente, y que en la actualidad han sido ratificados por una gran mayoría de los Estados miembros de las Naciones Unidas.

6. Pero a partir de la segunda posguerra, además del avance que se ha señalado anteriormente del reconocimiento a las personas individuales y los grupos sociales como sujetos del derecho internacional, se han introducido “normas de derecho procesal e instituciones tutelares, inclusive algunas de carácter jurisdiccional” para la protección de los derechos humanos en la esfera internacional mundial o universal, ya que las Naciones Unidas por medio de tratados multilaterales han introducido de manera paulatina diversos “comités” que se encargan por materias de la protección específica de algunos derechos humanos. Algunos de estos comités están facultados para admitir reclamaciones individuales y formular recomendaciones a los Estados respectivos, atribuciones que han aumentado de manera paulatina. Estos comités han sido reconocidos por los Estados iberoamericanos, los que tienen la obligación de enviar, a los mismos, informes sobre la situación de los diversos derechos. El más importante de dichos comités es el de Derechos Humanos, formado por 18 expertos elegidos a título individual, por un período de cuatro años, con reelección. Está regulado por el Protocolo Facultativo del Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos, que ha sido reconocido por casi todos los gobiernos de Iberoamérica.

7. A lo anterior deben agregarse los dos órganos que dependen del Ecosoc (Consejo Económico y Social): el actualmente Consejo de Derechos Humanos, de reciente creación, que sustituyó a la anterior Comisión de Derechos Humanos, y que se integran por representantes de los Estados, cuya primera Presidencia la ocuparon los representantes de México. Como dependiente del organismo anterior se estableció como un, órgano técnico a la Subcomisión (anteriormente de Prevención de Discriminaciones y Protección de Minorías), actualmente de “Promoción y Protección de los Derechos Humanos”, que se forma por 26 expertos de cinco regiones).

8. Finalmente, debe señalarse que la Organización de las Naciones Unidas cuenta con varios tribunales, entre los cuales destaca la Corte Internacional de Justicia, y recientemente la Corte Penal Internacional, así como algunos creados por el Consejo de Seguridad con el objeto de sancionar a los acusados de genocidio y crímenes contra la humanidad, como los de Yugoslavia y de Ruanda. Aun cuando la Corte Internacional de Justicia tiene como función esencial la solución de conflictos entre Estados, en algunos casos las controversias son sobre aplicación de derechos humanos.<sup>2</sup>

9. Además de los anteriores, se han creado tres tribunales regionales, dos de ellos con comisiones que se encargan de recibir las reclamaciones y formular recomendaciones, así como presentar los casos ante las cortes respectivas. Es decir, cortes Europea, Interamericana y Africana, esta última todavía en vías de operación, ya que su estatuto ya ha sido aprobado, y en 2006 se han designado los jueces que deben integrarla, pero todavía no se establece el lugar de su residencia. Estos organismos están vinculados con “tres organizaciones regionales”: el Consejo de Europa, la Organización de los Estados Americanos y la Carta de la Unidad Africana de 1963. Estos tres tribunales son la vía de solución definitiva de los planteamientos de violación de los derechos humanos, y corresponden a tres Convenciones: la Europea (Roma, 1950, en vigor en 1953); Americana (San José, 1969, en vigor en 1978), y la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981 en vigor en 1986). En

<sup>2</sup> En los casos de los hermanos alemanes Lagrand residentes en los Estados Unidos, que fue promovido por la República Federal de Alemania contra el gobierno de Estados Unidos, resuelto por la Corte Internacional de Justicia el 27 de junio de 2001, dando razón a la promovente, en el sentido de que no se había dado cumplimiento a la obligación establecida por el artículo 36, párrafo 1, inciso *h* de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares del 24 de abril de 1963, de informar a los extranjeros acusados de delitos graves, de la posibilidad de acudir al respectivo cónsul de su país para su asistencia en la defensa judicial, con lo cual se infringía el derecho del debido proceso establecido por otros tratados internacionales suscritos por los dos países contendientes. Una sentencia posterior, del 31 de marzo de 2004, en el caso denominado Avena y otros, planteado por el gobierno de México ante la misma Corte Internacional de Justicia contra los Estados Unidos por el mismo motivo, también le dio la razón al gobierno mexicano por las mismas razones que en la controversia anterior. *Cfr.* Gómez Robledo V., Juan Manuel, “El caso Avena y otros nacionales mexicanos (México contra los Estados Unidos de América)”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, V, México, UNAM, 2005, pp. 178-220.

América y África, actúan como órganos de instrucción, las Comisiones respectivas; en Europa funcionó desde 1954 hasta 1998, ya que fue suprimida por el Protocolo núm. 11, que entró en vigor el primero de noviembre de 1998, en la cual se estableció el acceso directo de los afectados ante la misma Corte, la que se transformó en permanente.<sup>3</sup> En cuanto a la Corte Africana, que como hemos dicho todavía no entra en funcionamiento, ha despertado el interés de la doctrina no sólo de ese continente sino también de otras regiones, en las cuales han realizado por varios

<sup>3</sup> Como la bibliografía sobre estos sistemas regionales es muy abundante, citaremos únicamente las más recientes. Por lo que respecta al sistema europeo, que fue el primero en aparecer, se pueden considerar como los estudios más recientes: Marguenaud, Jean Pierre, *La Cour européenne des droits de l'Homme*, 3a. ed., París, Dalloz, 2005; Brage Camazano, Joaquín, "Strasburgum causa finita. El amparo intereuropeo ante el Tribunal de Estrasburgo, última instancia de tutela de los derechos fundamentales en Europa"; Fix-Zamudio, Héctor, "La Corte Europea de Derechos Humanos y el derecho de amparo internacional", y Morenilla Allard, "El proceso de amparo ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", los tres en Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *El derecho de amparo en el mundo*, México, UNAM-Porrúa-Konrad Adenauer Stiftung, 2006, pp. 1035-1220; Carrillo Salcedo, Juan Antonio, "Problemas que enfrenta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la actualidad y remedios posibles"; Duarte, María Luisa, "O Direito de União Europeia e o Direito dos Direitos do Homem - uma defesa do triângulo judicial europeu"; Salado Osuna, Ana, "Efectos y ejecución de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo", estos últimos en Pérez Royo, Javier *et al.* (eds.), *Derecho constitucional para el siglo XXI*, Cisar Menor. Navarra, Thomson-Aranzadi, 2006, t. I, pp. 1707-1746; 1747-1767, y 1833-1850, respectivamente. Por lo que se refiere al sistema interamericano, se pueden mencionar como estudios recientes: Fix-Zamudio, Héctor, "Notas sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", en García Belaunde, Domingo y Fernández Segado, Francisco (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997, pp. 165-224, *Ibidem*, "La Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Ovalle Favela, José (ed.), *Administración de justicia en Iberoamérica y sistemas judiciales comparados*, México, UNAM, 2006; Faúndez Ledesma, Héctor, *El Sistema Americano de Protección de los Derechos Humanos*, 2a. ed., San José, Costa Rica; Cançado Trindade, Antonio Augusto y Ventura Robles, Manuel E., *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos-Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 2003; *Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo 1979-2004*, San José, Costa Rica, Organización de los Estados Americanos-Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005; García Ramírez, Sergio, *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM, vol. I de 2001, vol. II de 2006.

años esta actividad tutelar de los derechos humanos los organismos jurisdiccionales que hemos mencionado con anterioridad.<sup>4</sup>

10. B) Se puede hacer una breve referencia a los otros sectores estrechamente vinculados con los derechos humanos en sentido propio, que son los relativos al “derecho humanitario y el de los refugiados”. La primera categoría, que como se ha mencionado anteriormente, comprende los derechos humanos afectados durante las situaciones de emergencia tanto internas como internacionales, que han sido tan frecuentes en los últimos años. Este sector ha sido desarrollado por la Comunidad Internacional debido a la constante promoción del Comité Internacional de la Cruz Roja, la que se apoya en las diversas secciones nacionales. Con motivo de esta meritoria labor, se aprobó en Suiza el primer convenio suscrito en 1864, que se desarrolló posteriormente por medio de cuatro convenciones suscritas en la ciudad de Ginebra, del mismo país, que constituyen la base fundamental del derecho humanitario, y que ha continuado su evolución de acuerdo con los numerosos conflictos que se han presentado en los siguientes años, y por este motivo se hizo necesario revisar, en una Conferencia Internacional efectuada también en Suiza en 1974, los Convenios de 1949, que fueron adicionados por dos nuevos protocolos; el primero relativo a los conflictos internacionales y las guerras de descolonización, el segundo, que contiene normas relativas a “conflictos internos que rebasen la situación de simples disturbios”.

11. Como una breve referencia al “derecho de los refugiados” se puede señalar que este sector del concepto amplio de los derechos humanos se fundó con dificultad en la primera posguerra, debido a la insistente

<sup>4</sup> Entre los estudios más recientes pueden mencionarse: Mascareñas Gómez Monteiro, Antonio Manuel, “La Charte Africaine des Droits de l’Homme et des Peuples”, *Judicial Protection of Human Rights at National and Level*, Milán, Giuffrè, 1991, t. I, pp. 467-483; Buergenthal, Thomas, Grossman, Claudio y Nikken, Pedro, *Manual internacional de derechos humanos*, Caracas-San José, Instituto Interamericano-Editorial Jurídica Venezolana, 1990, pp. 115-127; Murray, Rachel, *The African Commission on Human and Peoples Rights and International Law*, Oxford-Portland, Oregon, Hart Publishing, 2000, en el cual se destaca la combinación de las estructuras tradicionales y la influencia de las occidentales, así como las diferencias que dicha mezcla produce en la labor de la citada Comisión Africana, pp. 33-47; Saavedra Álvarez, Yuria, *La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Organización y funcionamiento*, tesis de licenciatura, México, 2004; Odimba, Jean Cadet, “Protección de los derechos fundamentales en África”, *El derecho de amparo en el mundo*, cit. pp. 945-984; del mismo, *Protección regional de los derechos humanos. Comparado*, México, Porrúa, 2006, pp. 27-123.

promoción del doctor Fridthof Hansen (1861-1930), delegado de Noruega a la Liga de las Naciones, la que surgió en 1919 con motivo de los Tratados de Paz de Versalles al terminar la Primera Guerra Mundial. Como la citada Sociedad de Naciones surgió débil por la desunión de los países en aquel entonces, no fue sencillo acoger las meritorias iniciativas del doctor Hansen ante dicha organización, en beneficio de millones de refugiados de todo el mundo, que se habían visto obligados a abandonar sus lugares de residencia debido a los constantes conflictos surgidos en esa primera posguerra, y que culminaron con la todavía más destructiva Segunda Guerra Mundial iniciada en 1939. No obstante las dificultades, el doctor Hansen en 1921 logró, con el acuerdo de las potencias más importantes, establecer el llamado *Pasaporte Hansen*, que protegió a los desplazados de 26 países, entre ellos los de la naciente Unión Soviética, y en 1922 logró que la misma sociedad de las naciones le entregara más de diez millones de libras esterlinas, para lograrles asentamientos seguros. Debido a esa importante labor, el doctor Hansen fue designado Primer Comisionado de los Refugiados de las Liga de las Naciones, y además le fue conferido muy merecidamente el Premio Nobel de la Paz en 1923.

12. Durante la Segunda Guerra Mundial las hostilidades provocaron el desplazamiento de un número creciente de personas en Europa, por lo que 43 países decidieron establecer en 1943 la Agencia de las Naciones Unidas para el Auxilio y la Rehabilitación (UNRAA), encargada de la repatriación de las personas que no tenían ninguna otra posibilidad de solución. Sus funciones terminaron hasta 1947, después de haber repatriado siete millones de personas.

13. El 15 de diciembre de 1946, con antelación a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, la Asamblea General de las Naciones Unidas estableció por conducto de un Estatuto Provisional, y año y medio de duración, la Organización Internacional de Refugiados (OIR), que fue sustituida de manera definitiva con la designación, el 13 de diciembre de 1949, por parte de la de la Asamblea General de un Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, cuyo Estatuto fue aprobado por la misma Asamblea General de 14 de diciembre de 1950, y recibió desde entonces el nombre de *ACNUR*, cuya oficina inició sus actividades el 1o. de enero de 1951. Este organismo fue perfeccionado de manera paulatina, ya que el 26 de julio de ese mismo año de 1951 fue aprobada en Ginebra, Suiza, la Convención Relativa a los Derechos de

los Refugiados, que protegía a los desplazados hasta el primero de enero de ese año, por lo que fue necesario suscribir por la Asamblea General el 31 de enero de 1967, y en la ciudad de Nueva York, el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, que protege los derechos de los refugiados que han surgido con posterioridad de esa fecha.

## II. LA PROGRESIVA Y CONSTANTE INFLUENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL EN LAS CONSTITUCIONES IBEROAMERICANAS

14. De manera paulatina, también a partir de la segunda posguerra, las Constituciones de Iberoamérica incorporaron con mayor intensidad las normas de derecho internacional convencional y consuetudinario, y otorgaron a las relativas a los derechos humanos preeminencia dentro del derecho internacional.

15 Si se observa dicha evolución se puede señalar que la mayor penetración del derecho internacional ha sido en el campo de los derechos humanos, ya que si bien se estableció una jerarquía superior al derecho internacional general sobre el derecho interno, esa jerarquía se fortaleció respecto del “derecho internacional de los derechos humanos”.

16. Es posible señalar que desde un punto de vista panorámico existen tres categorías de esa incorporación en las Constituciones nacionales: *a)* tienen preeminencia sobre el derecho interno, pero inmediatamente por debajo de las normas constitucionales, y aquí podemos señalar varios ejemplos: Portugal, España, Guatemala, Costa Rica, El Salvador, Honduras, y Nicaragua y México; *b)* reconocimiento expreso o implícito de la equiparación de las normas de derecho internacional a nivel constitucional nacional: Argentina, reforma de 1994; Brasil (1998); Colombia, de manera implícita (Carta de 1991); Perú (Carta de 1979, pero no en la vigente de 1993), y Venezuela (Constitución de 1999); *c)* la doctrina sostiene que puede advertirse la tendencia de conferir a tal derecho internacional de los derechos humanos un carácter superior a las mismas normas constitucionales internas).<sup>5</sup>

17. En esta dirección es conveniente destacar la evolución que ha tenido el derecho internacional convencional en las Constituciones de Ibero-

<sup>5</sup> Cfr. Ayala Corao, Carlos M., *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a los derechos humanos y sus consecuencias*, México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, 2003.

américa, y particularmente en los ordenamientos latinoamericanos, ya que en nuestra región se había otorgado tradicionalmente un rango secundario a los tratados internacionales en general, incluyendo los relativos a los derechos humanos, pero esta situación ha evolucionado, en ocasiones con celeridad, hacia el reconocimiento de su nivel jerárquico superior al de las normas internas. En esta materia podemos destacar tres corrientes:<sup>6</sup> *a*) en la primera se ha señalado a los tratados internacionales en general una situación jerárquica superior a las normas ordinarias, pero inmediatamente inferior a las normas constitucionales (y como ejemplo podemos citar la decisión de la Suprema Corte mexicana que modificó la jurisprudencia tradicional en 1999);<sup>7</sup> *b*) un segundo sector académico señala el criterio mayoritario que otorga a los “tratados de derechos humanos” la misma jerarquía de las normas constitucionales, ya sea expresamente, como en la Carta peruana de 1979; en la reforma constitucional argentina de 1994 y en la ley suprema venezolana de 1999, o en ocasiones de manera implícita, y *c*) finalmente, se puede mencionar una corriente doctrinal que sostiene que dichas disposiciones internacionales poseen una categoría superior a la de los preceptos constitucionales internos. Debe destacarse que en la carta fundamental venezolana de 1999, además de establecer, como se ha dicho, que los tratados internacionales de derechos humanos tienen la misma categoría que las normas constitucionales, dispone además que, en caso de conflicto con los derechos constitucionales internos, se confiere primacía a las “normas más favorables a los afectados ya sean nacionales o internacionales”.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> *Idem.*

<sup>7</sup> Este criterio jurisprudencial se estableció por unanimidad de diez votos al resolver el Tribunal en Pleno el 11 de mayo de 1999, el amparo en revisión 1475/98, promovido por el Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo, tesis LXXVII/99, publicada en el *Informe de Labores de la Suprema Corte de Justicia, 1999*, pp. 841-843. Pueden consultarse los agudos comentarios sobre esta tesis realizados por los juristas mexicanos, Becerra Ramírez, Manuel; Carpizo, Jorge; Corzo, Edgar y López-Ayllón, Sergio. En *Cuadernos Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 3, julio-diciembre de 2000, pp. 169-208.

<sup>8</sup> El artículo 26 de la Constitución Política de Venezuela establece que: “Los tratados pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa

18. Si bien la incorporación de los tratados, así como de las costumbres internacionales en los ordenamientos nacionales, se inició en Europa occidental, inclusive en la primera posguerra, en cuanto que el artículo de la Constitución alemana de Weimar del 11 de agosto de 1919 disponía en su artículo 4o., que: “Las reglas del derecho internacional generalmente reconocidas, forman parte del Reich (Estado) alemán”, y un precepto similar estaba regulado por el artículo 9o. de la carta federal austriaca en su texto original de 1921. En la segunda posguerra se ha seguido la misma tendencia, inclusive con mayor vigor en las cartas constitucionales europeas, y al efecto podemos citar como ejemplo el artículo 25 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949, que establece, sobre esta materia, que “Las normas generales del derecho internacional público constituyen parte integrante del derecho federal, tendrán primacía sobre las leyes y crearán derechos de modo inmediato para los habitantes del territorio federal”.

19. Continúan en esta dirección otras cartas supremas, como la Italiana de 1948, y la austriaca de 1929, que fue restablecida en 1945,<sup>9</sup> y esta influencia del derecho internacional se ha extendido también a otros ordenamientos europeos, entre los cuales destacan dos países que sufrieron largas dictaduras, y que al restaurarse el sistema democrático se han incorporado a los ejemplos anteriores en sus textos constitucionales, nos referimos a las cartas de Portugal (1976-1982) y de España (1978).

20. El artículo 1o., inciso 2 de la carta española, establece: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y *los tratados y acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por España*” (las cursivas son del autor).<sup>10</sup> Además, debe tomarse en consideración lo

por los tribunales y demás órganos del poder público constitucional” (las cursivas son del autor).

<sup>9</sup> El artículo 10 de la Constitución de la República Italiana de 1947 dispone, en lo conducente, “El ordenamiento jurídico italiano se sujetará a las normas de derecho internacional generalmente reconocidas (...)”. A su vez el artículo 9o. de la Constitución austriaca de 1929, restablecida en 1945 y reformada varias veces con posterioridad, establece en la parte relativa de su artículo 9o. “1. Se consideran parte integrante del ordenamiento federal las normas generalmente reconocidas del derecho internacional (...)”.

<sup>10</sup> Cfr. Fernández Segado, Francisco, *Manual de derecho constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992, pp. 240-339; Torres del Moral, Antonio, *Principios de derecho constitucional español*, 2a. ed., Madrid, Átomo Ediciones, 1998, t. I, pp. 231-234; Jiménez



dispuesto por el artículo 96, inciso I, de dicha carta fundamental, en el sentido de que:

Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España “formarán parte del derecho interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista por los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional (...)”.

21. Por lo que respecta a la ley fundamental portuguesa, en su artículo 80. vigente se dispone al respecto:

*(Del Derecho internacional)*. 1. Las normas y los principios del Derecho internacional general o común forman parte integrante del derecho portugués. 2. Las normas vigentes de los convenios internacionales ratificados o aprobados regirán en el derecho interno una vez que se haya publicado oficialmente y en la medida que obliguen internacionalmente al Estado Portugués. 3. *Regirán directamente en el ámbito interno las normas emanadas por los órganos competentes de las organizaciones internacionales de las que forme parte Portugal, con tal que así esté establecido en los respectivos tratados constitutivos* (las cursivas son del autor).

22. De manera específica en cuanto a los derechos humanos, la carta fundamental de Portugal dispone:

*(Del ámbito y sentido de los derechos humanos)*. 1. Los derechos fundamentales proclamados en la Constitución *no excluyen cualesquiera otros que resulten de las leyes y de las normas aplicables del Derecho internacional*. 2. *Los preceptos constitucionales y legales relativos a los derechos fundamentales deberán ser interpretados e integrados en armonía con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre* (ese precepto es muy similar al de la Constitución española citado anteriormente) (las cursivas son del autor).

23. En los ordenamientos latinoamericanos se ha efectuado una evolución similar al tomar en cuenta el desarrollo europeo de incorporación interna de los tratados internacionales, como se ha señalado con anterioridad. Para destacar esta evolución se pueden citar varios ordenamientos

constitucionales latinoamericanos que han consagrado, con diversas modalidades, la jerarquía superior de los tratados de derechos humanos incorporados al derecho interno, respecto de las disposiciones legislativas nacionales, pero con algunas variantes en el nivel de los primeros respecto de las segundas.

24. a) En primer término y en esta dirección debe citarse el artículo 46 de la Constitución guatemalteca de 1985, el cual preceptúa: «Preeminencia del derecho internacional». Se establece el principio general de que *en materia de derechos humanos*, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno”.

b) A su vez, el artículo 7o., primer párrafo, de la carta fundamental de Costa Rica de 1949 dispone: “Los tratados públicos, las convenciones internacionales y los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, *autoridad superior a las leyes*” (en ambos preceptos las cursivas son del autor). Respecto del segundo artículo mencionado, éste se refiere a los instrumentos internacionales en general, pero aun cuando se señala expresamente la jerarquía superior de los mismos se aplica con mayor razón a los relativos a los derechos humanos, y todos ellos, pero especialmente estos últimos, se aplican constantemente por los tribunales costarricenses, en especial por la Sala Constitucional de ese país.

25. c) En la carta suprema de Colombia de 1991 se establece, en el artículo 93, el siguiente precepto, cuya parte final se inspira en el principio establecido por los artículos 16 y 10, respectivamente de las Constituciones de Portugal y de España, mencionados con anterioridad:

Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso que reconocen *los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el derecho interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales ratificados por Colombia* (las cursivas son del autor).

26. d) La situación de predominio es todavía más evidente cuando se reconoce de manera expresa la jerarquía constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos, como ocurre en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución argentina, reformada sustancialmente el 22 de agosto de 1994. En la primera parte de dicho artículo (que es bastante extenso y se refiere a las facultades legislativas del Congreso Nacional), se

dispone, en principio, la naturaleza superior de los tratados internacionales y de los concordatos, pero confiere “rango constitucional” a algunos instrumentos sobre “derechos humanos” al señalar de manera precisa:

(...) en las condiciones de su vigencia tienen *jerarquía constitucional*, no derogan artículo alguno de la Primera Parte de esta Constitución (que se refiere a los derechos humanos consagrados por dicha parte de la Ley Suprema), y deben entenderse *complementarios* de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo, previa aprobación de dos terceras partes de los miembros de las Cámaras. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos (no mencionados expresamente en dicho precepto), luego de ser aprobados por el Congreso requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para poder gozar de la jerarquía constitucional (las cursivas son del autor).<sup>11</sup>

27. e) El artículo 105 de la Constitución peruana anterior de 1979, establecía de manera expresa: “Los preceptos contenidos en los tratados relativos a los derechos humanos, tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución”.<sup>12</sup> Sin embargo, en la carta fundamental vigente de 1993 se suprimió dicho precepto, y en su lugar se introdujo la disposición final cuarta, la cual dispone que las normas relativas a los derechos y las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias, ratifica-

<sup>11</sup> Los instrumentos internacionales enumerados de manera expresa por la citada norma de la Constitución argentina son los siguientes: la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; El Pacto Internacional sobre Derechos Sociales, Económicos y Culturales; el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Protección y Sanción del Delito de Genocidio; la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes y la Convención sobre los Derechos del Niño”. Cfr. Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar, 1997, t. I, pp. 99-297.

<sup>12</sup> Cfr. García Sayán, Diego, “Constitución política y política exterior”, *La Constitución diez años después*, Lima, Constitución y Sociedad-Fundación Friedrich Naumann, 1989, pp. 205-221.

dos por el Perú, norma que también se inspira en los mencionados artículos 16 y 10 de las cartas portuguesa y española.<sup>13</sup>

28. f) En esta dirección, también debemos destacar la parte relativa del artículo 5o. de la Constitución chilena de 1980, reformada por el plebiscito del 30 de julio de 1989, y que conserva la modificación constitucional de 1995: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución, *así como en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes*<sup>14</sup> (las cursivas son del autor).

29. g) Se advierte la propensión a conferir rango constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos en el artículo 142 de la Constitución de Paraguay de 1992, en la cual se establece que: “Los tratados internacionales relativos a los derechos humanos no podrán ser denunciados sino por los procedimientos que rigen para la enmienda de la Constitución”. A nuestro modo de ver, lo anterior equivale a disponer de manera implícita que dichos tratados poseen un rango similar al de las normas fundamentales, lo que en cierta manera se asemeja a lo que disponía el artículo 105 de la Constitución peruana de 1979 (véase, *supra*, párrafo 27), y establece actualmente el artículo 75, inciso 22, de la carta argentina reformada en 1994 (véase, *supra*, párrafo 26).

30. h) También debe destacarse lo dispuesto por el artículo 5o., párrafo LXXVII, inciso 2o. de la Constitución brasileña vigente, de octubre de 1988, de acuerdo con el cual “Los derechos y garantías expresados en esta Constitución no excluyen otros derivados del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los *tratados internacionales en que sea parte la República del Brasil*” (as cursivas son del autor). Lo anterior significa, en mi concepto, que los derechos consagrados en dichos tratados forman parte de manera implícita de los que tienen carácter fundamental y han sido consagrados expresamente por dicha ley suprema, en el supuesto de que los primeros amplíen y complementen a los segundos.

<sup>13</sup> Cfr. Curlizza, Javier, “La inserción y jerarquía de los tratados en la Constitución de 1993: retrocesos y conflictos”, *La Constitución de 1993. Análisis y comentario, II*, Lima, Comisión Andina de Juristas-Konrad Adenauer Stiftung, 1995, pp. 56-83.

<sup>14</sup> Cfr. Blanc Renard, Neville *et al.*, *La Constitución chilena*, Valparaíso, Universidad Católica, 1990, t. I, pp. 36-40.

31. i) La carta fundamental de Venezuela de 1999 siguió el ejemplo de las Constituciones de Perú de 1979 y de la reforma constitucional argentina de agosto de 1994, pues reconoció de manera expresa la *jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos* en su artículo 23, el cual preceptúa:

Los tratados, pactos y convenciones relativas a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la ley de República, y son de aplicación directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.<sup>15</sup>

32. Como puede observarse, en la mayoría de los ordenamientos constitucionales latinoamericanos se advierte una tendencia cada vez más acentuada para otorgar a los tratados internacionales, en general, una jerarquía superior a las normas ordinarias, y específicamente a aquellos que consagran derechos humanos, ya que en cuanto a estos últimos existe la tendencia de otorgarles una categoría equivalente a las disposiciones constitucionales (ya sea de manera expresa o implícita), o al menos inmediatamente inferior a la de las normas fundamentales.<sup>16</sup>

33. En el ordenamiento constitucional mexicano no se ha iniciado todavía un desarrollo similar, ya que se había impuesto, por muchos años en la jurisprudencia y en la doctrina tradicionales, el criterio inspirado en el artículo VI de la Constitución de los Estados Unidos, precepto que casi literalmente se consagró en el artículo 126 de la Constitución Federal de 1857, y con ligeras variantes ese texto fue incorporado al artículo 133

<sup>15</sup> Cfr. Brewer-Carías, Allan R., *La Constitución de 1999 comentada*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1999, p. 161. El autor considera que el citado precepto transcrito debe considerarse como una de las grandes innovaciones de esa carta fundamental.

<sup>16</sup> Sobre esta tendencia a la jerarquía superior de los tratados internacionales, especialmente los que consagran derechos fundamentales, pueden consultarse, entre otros, Fix-Zamudio, Héctor, “El derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *The Modern World of Human Rights. El mundo moderno de los derechos humanos, Essays in Honor. Ensayos en honor, Thomas Buergenthal*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de los Derechos Humanos, 1996, pp. 159-207; Ayala Corao, Carlos M., *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*, cit.

de la carta fundamental vigente.<sup>17</sup> De acuerdo con esta norma, la Corte Federal de Norteamérica y la Suprema Corte mexicana establecieron interpretaciones similares, en el sentido de que una vez aprobados los citados tratados internacionales, ratificados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado, debían equipararse a las leyes federales.<sup>18</sup>

34. Sin embargo, en fecha reciente la Suprema Corte de Justicia modificó esta interpretación tradicional sobre la equiparación de los tratados a las leyes federales y estableció una nueva tesis, en el sentido de que “los tratados internacionales se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano, respecto de la Constitución Federal”. Este nuevo criterio significa una apreciación más moderna del mencionado artículo 133 constitucional, y se apoya esencialmente, entre otros argumentos, en que los compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto, y comprometen a todas las autoridades frente a la comunidad internacional, y, por lo tanto, en esta materia no existe limitación de competencias entre la Federación y las entidades federativas.<sup>19</sup>

35. Considero que una “interpretación progresiva”, en especial en el campo del derecho internacional de los derechos humanos, puede conducir, aun sin modificar el citado precepto de la carta federal mexicana, hacia la incorporación de los derechos humanos consagrados por los tratados internacionales ratificados por nuestro país (que han sido muy numerosos en los últimos años), en los términos del citado artículo 133 constitucional, como parte integrante de los preceptos constitucionales que establecen derechos fundamentales, cuando no los contradigan o los limiten, sino por el contrario, los complementen y los desarrollen. En tales condiciones, y en mi concepto, los derechos de fuente internacional, pero integrados a nuestro ordenamiento interno, cuando impli-

<sup>17</sup> En su primer párrafo, el citado artículo 133 de la ley fundamental de México establece: “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 la Unión (...)”.

<sup>18</sup> Cfr. Carpizo, Jorge, “La interpretación del artículo 133 constitucional”, *Estudios de derecho constitucional*, 8a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2003, pp. 22-24, Fix-Zamudio, Héctor y Carmona Valencia, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 5a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2007, pp. 70-79.

<sup>19</sup> Cfr. *supra* nota 7.

quen condiciones más favorables para los gobernados respecto de los establecidos en nuestra carta federal, “deben considerarse al mismo nivel jerárquico de los preceptos de la Constitución mexicana que establecen los propios derechos fundamentales”.

### III. LA EVOLUCIÓN DE LOS INSTRUMENTOS CONSTITUCIONALES PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LOS TRIBUNALES, CORTES Y SALAS CONSTITUCIONALES EN LOS ORDENAMIENTOS DE IBEROAMÉRICA

36. En la actualidad la función de mayor trascendencia de los organismos jurisdiccionales especializados en la solución de conflictos constitucionales en los ordenamientos iberoamericanos consiste en la protección de los derechos humanos tanto constitucionales como de fuente internacional. Es preciso señalar la dolorosa experiencia tanto histórica como reciente de la violación sistemática y generalizada de tales derechos fundamentales, realizada por los caudillos que establecieron una tradición autoritaria durante el siglo XIX, así como por los gobiernos castrenses que predominaron en varios de los países de nuestra región durante los años sesenta a los ochenta del siglo XX, que con algunas recaídas parecen haber sido superados en la actualidad, con la consolidación mayoritaria de gobiernos tendencialmente democráticos. Para contrarrestar dichas violaciones se han establecido “numerosos instrumentos protectores” de los derechos de la persona humana, más elaborados que los que imperan en otras regiones del mundo.

37 Por ello, el carácter distintivo del sistema jurisdiccional constitucional iberoamericano se apoya en la creación de instrumentos procesales específicos para la protección de los derechos humanos, diversos del hábeas corpus (que tiene origen angloamericano), y entre ellos se debe destacar especialmente el “derecho de amparo”, que surgió en el derecho mexicano en el siglo XIX, pero que ha tenido una ostensible trascendencia en numerosos ordenamientos latinoamericanos, así como también en España, y además se ha consagrado en algunos instrumentos internacionales de derechos humanos.

38. Si bien el recurso o acción de hábeas corpus tiene su origen en el derecho angloamericano, ya que surgió como es sabido, en la Edad Media en Inglaterra, y se desarrolló paulatinamente hasta culminar en la Ley

de Hábeas Corpus de 1679, como instrumento procesal para la protección específica de la libertad de movimiento y de la integridad personales.<sup>20</sup> Este instrumento se trasladó a la legislación y jurisprudencia de las colonias inglesas en América, y de ahí a las Constituciones locales de Estados Unidos (con una breve referencia en la carta federal de 1787). Esta evolución, ya sea directamente de la legislación inglesa o de los ordenamientos norteamericanos, se incorporó paulatinamente a los países de Latinoamérica, con el nombre original o bien como exhibición personal o amparo de la libertad. En nuestra región procede para combatir restricciones a la libertad física o la integridad de las personas detenidas por autoridades administrativas y excepcionalmente contra decisiones de carácter judicial.<sup>21</sup> También esta institución tutelar fue establecida con ese nombre en la Constitución Española de 1978.<sup>22</sup>

39. De manera diversa, y también con el antecedente de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes del derecho norteamericano, pero además con influencia tanto española como francesa, el “derecho de amparo debe considerarse como una creación latinoamericana la cual se inició en el ordenamiento constitucional mexicano en tres etapas: a) La primera en la Constitución del Estado de Yucatán del 31 de marzo de 1841, cuyo proyecto fue elaborado por el ilustre jurista y político yucateco Manuel Crescencio García Rejón y Alcalá, estimado, con toda razón como uno de los creadores de la máxima institución procesal mexicana y también el primero en Latinoamérica que inició la consagración legal de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, y que mencionó expresamente haberse inspirado en el sistema norteamericano por conducto del clásico libro del pensador francés Alexis de Tocqueville *La democracia en América del norte*, que se divulgó en nuestra región por conducto de la traducción castellana de D. A. Sánchez de Bustamante,

<sup>20</sup> Cfr. Holdsworth, Sir William, *A History of English Law*, vol. 1, Londres, 1966, pp. 227-228; Sharpe, R. J., *The Law of “Habeas Corpus”*, Oxford, Oxford University Press, 1976, pp. 1-7.

<sup>21</sup> Cfr. Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional. Hábeas Corpus*, 2a. ed., Buenos Aires, 1988, pp. 51-58; Fix-Zamudio, Héctor, “La justicia constitucional en América Latina”, *Lecturas constitucionales andinas*, Lima, Comisión Andina de Juristas, pp. 19-24; García Belaunde, Domingo, *El hábeas corpus en el Perú*, Lima, Universidad Mayor de San Marcos, 1979, y Borea Odría, Alberto, *Las garantías constitucionales: hábeas corpus y amparo*, Lima, 1992.

<sup>22</sup> Cfr. Gimeno Sendra, Vicente, *Hábeas corpus*, Madrid, Tecnos, 1995.



aparecida en París en 1836, obra bien conocida por los juristas latinoamericanos de esa época.<sup>23</sup>

40. b) En el ámbito nacional, el amparo fue establecido en el documento denominado Acta Constitutiva y de Reformas del 18 de mayo de 1847 (que introdujo modificaciones a la Constitución Federal de 1824), documento que tuvo su origen en un voto particular, elaborado por el notable jurista mexicano Mariano Otero al dictamen de la Comisión de Constitución del Constituyente de 1846-1847;<sup>24</sup> c) La tercera y última fase se desarrolló en las discusiones del Constituyente de 1856-1857, en las cuales se citó con frecuencia la revisión judicial norteamericana y su divulgación por Alexis de Tocqueville. El juicio de amparo se consagró definitivamente en los artículos 101 y 102 de la Constitución de 1857, y de ahí pasó a los actuales artículos 103 y 107 de la vigente carta federal de 1917, el segundo precepto modificado en varias ocasiones posteriores.

41. La intención de los creadores del amparo fue trasplantar al ordenamiento mexicano la revisión judicial norteamericana pero extendida a la tutela de los actos y no sólo a la impugnación de la constitucionalidad de las disposiciones legislativas. Sin embargo, al implantarse una institución angloamericana en un ordenamiento de tradición romanista, debido a tres siglos de dominación española, lo que en su origen era considerado como un principio, con independencia de la vía judicial en la que se planteara la cuestión constitucional, se transformó en un procedimiento específico.<sup>25</sup> Dicho procedimiento fue regulado en México por diversas leyes de amparo (1861, 1869, 1882), se incorporó posteriormente a los Códigos de Pro-

<sup>23</sup> Cfr. *Homenaje a don Manuel Crescencio Rejón*, México, Suprema Corte de Justicia, 1960; Fix-Zamudio, Héctor "Algunos aspectos de la vida jurídica de Manuel Crescencio García Rejón", *Edición conmemorativa Medio Siglo de la Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, UNAM, 1991, pp. 488-501.

<sup>24</sup> La bibliografía al respecto es amplia, pero nos limitamos a citar el estudio de Fix-Zamudio, Héctor, *Acta Constitutiva y de Reformas de 1847*, Santa Fe de Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales-Universidad Externado de Colombia, Temas de Derecho Público, núm. 46, 1967, pp. 46-60, reproducido posteriormente en Patricia Galeana (coord.), *México y sus Constituciones*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica-Archivo General de la Nación, 2003, pp. 198-242.

<sup>25</sup> Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "The Confluence of Common Law and Continental European Law in the Mexican Writ of Amparo", *The Mexican Forum-El Foro Mexicano*, Institute of Latin American Studies, The University of Texas in Austin, octubre de 1983, pp. 4-8; *ibidem*, "El juicio de amparo mexicano y el derecho constitucional comparado", *Studi in onore di Paolo Biscaretti di Ruffia*, Milán, Giuffrè, 1987, t. I, pp. 413-460.

cedimientos Civiles de 1897 y 1908, y con base en la carta federal vigente de 1917 se expidieron las leyes de amparo de 1919 y la actual de 1936, con numerosas reformas posteriores.<sup>26</sup>

42. El juicio de amparo mexicano se convirtió con el tiempo en un conjunto de procesos, entre los cuales destaca la creación de un recurso de casación federal contra las resoluciones de todos los jueces y tribunales del país, que se concentró primeramente en la Suprema Corte de Justicia, lo que provocó un impresionante rezago, el cual trató de corregirse en las reformas constitucionales y legales de 1951 y 1968. Las de 1951 crearon los tribunales colegiados de circuito en materia de amparo, y las de 1968 traspasaron parte importante de dichos juicios de amparo de la Suprema Corte de Justicia a los citados tribunales, hasta que finalmente en las reformas constitucionales y legales de 1988 y 1995 se otorgó a la propia Suprema Corte la exclusividad en el conocimiento de las cuestiones de constitucionalidad, y los juicios de amparo en los cuales se discuten violaciones de legalidad se encomendaron en su totalidad a dichos tribunales colegiados de circuito, cuyo número ha aumentado de manera considerable, como se ha señalado anteriormente (véanse, *supra*, párrafos 87 a 89, con la bibliografía allí citada).

43. Pero la figura histórica del juicio de amparo mexicano que en sus comienzos tenía por objeto la impugnación ante los tribunales federales y en último grado ante la Suprema Corte de Justicia, de los actos y las disposiciones legislativas que infringieran los derechos fundamentales establecidos en la Constitución, primero de carácter individual, y a partir de la carta fundamental vigente de 1917, también los de naturaleza social, ha tenido una gran influencia en numerosos ordenamientos latinoamericanos que lo han consagrado con la misma denominación (la que proviene de la tradición hispánica común a todos ellos), y posteriormente con nombres similares o equivalentes, instrumentos que tutelan los derechos humanos, en varios de ellos con exclusión de la libertad e integridad personales, protegidos por el hábeas corpus.

44. Una vez establecido en México el juicio de amparo en la citada Constitución Federal de 1857, en su versión original de instrumento tutelar de los derechos fundamentales contra actos o disposiciones legis-

<sup>26</sup> Cfr. El documentado estudio realizado por Soberanes Fernández, José Luis, *Evolución de la Ley de Amparo*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1994.

lativas de cualquier autoridad que violara tales derechos, incluyendo la libertad y la integridad personales (y por tanto abarcó desde sus inicios también al hábeas corpus), trascendió a varios ordenamientos latinoamericanos, primero en los de Centroamérica, ya que el primer país que introdujo el amparo de acuerdo con el modelo mexicano fue la República de El Salvador, en su Constitución y Ley de Amparo del 13 de agosto de 1886, y posteriormente Honduras y Nicaragua, en su carta y en la Ley de Amparo, respectivamente, ambas de 1894; Guatemala de acuerdo con la reforma constitucional del 11 de marzo, y Argentina por conducto de la Constitución de la Provincia de Santa Fe, del 13 de agosto, las dos de 1921; Panamá en su ley suprema del 2 de enero de 1941; Venezuela en su carta de 1961; Bolivia, Paraguay y Ecuador en sus Constituciones publicadas en 1967, si bien el último lo suprimió posteriormente pero terminó por restablecerlo en sus reformas constitucionales de 1996 y 1998; Perú en su carta fundamental de julio de 1979 y finalmente Uruguay en el Decreto o Acta Institucional núm. 19 del 10. de agosto de 1984, este último derogado con el restablecimiento de la carta fundamental de 1966, pero restablecido dicho instrumento posteriormente.

45. También se instituyó el amparo en las dos leyes fundamentales en las cuales se intentó restablecer la Federación centroamericana (1824-1836) por medio de la Constitución Política de los Estados Unidos de Centroamérica (Honduras, Nicaragua y El Salvador), promulgada en 1898, y en la carta de la República Centroamericana (Guatemala, El Salvador y Honduras), del 9 de septiembre de 1921, ambas con muy escasa vigencia.

46. Debe destacarse, además, que el amparo mexicano, en su sentido original, fue introducido en la Constitución Republicana española de diciembre de 1931, debido a la labor de divulgación que sobre el primero realizó el jurista mexicano Rodolfo Reyes (entonces asilado en España), y cuyo conocimiento correspondía en última instancia al Tribunal de Garantías Constitucionales, ahora restablecido por la carta democrática de 1978, si bien la institución procesal española también ha tenido la influencia del derecho de amparo alemán (*Verfassungsbeschwerde*, que puede traducirse literalmente como queja constitucional).<sup>27</sup> Este instrumento debe interponerse por los afectados ante el Tribunal Constitucional después de haber agotado las diversas instancias ante los tribunales ordina-

<sup>27</sup> Cfr. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *La acción constitucional de amparo en México y en España. Estudio de derecho comparado*, México, Porrúa, 2000.

rios, por medio de un procedimiento más rápido, y que se conoce como recurso de amparo ordinario, y contra la decisión final en esta vía procede el citado “recurso de amparo constitucional” ante el citado organismo especializado de constitucionalidad.

47. La Constitución portuguesa no regula una institución similar al derecho de amparo, es decir, una instancia que puedan elevar al Tribunal Constitucional de dicho ordenamiento después de haber agotado las defensas jurídicas ordinarias. De manera que la protección de los derechos humanos consagrados por dicha carta fundamental se protegen por otros medios de control constitucional ante el Tribunal Constitucional respectivo, así sea de manera indirecta, como lo demuestra la copiosa jurisprudencia de dicho tribunal.<sup>28</sup>

48. Se puede hacer una breve referencia a la reciente introducción del “derecho de amparo” con esta denominación en los ordenamientos jurídicos de Macao y el Archipiélago de Cabo Verde, territorios de colonización portuguesa, el primero, que actualmente se encuentra incorporado a la República de China, con un estatuto especial, y el segundo plenamente independiente. Por lo que respecta al Territorio de Macao, no obstante que como se ha dicho, ha sido incorporado recientemente a la República Popular de China, éste le ha reconocido autonomía, por lo que rige en ese territorio su Estatuto Especial, el cual se encuentra todavía regulado parcialmente por el artículo 5o., inciso 4, de la Constitución de Portugal en una situación peculiar,<sup>29</sup> ya que se rige por un Estatuto que conserva la administración de la metrópoli, pero que se vincula mediante un tratado con la citada República Popular de China, denominado Declaración Conjunta, según el cual, en diciembre de 1999, dicha República asumió la soberanía de ese territorio, como de administración especial y con alto grado de autonomía.<sup>30</sup>

49. En el artículo 17 de la Ley núm. 112 de agosto de 1991, ordenamiento que establece las bases de la organización judicial de Macao se introdujo el “recurso de amparo” como medio directo de impugnación

<sup>28</sup> Cfr. Miranda, Jorge, “O Tribunal Constitucional (de Portugal) en 2005”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 10, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, pp. 491-531.

<sup>29</sup> Cfr. Gomes Canotilho J. J. y Moreira Vital, *Constituição da República Portuguesa*, anotada, Coimbra, Coimbra Editora, 1980, pp. 39 y 40.

<sup>30</sup> Cfr. Miranda, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1994, t. III, pp. 249-251.

que pueden interponer los particulares por la violación de sus derechos fundamentales garantizados por el Estatuto Orgánico de Macao, ante: *a)* el Pleno del Tribunal Superior de Justicia contra las decisiones de los tribunales del citado territorio, y *b)* ante los tribunales de jurisdicción administrativa contra actos o resoluciones administrativos.

50. Dicho instrumento puede plantearse por los afectos en sus derechos humanos en dos sectores: judicial y administrativo; pero no ha sido todavía reglamentado en el ordenamiento del citado territorio y por ello no se ha desarrollado de manera suficiente, aunque ya existe su regulación por vía jurisprudencial y con apoyo en la doctrina, de acuerdo con la cual el citado Estatuto incorpora los derechos, libertades y garantías establecidos por la mencionada carta fundamental portuguesa, la que además contiene una disposición abierta sobre la inclusión de las libertades y garantías de carácter material, por ello se considera que el amparo tutela los derechos fundamentales establecidos en la mencionada carta portuguesa, pero también aquellos que se han consagrado en las disposiciones ordinarias de carácter local, y además los contenidos en los tratados internacionales de derechos humanos.<sup>31</sup>

51. Por lo que respecta al Archipiélago de Cabo Verde, el artículo 19 de su Constitución de 1992, que tiene como epígrafe *Tutela de los derechos, libertades y garantías*, consagra expresamente el “recurso de amparo”, que se reconoce a todos los ciudadanos, los que tienen el derecho de acudir al Supremo Tribunal de Justicia para solicitar la protección de sus derechos, libertades y garantías fundamentales reconocidos constitucionalmente en los términos de la ley. Se establecen como lineamientos de este instrumento: *a)* que sólo puede interponerse contra actos u omisiones de los poderes públicos lesivos de tales derechos fundamentales, después de haberse agotado todas las vías de impugnación ordinarias, y *b)* que el citado recurso puede ser promovido por conducto de un simple escrito, que debe ser tramitado con carácter de urgente, por lo que el procedimiento debe basarse en el principio de sumariedad.<sup>32</sup>

<sup>31</sup> *Cfr.* Sobre la extensión de los derechos fundamentales en la Constitución portuguesa puede consultarse al destacado constitucionalista mencionado en la nota anterior, que dedica integralmente el t. IV, de su libro *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra, 1993.

<sup>32</sup> *Ibidem*, pp. 65 y 66.

52. El derecho de amparo es reconocido con el mismo significado de procedimiento sencillo y breve para la tutela de los derechos humanos, pero generalmente acompañado del hábeas corpus o exhibición personal respecto de la protección de la libertad y de la integridad personales, pero en la mayoría de las legislaciones latinoamericanas se regula de manera independiente, así sea en el mismo texto reglamentario, se ha consagrado en las siguientes Constituciones latinoamericanas citadas por orden alfabético: Argentina (1853-1860, texto reformado sustancialmente en agosto de 1994), artículo 43, primero y segundo párrafos, y además regulado por casi todas las Constituciones provinciales en el ámbito local; Bolivia (1967 reformada en 1994), artículo 19; Costa Rica (1949, con modificaciones en 1989), artículo 48; Ecuador (1978, reformas de 1996 y 1998), artículo 95; El Salvador (1983, modificaciones de 1991), artículo 247; Guatemala (1985), artículo 265; Honduras (1982), artículo 183; México (1917, reformas de 1988, 1995 y 1996), artículos 103 y 107; Nicaragua (1987), artículo 188; Panamá (1972-1983), artículo 50; Paraguay (1992), artículo 128; Perú (1993), artículo 202; República Dominicana (jurisprudencia Corte Suprema, 1999);<sup>33</sup> Uruguay (1966), implícitamente artículos 7o. y 72, Ley de Acción de Amparo de 19 de diciembre de 1988 y Venezuela (1999), artículo 27.<sup>34</sup>

53. Pero además del derecho de amparo en sentido estricto se han establecido otros “instrumentos similares o equivalentes de protección de los derechos fundamentales”, que también de manera predominante excluyen la libertad e integridad personales tutelados por el hábeas corpus. Aun cuando utilizan otras denominaciones que pueden considerarse co-

<sup>33</sup> Cfr. “Creación jurisprudencial del *recurso de amparo* para la protección de los derechos humanos. *Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana de 24 de febrero de 1999*, en la publicación periódica *Diálogo Jurisprudencial. Derecho internacional de los derechos humanos. Tribunales Nacionales. Corte Interamericana de Derechos Humanos*”, México, Instituto Interamericano de Derechos Humanos- UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Konrad Adenauer Stiftung, núm. 1, julio-diciembre de 2006, pp. 41-60.

<sup>34</sup> Cfr. Brewer Carías, Allan R., *El amparo a los derechos humanos y las libertades fundamentales (una aproximación comparativa)*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1983; Ayala Corao, Carlos, *Del amparo constitucional al amparo latinoamericano como institutos para la protección de los derechos humanos*, Caracas, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Editorial Jurídica Venezolana, 1998.

mo sinónimas de manera amplia, esos procedimientos pueden considerarse dentro del derecho de amparo.<sup>35</sup>

54. Entre los que pueden considerarse como instrumentos equivalentes, podemos señalar los siguientes: A) el llamado *mandado de segurança* (que algunos autores traducen al castellano como mandamiento de amparo), que fue introducido en la Constitución Federal de 1934, y actualmente está regulado por el artículo, parágrafo LXIX, de la vigente carta federal brasileña del 4 de octubre de 1988. Dicho precepto está todavía reglamentado por la Ley núm. 1533 del 31 de diciembre de 1951 (expedida bajo la vigencia de la Constitución Federal de 1946), reformada en varias ocasiones.<sup>36</sup>

55. A) El *mandado de segurança* o mandamiento de amparo procede esencialmente contra actos inconstitucionales o ilegales de autoridades administrativas y, en general, contra actos administrativos de cualquier autoridad, que afecten los derechos de los gobernados, y sólo de manera excepcional puede promoverse contra resoluciones judiciales. En principio tampoco puede interponerse directamente contra disposiciones legislativas que se consideren inconstitucionales, sino exclusivamente contra los actos o resoluciones administrativas que se apoyen en dichos ordenamientos.

56. Al lado de la institución anterior la Constitución de 1988 estableció el instrumento que denomina *mandado de segurança colectivo* consagrado por el artículo 5o. parágrafo LXX, de la citada carta federal brasileña, y que debe considerarse como una ampliación del mandamiento de amparo con ámbito individual, al que nos hemos referido en el párrafo anterior, el que, como se ha dicho, únicamente puede interponerse por

<sup>35</sup> Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “Amparo y tutela”, *Memoria de El Colegio Nacional*, 1996, México, 1997, reimpresso en el libro del mismo autor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 3a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2003, pp. 695-726; Osuna Patiño, Néstor Iván, *Tutela y amparo. Derechos protegidos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

<sup>36</sup> Cfr. La doctrina sobre este instrumento brasileño es muy amplia, por lo que citamos sólo algunos estudios recientes: Sidou, José Othon, “*Hábeas Corpus*”, *mandado de segurança, mandado de injunção, “hábeas data”, acao popular. As garantias activas dos direitos coletivos*, 5a. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998; Flkas, Milton, *Domandado de segurança. Pressupostos de inpetração*, Rio de Janeiro, Forense, 1980; Da Silva, José Afonso, *Curso di diretio constitucional positivo*, 22a. ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2003, pp. 451-455; *ibidem*, “El mandamiento de seguridad del Brasil”, trad. del portugués por Adriana Laura Santana y Alejandro Anaya Huertas, *El derecho de amparo en el mundo, cit.*, pp. 123-157.

los afectados por la violación de sus derechos fundamentales. El nuevo instrumento protege derechos de carácter colectivo por medio del procedimiento breve y rápido que caracteriza al mandamiento de amparo individual, y puede ser promovido por partidos políticos con representación en el Congreso Nacional; por organizaciones sindicales; por entidades gremiales, o por asociaciones legalmente constituidas y en funcionamiento, que tengan cuando menos un año, en defensa de los intereses de sus miembros o asociados.<sup>37</sup>

57. B) El llamado “recurso de protección” fue consagrado por el Acta Institucional núm. 3, expedida paradójicamente por el gobierno militar chileno y publicada el 13 de septiembre de 1976. Fue reglamentado por el Auto Acordado de la Corte Suprema del 2 de abril de 1997. El mismo instrumento fue incorporado por el artículo 20 de la Constitución, aprobada por plebiscito de septiembre de 1980, la que como hemos dicho anteriormente fue modificada primeramente en el plebiscito de 1989, y de nuevo en 2005, y de acuerdo con esta última reforma establece la competencia para conocer en último grado de dicho instrumento procesal al Tribunal Constitucional, cuya decisión se había conferido a la Corte Suprema de Justicia, como se expresó anteriormente. De acuerdo con la legislación vigente, el citado recurso tiene por objeto proteger los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente contra los actos violatorios que provengan de autoridades públicas, con excepción de la libertad personal protegida por el hábeas corpus (el cual se conoce también como recurso de amparo), este último consagrado por el artículo 21 de la carta fundamental.

58. Como puede observarse, se trata en realidad de un proceso de amparo con una denominación equivalente, en virtud de que el término “derecho de amparo” se ha utilizado para designar al hábeas corpus, tal como fue nombrado por el artículo 16 de la carta anterior de 1925,<sup>38</sup> y

<sup>37</sup> Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “Avances y perspectivas de la protección procesal de los derechos humanos en Latinoamérica”, *Memorias VI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Santa Fe de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, t. II, pp. 805-858, reimpresso en el libro del mismo autor *Protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos*, 2a. ed., México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1999, pp. 413-454.

<sup>38</sup> El constitucionalista chileno Estévez Gasmuri, Carlos, *Elementos de derecho constitucional*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1949, pp. 143 y 144, se refiere a esta institución calificándola de “amparo” o de “hábeas corpus”. Utiliza las mismas deno-



posteriormente por el artículo 21 de la de 1980. El actual recurso de protección regulado por el artículo 20 de la mencionada ley fundamental de 1980, que fue encomendado en último grado a la Corte Suprema, a partir de la vigencia de la reforma de 2005, se encomienda al Tribunal Constitucional, por lo que se espera que dicho instrumento tenga un desarrollo más firme y extenso.<sup>39</sup>

59. C) La llamada “acción de tutela”, establecida por la Constitución colombiana del 7 de julio de 1991, posee funciones similares a las del amparo en el ámbito latinoamericano, y por este motivo se propuso la denominación de “derecho de amparo” en el proyecto presentado por el gobierno ante la Asamblea Constituyente.<sup>40</sup> De acuerdo con el artículo 86 de la citada carta fundamental ese instrumento:

(...) puede hacerse valer por cualquier persona en todo momento y lugar ante los órganos jurisdiccionales, mediante un procedimiento preferente y sumario, con el objeto de obtener la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando los mismos sean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de toda autoridad. Dicha acción sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio judicial, salvo cuando aquella se utilice como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La protección debe consistir en una orden para que aquel respecto de quien se solicite, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo será de inmediato cumplimiento y puede impugnarse ante juez competente, pero *en todo caso dicho juzgador deberá remitirlo a la Corte Constitucional para su eventual revisión*<sup>41</sup> (las cursivas son del autor).

minaciones, Caffarena de Giles, Elena, *El recurso de amparo ante los regímenes de emergencia*, Santiago, 1957, pp. 152 y 187; Verdugo Marinkovic, Mario *et al.*, *Derecho constitucional*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1994, t. I, pp. 330-337.

<sup>39</sup> Cfr. Soto Klos, Eduardo, *El recurso de protección. Orígenes, doctrina y jurisprudencia*, Santiago, editorial Jurídica de Chile, 1989; Lira Herrera, Sergio, *El recurso de protección. Naturaleza jurídica, doctrina y jurisprudencia*, Santiago de Chile, 1990; Verdugo Marinkovic *et al.*, *Derecho constitucional, cit.*, t. I, pp. 337-346; Noriega Alcalá, Humberto, “El derecho y acción constitucional de protección (amparo) de los derechos fundamentales en Chile a inicios del siglo XXI. La acción de protección (amparo) de los derechos fundamentales en Chile”, *El derecho de amparo en el mundo, cit.*, pp. 159-211.

<sup>40</sup> Cfr. *Proyecto de Acta Reformatorio de la Constitución Política de Colombia*, Bogotá, Presidencia de la República, febrero de 1991, p. 203, “Derecho de amparo”.

<sup>41</sup> Cfr. Entre otros, Arenas Salazar, Jorge, *La tutela. Una acción humanitaria*, 2a. ed., Santa Fe de Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 1993; Charry J. M., *La acción de tutela*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1992; Monroy Torres, Marcia y Álvarez Rojas, Fernan-

60. Este precepto constitucional fue desarrollado por el Decreto 2951 del 19 de noviembre de 1991, que a su vez fue reglamentado por el Decreto presidencial 306 del 19 de febrero de 1992; pero también debe tomarse en cuenta, para la tramitación de la revisión de la acción de tutela ante la Corte Constitucional, el Decreto 2067 del 4 de septiembre de 1991, que regula el régimen procedimental de los juicios ante la Corte Constitucional, y el Acuerdo de la Sala Plena de la propia Corte, del 15 de octubre de 1992, que contiene el Reglamento Unificado de la Corte Constitucional, artículos 49-55.<sup>42</sup>

61. Además de los instrumentos procesales señalados con anterioridad, es preciso referirse ahora a aquellos que pueden considerarse como “equivalentes” al derecho de amparo, es decir, los que tienen la misma finalidad tutelar de los derechos humanos, pero que su ámbito de protección se reduce sólo a un sector determinado de los mismos. En esta dirección se deben mencionar: a) hábeas data; b) *mandado de injunção*, y c) acción de cumplimiento. Las dos primeras tuvieron su origen en la Constitución brasileña de 1988.

62. a) Como se señaló en el párrafo anterior, el hábeas data fue introducido en el artículo 5o., fracción LXXII, de la carta fundamental brasileña de octubre de 1988, la que fue muy imaginativa al crear varios instrumentos de tutela de los derechos fundamentales, entre ellos el *mandado de segurança coletivo* (mandamiento de amparo colectivo). El procedimiento de hábeas data puede interponerse para lograr el conocimiento de las informaciones concernientes al afectado al cual puedan causarle perjuicio, cuando dichos datos consten en registros electrónicos pertenecientes a entidades gubernamentales o de carácter público, o bien para obtener la rectificaciones de dicha información cuando el afectado no prefiere hacerlo por conducto de un proceso reservado, ya sea judicial o administrativo. Como puede observarse, dicho instrumento tiene por objeto

do, *Jurisprudencia de la Corte Constitucional. La acción de tutela*, Santa Fe de Bogotá, Juris Editores, vols. III y IV, 1993; Osuna Patiño, Néstor Iván, *Tutela y amparo: derechos protegidos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998; Ortiz Gutiérrez, Julio César, “La acción de tutela en la carta política de 1991. El derecho de amparo y su influencia en el ordenamiento constitucional de Colombia”, *El derecho de amparo en el mundo, cit.*, pp. 213-256.

<sup>42</sup> Estos documentos pueden consultarse en el apéndice legislativo de libro de Tobo Rodríguez, Javier, *La Corte Constitucional y el control de constitucionalidad*, Santa Fe de Bogotá, Ediciones Jurídicas Ricardo Ibáñez, 1996, pp. 237-385.

proteger a los gobernados contra las posibles afectaciones por conducto de la información electrónica, que se ha extendido de manera notable en nuestra época y que puede lesionar gravemente a los particulares. Con toda razón, la doctrina ha estimado que tanto en el caso de esta institución como de otras establecidas por vez primera en la carta brasileña, aun cuando no se expidieran de inmediato las normas reglamentarias respectivas, deben aplicarse directamente a los particulares. Para facilitar dicha aplicación, el anterior Tribunal Federal de Recursos (actualmente denominado Tribunal Federal Superior) expidió el auto (acordado), en el que estableció las directrices del procedimiento tanto del hábeas data como del *mandado de injunção*, y les otorgó preferencia sobre todos los actos judiciales, con exclusión del mandamiento de amparo y del hábeas corpus (amparo).<sup>43</sup>

63. Debido a los problemas que puede generar la informática en los derechos de los gobernados, el hábeas data ha tenido, con esa denominación, una amplia repercusión en los ordenamientos posteriores a la carta brasileña de 1988, que creó dicha institución y así fue consagrada en las Constituciones de: *a)* Paraguay de 1992; *b)* de Perú de 1993; *c)* en la reforma constitucional argentina de 1994, y *d)* en el texto de la ley fundamental de Ecuador en sus revisiones de 1996 y 1998,

64. *a)* El artículo 135 de la carta fundamental de Paraguay, de junio de 1992, establece al respecto:

*Del hábeas data.* Toda persona puede acceder a la información y a los datos que sobre la misma o sobre sus bienes obren en registros oficiales o privados de carácter público, así como conocer el uso que se haga de los mismos y de su finalidad. Podrá solicitar ante el magistrado competente la actualización de la rectificación o la destrucción de aquellos, si fueren erróneos o afectaran ilegalmente sus derechos.

65. *b)* El artículo 200, inciso 3, de la Constitución peruana de 1993, inspirándose en la institución brasileña, establece como garantía constitucional la: “(...) acción de *habeas data* que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vul-

<sup>43</sup> Cfr. Sidou, Othon, J. M., “Las nuevas figuras del derecho procesal constitucional brasileño: *mandado de injunção* y hábeas data”, y Silva, José Afonso da, *Mandado de injunção e hábeas data*, pp. 179-186 y 53-69, respectivamente; del mismo autor, *Curso de Direito Constitucional Positivo, cit.*, pp. 451-455.

nera o amenaza los derechos a que se refiere al artículo 2o., incisos 5, 6) y 7) de la Constitución”. Sin embargo, mediante Ley 26, 470 del 12 de junio 1995 se suprimió de la protección del hábeas data lo dispuesto por el inciso 7 del artículo 20 de dicha carta, por lo que los preceptos que quedan comprendidos en dicha tutela disponen en lo conducente que:

Artículo 2o. Toda persona tiene derecho: (...) 5) A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y recibirla de cualquier entidad pública en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afecten la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional (...) 6) A que los servicios informáticos computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.

66. Como lo señala correctamente el constitucionalista peruano Víctor Julio Ortecho Villena, el objeto de este procedimiento es la exigencia de que los registros, archivos y centros de información contengan datos verdaderos, actualizados y dignos de credibilidad, y además la protección del honor, la buena reputación, así como la intimidad personal y familiar.<sup>44</sup> Se consideró tan importante este nuevo mecanismo tutelar que el mismo Congreso Constituyente expidió, el 2 de mayo de 1994, una ley provisional para establecer el procedimiento que debía seguirse al tramitarse este instrumento, y en su artículo 3o. dispuso la aplicación supletoria de la Ley de Amparo y de Hábeas Corpus.<sup>45</sup>

67. c) El tercer ordenamiento que acogió esta institución de origen brasileño, fue la carta federal argentina en su texto reformado en agosto de 1994. Al respecto, el penúltimo párrafo del artículo 43 constitucional establece:

*Hábeas data.* Toda persona podrá imponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registro o banco de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y

<sup>44</sup> Cfr. *Jurisdicción constitucional. Procesos constitucionales*, Trujillo, Perú, Fondo Editorial de la Universidad Antenor Orrego de Trujillo, 1988, p. 193.

<sup>45</sup> *Ibidem*, pp. 191-206; Rodríguez Domínguez, Elvito, *Manual derecho procesal constitucional*, 3a. ed., Lima, Grijley, 2006, pp. 371-389; Abad Yupanqui, Samuel B., “Hábeas data y conflicto entre órganos constitucionales. Dos nuevos procesos constitucionales”, *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios, I*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1994, pp. 265-272.

en caso de falsedad o discriminación para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

68. La doctrina considera que dicho instrumento (que es un sector del derecho de amparo que regula dicho precepto fundamental) tutela esencialmente el derecho a la intimidad frente al desarrollo vertiginoso de la informática. Aun cuando se estima que debe expedirse una ley reglamentaria de la disposición constitucional transcrita (y al respecto se han presentado varias iniciativas al Congreso Nacional), pero en tanto que esto no ocurra, la doctrina sostiene que después de hacerse las gestiones previas para solicitar la información o las rectificaciones pertinentes, si no se obtiene una reparación satisfactoria puede acudir a la acción de amparo.<sup>46</sup>

69. d) En la Constitución ecuatoriana, de acuerdo con el texto codificado de 1998, en el capítulo 6, relativo a las garantías de los derechos, sección primera, sección segunda, artículo 94 dispone:

*Del hábeas data.* Toda persona tendrá derecho a acceder a los documentos, bancos de datos o informes que sobre sí misma o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, así como a conocer el uso que se haga de ellos y su propósito. Podrá solicitar ante el funcionario respectivo, la actualización de los datos o su rectificación, eliminación o anulación, si fueren erróneos o afectaren ilegítimamente sus derechos. Si la falta de atención causare perjuicio, el afectado podrá demandar indemnización. La ley establecerá un procedimiento especial para acceder a los datos personales que consten en los archivos relacionados con la defensa nacional.<sup>47</sup>

<sup>46</sup> Cfr. Ekmedjian, Miguel Ángel y Pizzolo, Calogero (hijo), *Habeas data. El derecho a la intimidad frente a la revolución informática*, Buenos Aires, Depalma, 1996, pp. 95-115; Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho procesal constitucional*, 3, *Acción de Amparo*, 4a. ed., Buenos Aires, 1995, capítulo XXVII, pp. 663-687; Seisdedos, Felipe, "Amparo, hábeas data y hábeas corpus en la reforma de 1994", Mendoza, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, *Derecho Constitucional de la Reforma de 1994*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1995, t. 1, pp. 445-448.

<sup>47</sup> Cfr. Salgado Pesantes, Hernán, "La jurisdicción constitucional en el Ecuador", *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, cit., pp. 586 y 587; *ibidem*, "La garantía de amparo en el Ecuador", *El derecho de amparo en el mundo*, cit., pp. 305-331.

70. B). En la citada Constitución brasileña de 1988 fue introducido un instrumento novedoso, que recibe la denominación equívoca de *mandado de injunção*, debido a que esa institución no tiene similitud con el *writ of injunction* del derecho angloamericano, ya que este último tiene un significado diverso, inclusive contrario, pues significa un mandato prohibitivo, ya sea provisional o definitivo. Por el contrario, la institución brasileña regulada por el artículo 5o., fracción LXXI constitucional, procede cuando la ausencia de una medida reglamentaria impida el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales o de las prerrogativas que se refieren a la nacionalidad, la soberanía y a la ciudadanía, lo que implica que se trata de un mecanismo para lograr que se supere la omisión en que incurre una autoridad con facultades legislativas para dictar disposiciones reglamentarias.<sup>48</sup>

71. Esta es una institución que plantea problemas complicados, ya que en principio supone la existencia de la llamada “inconstitucionalidad por omisión”, la que resulta de difícil aplicación como lo han demostrado en su jurisprudencia los tribunales y cortes constitucionales europeos, los que han admitido, con ciertas limitaciones, cuando el legislador incurre en una omisión que afecte derechos fundamentales de los gobernados en el supuesto en que aquellos no pueden tutelarse sin la reglamentación legislativa, que el juez constitucional puede integrar la norma faltante sin perjuicio de que el mismo legislador cumpla con su deber normativo.<sup>49</sup> Los dos ordenamientos constitucionales que regulan de manera expresa la declaración de inconstitucionalidad por omisión son: la carta portuguesa de 1976-1982, y la citada brasileña de 1988. La primera dispone, en su actual artículo 283, que el Tribunal Constitucional, cuando no se hubieran expedido las disposiciones legislativas necesarias para lograr el cumplimiento de las normas constitucionales, podrá recomendar a los órganos legislativos que las expidan en un plazo razonable.<sup>50</sup>

<sup>48</sup> Cfr. Sidou, José Othon, “Las nuevas figuras del derecho procesal brasileño”, y Silva, José Afonso da, *Mandado de Injunção y hábeas data; ibidem, Derecho constitucional positivo, cit.*, pp. 445-451.

<sup>49</sup> La doctrina constitucional al referirse a la Corte Constitucional italiana, señala que sus sentencias pueden ser *additive, substitutive o legislative* cuando establece disposiciones normativas que debieron ser expedidas por el legislador. Cfr. Martínez, Temístocles, *Diritto pubblico*, 2a. ed., Milán, Giuffrè, 1992, pp. 439 y 440; Vergottini, Giuseppe de, *Diritto costituzionale*, 4a. ed., Padova, Cedam, 1997, pp. 643-645, (5a. ed. 2006).

<sup>50</sup> Cfr. Miranda, Jorge, *Manual de Direito Constitucional, cit.*, t. 1, 1990, pp. 507-527.

72. Por su parte, el artículo 103, párrafo 2, de la ley suprema brasileña, establece que “declarada la inconstitucionalidad por omisión” de las disposiciones necesarias para hacer efectiva una norma constitucional, se comunicará al poder competente para que tome las providencias necesarias, y cuando se trate de un órgano administrativo debe adoptarlas en un plazo de treinta días. Esa norma constitucional fue complementada por la reforma a dicho precepto, núm. 3 del 17 de marzo de 1993, al introducir la “acción directa de inconstitucionalidad”, en el sentido de que cuando se considere fundada (por el Tribunal Supremo Federal), la declaratoria respectiva tiene efectos generales inclusive para los demás órganos del Poder Judicial y para el Poder Ejecutivo. Esta nueva disposición fundamental ha sido reglamentada por las leyes 9,869 y 9,982, del 10 de noviembre y 3 de diciembre de 1999, respectivamente.<sup>51</sup>

73. El nuevo instrumento procesal brasileño tiene su apoyo indirecto tanto en el modelo portugués, como en el de su propia carta fundamental en cuanto a la declaración de inconstitucionalidad por omisión, así como en la jurisprudencia de otros tribunales o cortes constitucionales europeos, pero resulta complicada su aplicación porque significa el ejercicio de facultades legislativas, así sea de manera indirecta. Debe señalarse que recientemente ha trascendido a otros ordenamientos latinoamericanos, no siempre de manera expresa.<sup>52</sup>

74. D). Se hace una breve mención de la llamada “garantía de cumplimiento”, que como garantía constitucional fue establecida por el artículo 200, fracción 6, de la Constitución peruana de 1993, de la siguiente manera: “La acción de cumplimiento que procede contra cualquier autori-

<sup>51</sup> Cfr. Silva, José Afonso da, “O controle de constitucionalidade das leis no Brasil”, *cit.*, pp. 404 y 405; Goncalves Ferreira Filho, Manoel, “O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovacoes no controle de constitucionalidade (Leis No. 9,809 de 10 novembro e No. 9,982 de 3 de dezembro de 1999)”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 5, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 3, 2001, pp. 105-124.

<sup>52</sup> La doctrina iberoamericana sobre la inconstitucionalidad por omisión es bastante amplia, por lo que nos limitaremos a los trabajos más recientes: Fernández Rodríguez, José Julio, “Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión, y Villaverde Ignacio, “La inconstitucionalidad por omisión. Un nuevo reto para la justicia constitucional”; Bazán, Víctor, “Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales. Una visión de derecho comparado”, todos estos estudios en Carbonell, Miguel (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, México, UNAM, 2003, pp. 18-64 y 68-89, y 115-120, respectivamente.

dad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley”. Este instrumento procesal fue reglamentado conjuntamente con la acción de hábeas data (véase, *supra*, párrafo 124), por Ley 26,301 del 2 de mayo de 1994, con aplicación supletoria de la Ley de Amparo y Hábeas Corpus.<sup>53</sup>

75. Esta institución posee cierta similitud con el llamado *writ of mandamus* del derecho angloamericano en el que significa la petición de una orden judicial dirigida a una autoridad remisa para que ésta cumpla con una obligación legal.<sup>54</sup> No se debe pasar por alto que el clásico fallo dictado en el asunto *Marbury vs. Madison*, resuelto en 1803, que inició el desarrollo definitivo de la revisión judicial norteamericana, se dictó con motivo de la petición de una orden de *mandamus*.<sup>55</sup>

76. E) A los anteriores instrumentos paralelos al derecho de amparo debemos agregar a las “acciones populares”, que como mecanismos de garantía constitucional han asumido diversos significados en los ordenamientos de Latinoamérica. En una visión panorámica y de resumen, y se pueden señalar tres categorías de esos instrumentos: *a*) como medio para ejercer una acción abstracta de inconstitucionalidad; *b*) como una acción para reclamar la inconstitucionalidad o ilegalidad de reglamentos, normas o disposiciones generales de carácter administrativo, y *c*) como instancia para tutelar derechos e intereses difusos o transpersonales. Es este último sector el que tiene similitud con el derecho de amparo, y por ello me refiero a él de manera exclusiva y no a los otros dos sectores que hemos señalado.

77. La citada tercera categoría de acciones populares constitucionales se integra con las consagradas expresamente en los ordenamientos de Brasil y de Colombia, y de cierta manera comprendidas en el derecho de am-

<sup>53</sup> Cfr. Rey Cantor, Ernesto y Rodríguez, María Carolina, *Acción de cumplimiento y derechos humanos*, 2a. ed., Santa Fe de Bogotá, Temis, 1998.

<sup>54</sup> Cfr. Allen, Richard B., “Mandamus, quo warranto, prohibition and ne exeat”, *The University of Illinois Law Forum*, primavera de 1960, pp. 205-210 y ss.; Lawson, F. H., *Remedies of English Law*, Middlesex, Inglaterra, 1972, pp. 205-210.

<sup>55</sup> Cfr. Garraty, Jhon A., “The case of the Missing Comissions (*Marbury vs. Madison*, J. Cranch 137)”, *Quarrels that shaped the Constitution*, Nueva York, Harper and Row, 1966, pp. 1-14; Nelson, William E., *Marbury vs Madison. The Origins and Legacy of Judicial Review*, Kansas, University Press of Kansas, 2000. Una traducción al castellano de dicho fallo puede consultarse en *Revista Mexicana de Derecho Público*, t. I, núm. 3, enero-marzo de 1947, pp. 315-343.



paro argentino con motivo de la reforma constitucional de agosto de 1994. Estos instrumentos están dirigidos a tutelar de manera específica los llamados “intereses difusos o transpersonales”, que asumen cada vez más importancia en esta época de intenso desarrollo económico y tecnológico, en el que con frecuencia se afecta la esfera jurídica de un número indeterminado de personas, las que no pueden ser protegidas por medio de los instrumentos procesales de carácter tradicional.<sup>56</sup>

78. a) En primer término se puede hacer referencia a la acción “popular” en el “ordenamiento constitucional brasileño”, que fue introducida por la Constitución Federal de 1946, se conservó en la de 1967, y reglamentada por la Ley 4717 del 29 de junio de 1965, que todavía se encuentra vigente pero con modificaciones posteriores. Este último ordenamiento amplió la esfera de las disposiciones fundamentales para comprender la tutela de los intereses difusos de los sectores sociales no organizados. En la actualidad la institución se encuentra regulada en el artículo 5o., fracción LXXIII, de la carta fundamental vigente de octubre de 1988, el cual establece:

Cualquier ciudadano es parte legítima para proponer la acción popular que pretende anular un acto lesivo para el patrimonio público o de una entidad en que el Estado participe, para el medio ambiente o para el patrimonio histórico y cultural, quedando el actor obligado a cubrir las costas, salvo las de carácter procesal para el vencido.<sup>57</sup>

<sup>56</sup> Cfr. Las obras colectivas: *Le azione a tutela di interessi collectivi*, Padova, Cedam, 1978; *La tutela degli interesse difussi nel diritto comparato con particolare riguardo alla protezione dell'ambiente e del consumatori*, Milán, Giuffrè, 1976: A los anteriores debe agregarse el estudio relativo a “La protección de los intereses difusos, fragmentarios y colectivos en el proceso civil” (*Der Schutz diffusiver kollektiver Interessen in Zivilprozessrecht*), presentado en el VII Congreso Internacional de Derecho Procesal efectuado en Würzburg, República Federal de Alemania, y cuya ponencia estuvo a cargo de los profesores Mauro Cappelletti y Brian Garth. Este estudio fue publicado en la obra colectiva editada por Habscheid, Walter J., *Effective Rechtschutz und Rechtsvermässige Ordnung. Efectivnes on Judicial Protection and Constitutional Order*, Bielefeld, Giessiking Verlag, 1984; Lozano Higuero y Pinto, Manuel, *La protección procesal de los intereses difusos*, Madrid, 1983; Gutiérrez de Cabiedes Hidalgo, Pablo, “El derecho procesal constitucional y la protección de los intereses colectivos y difusos”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (ed.), *Derecho procesal constitucional*, 5a. ed., Porrúa, 2006, t. III, pp. 2717-2776.

<sup>57</sup> Cfr. Barbosa Moreira, José Carlos, “Legitimación para la defensa de los intereses difusos”, *Congreso Nacional de Derecho Procesal*, La Plata, 1981, t. II, pp. 1240-1288;

79. La Constitución colombiana de 1991 regula la acción popular constitucional de una manera más amplia en su artículo 88, de acuerdo con el cual:

La Ley Regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad pública, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.<sup>58</sup>

80. b) Aun cuando no corresponde a este sector de las acciones colectivas, el artículo 43 de la Constitución argentina, reformado en agosto de 1994, recogió esta evolución “de la tutela de los intereses difusos”, pero en lugar de encomendarla a un proceso específico, comprendió dicha protección expresamente en la “acción de amparo”, ya que el segundo párrafo de dicho precepto dispone claramente:

Podrán interponer esta acción (de amparo) contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de organización.

81. Esta vía no legitima a cualquier persona, como ocurre con las acciones populares que hemos señalado anteriormente, establecidas en los ordenamientos de Brasil y Colombia, pero se extiende dicha legitimación al *ombudsman* y a las asociaciones que defienden tales derechos colectivos. Por este motivo la doctrina considera que se ha creado un “amparo colectivo”.<sup>59</sup>

Neves, Celso, “Legitimação processual e a Nova Constituição”, *Revista de Processo*, núm. 56, octubre-diciembre de 1989, pp. 1-40; Silva, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, cit. pp. 400-408.

<sup>58</sup> Cfr. SÁCHICA, Luis Carlos, *Nuevo derecho constitucional colombiano*, 10a. ed., Santa Fe de Bogotá, 1992, pp. 213-222.

<sup>59</sup> Gozáini, Osvaldo A., *El derecho de amparo. Los nuevos derechos y garantías del art. 43 de la Constitución nacional*, 2a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1998, pp. 86-100;

82. c) No obstante el desarrollo considerable del derecho internacional de los derechos humanos, nuestro juicio de amparo se circunscribía formalmente a la protección de los derechos establecidos directamente en nuestra carta fundamental, por lo que aun cuando en estricto sentido no era indispensable, debido a que los derechos contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos ya han sido incorporados a nuestro derecho interno al ser ratificados y aprobados por el gobierno federal, era importante hacer referencia a estos últimos derechos, los que también son internos pero de fuente internacional, a fin de que no exista duda de que pertenecen a nuestro ordenamiento jurídico nacional, y pudieran ser invocados por los gobernados por conducto del juicio de amparo y aplicados por los tribunales federales, lo que todavía no ocurre sino de manera esporádica. Estos instrumentos internacionales de carácter general, que estaban mencionados específicamente en el anteproyecto de la Comisión, son los siguientes: las declaraciones Americana y Universal de los Derechos del Hombre (estas dos últimas se han considerado imperativas, aun cuando no tengan el carácter de tratados multilaterales), los Pactos de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos, y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Convención Americana sobre Derechos Humanos.<sup>60</sup>

83. En el Proyecto de Reformas constitucionales y de Nueva Ley de Amparo, aprobado por la Suprema Corte de Justicia en un Anteproyecto elaborado por un grupo de expertos, entre ellos magistrados de circuito y Ministros de la propia Corte, y aprobado por la misma en mayo de 2001, el cual fue convertido en iniciativa en de 2004 por senadores federales de varios partidos políticos, se introducen varias reformas sustanciales que pretenden modernizar la legislación del citado instrumento procesal, entre las cuales destaca la relativa a la legitimación para interponer el juicio de amparo, el cual se extiende de manera ostensible al superar, el proyecto que se analiza, el criterio de la jurisprudencia tradicional, de acuerdo con el cual para interponer el juicio de amparo debía existir en el promovente un “interés actual y directo apoyado en la existencia de un derecho subjetivo”, pues si bien en algunos momentos la propia jurisprudencia

Natale, Alberto, *Comentario sobre la Constitución. La reforma de 1994*, Buenos Aires, Depalma, 1995, pp. 66-69.

<sup>60</sup> Cfr. Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, *Hacia una Nueva Ley de Amparo*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2202, pp. 26-40.

adoptó un criterio de mayor flexibilidad, este último es también restrictivo para nuestra realidad actual.

84. Con el concepto estricto de derecho subjetivo se dejan sin protección las afectaciones que derivan de situaciones que afectan la esfera jurídica de los gobernados, y para superar estas restricciones, en el artículo 4o., fracción I del proyecto,<sup>61</sup> se utiliza la noción del “interés legítimo”, plenamente desarrollada en la actualidad, en particular en el derecho administrativo, la que establece una fase intermedia entre el interés simple que fundamenta la acción popular y el derecho subjetivo, el que requiere de una violación actual y directa.<sup>62</sup> Por ello, el interés legítimo permite la protección de la esfera jurídica de los particulares, que son afectados en sus derechos colectivos, incluso aquellos que se conocen con la denominación de “intereses difusos o transpersonales” (veáse, *supra*, parrafo 134).<sup>63</sup>

85. Es muy difícil precisar un concepto abierto como el de interés legítimo, el que debe ser delimitado por la jurisprudencia, como ha ocurrido en otros ordenamientos en los cuales se ha consagrado. Al respecto, el citado artículo 4o., fracción I, del proyecto señala que puede interponer la demanda de amparo aquel que resulte afectado en su esfera jurídica: “(...) ya sea de manera directa o *en virtud de su especial situación frente al ordenamiento jurídico (...)*” (las cursivas son del autor).

86. Con la introducción del interés legítimo se moderniza nuestro derecho de amparo, ya que con esta institución se puede tutelar un sector importante de los derechos colectivos, y no exclusivamente los de ca-

<sup>61</sup> Este precepto dispone en lo conducente: “Artículo 4o. Son partes en el juicio de amparo: I. *El quejoso*, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o *de un interés legítimo individual o colectivo*, siempre que alegue que el acto reclamado viola las garantías o los derechos previstos en el artículo primero (de dicha Ley Reglamentaria), y con ello se afecte su esfera jurídica, *ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico*. Tratándose de actos o resoluciones provenientes de autoridades judiciales, administrativas y del trabajo, el quejoso deberá aducir ser titular de un derecho subjetivo que se afecte de manera personal y directa” (las cursivas son del autor).

<sup>62</sup> Cfr. Zaldivar Lelo de Larrea, Arturo, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, cit., pp. 55-64.

<sup>63</sup> Además de las obras señaladas en la nota 56, se debe mencionar a los siguientes autores y obras: Lujosa Vadel, Lorenzo Mateo, *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1995; Gidi, Antonio, *Coisa julgada e litispendencia en Acoes colectivas*, Sao Pulo, Editora Saraiva, 1995; Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comprada*, México, Porrúa, 2003.

rácter gremial, como sucede actualmente, sino también los de los grupos no organizados, y en general de aquellos que no pueden alegar la violación de derechos subjetivos, sino de situaciones jurídicas que los favorecen o los afectan, con lo cual podrá configurarse un derecho “de amparo colectivo”.<sup>64</sup>

87. Un tercer sector, en el cual los ordenamientos latinoamericanos han ampliado la esfera de aplicación de los instrumentos protectores de los derechos, se refiere a la tutela de tales derechos no sólo respecto de las autoridades públicas sino también respecto de los llamados “poderes privados o grupos sociales en situación de predominio”, por conducto de un sector de dicha institución que se conoce con el nombre impropio de “amparo contra particulares”, de acuerdo con el precedente jurisprudencial que estableció el clásico fallo dictado por la Corte Suprema de Argentina en el caso Samuel Kot, resuelto el 5 de septiembre de 1958, en un momento en que no había regulado el amparo ni en la Constitución ni en el ámbito nacional a nivel legislativo (aun cuando se había establecido en numerosas cartas fundamentales de las provincias argentinas), sentencia en la cual se decidió que el propio derecho de amparo, considerado como una garantía constitucional implícita, procedía no sólo contra actos de autoridades públicas sino también respecto de la conducta de “particulares”, aun cuando en realidad la instancia se había presentado en contra de un grupo social, es decir un sindicato de trabajadores.

88. De acuerdo con dicho precedente, se desarrolló una jurisprudencia muy dinámica, aun cuando uno de los gobiernos militares que ha padecido Argentina expidió la Ley Nacional sobre Acción de Amparo el 18 de octubre de 1966, de carácter muy restrictivo, pues, además de otros aspectos, limitó dicho instrumento tutelar únicamente a los particulares contra la conducta de autoridades públicas. Sin embargo, la protección contra grupos sociales se incorporó al artículo 321 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación del 20 de septiembre de 1967, con el carácter de juicio sumarísimo.

89. En la reforma de agosto de 1994 a la carta federal argentina no sólo se elevó al derecho de amparo a nivel constitucional (artículo 43), sino que se estableció de manera expresa que procedía también contra la con-

<sup>64</sup> Cabrera Acevedo, Lucio, *El amparo colectivo, protector del derecho al ambiente y de otros derechos humanos*, México, Porrúa, 2000, y Ovalle Favela, José (coord.), *Las acciones para la tutela de los intereses colectivos o de grupo*, México, UNAM, 2004.

ducta de “particulares”, violatoria de los derechos fundamentales. El ejemplo del derecho de amparo argentino que se ha extendido a los grupos sociales en situación de predominio tuvo una amplia repercusión en otros ordenamientos latinoamericanos, aun con la denominación equívoca de “amparo contra particulares”. Como dichas legislaciones son numerosas me limitaré a proporcionar una visión sintética de esta tendencia, la que se incrementa de manera paulatina si tomamos en cuenta, por otra parte, la globalización, la apertura de las economías nacionales, además de otros aspectos entre los cuales se puede destacar como ejemplo el incremento de las privatizaciones de algunos servicios públicos que anteriormente estaban en manos de las autoridades y que ahora son objeto de concesión a empresas particulares, por lo que los destinatarios de dichos servicios requieren de una protección más rápida y eficaz que la que proporcionan los instrumentos procesales ordinarios. Desde un punto de vista genérico, la doctrina europea y en particular los autores alemanes han desarrollado el concepto de *Drittwirkung der Grundrechte*, que significa la eficacia inmediata o indirecta de los derechos humanos en las relaciones entre particulares, el que ha tenido repercusión en la jurisprudencia de los tribunales y cortes constitucionales.<sup>65</sup>

90. Así sea en las cartas fundamentales o en las leyes ordinarias, se ha admitido la procedencia del amparo o de otras instituciones equivalentes, y con diversas modalidades, además de Argentina (ámbitos nacional y provincial), en los ordenamientos de Bolivia, Brasil (de manera incipiente en la doctrina y la jurisprudencia), Chile (recurso de protección); Costa Rica, Guatemala, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.<sup>66</sup>

<sup>65</sup> Cfr. El clásico estudio del notable constitucionalista italiano, Lombardi, Giorgio, *Potere privato e diritti fondamentale*, Turín, Giappichele Editores, 1970; Cuadra Salcedo, Toas, *El recurso de amparo y los derechos fundamentales entre particulares*, Madrid, Civitas, 1981; Herdegen, Mathias, “La tutela contra privados: instrumento certero para implantar la normatividad en la realidad social”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericana*, Caracas, CIEDLA-Konrad Adenauer, Stiftung, 1997, pp. 183-190; Vega, Pedro de, “La eficacia frente a los particulares de los derechos fundamentales (La problemática de la *Drittwirkung der Grundrechte*)”, y Estrada, Julio Alexei, “La eficacia entre particulares de los derechos fundamentales. Una presentación del caso colombiano”, ambos en *Derecho procesal constitucional*, cit., t. III, pp. 2315-2334 y 2443-2469.

<sup>66</sup> Cfr. Brewer Carías, Allan R., *El amparo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales*, cit., pp. 87-92; Cifuentes Muñoz, Eduardo, *La eficacia de los de-*

91. En el derecho de amparo mexicano vigente no ha existido sino de manera esporádica el interés de la doctrina para explorar este tema de la protección por medio de nuestro instrumento procesal, y la jurisprudencia tampoco ha tomado en cuenta este problema. Sin embargo, en el Proyecto de Reformas constitucionales y de la Nueva Ley de Amparo, mencionados en párrafos anteriores, se ha hecho el intento de actualizar el derecho de amparo con el objeto de que le sea posible proteger los derechos de los particulares en sus relaciones con los grupos sociales en situación de predominio, que también se conocen como “poderes privados”, si se toma en consideración, entre otros aspectos, que son numerosos los servicios públicos que se han privatizado y por lo tanto se prestan por empresas privadas.

92. En esta dirección, el texto del proyecto de la citada Ley de Amparo, propone un cambio sustancial en el concepto de la llamada “autoridad responsable”, que en mi opinión particular es una denominación equívoca pues en estricto sentido procesal debe considerarse como “autoridad demandada”, ya que la responsabilidad, si existe, se determinará en la sentencia definitiva en la cual se establezca si dicha autoridad ha incurrido en violación de los derechos del demandante o quejoso.

93. Por lo que se refiere al concepto de autoridad para el efecto de la procedencia del amparo, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia ha sido variable, si se toma en cuenta que en alguna época se llegó a estimar como tal a la persona que ejercitaba una potestad de hecho, al disponer de la fuerza pública para imponer sus mandatos, pero se impuso el criterio sostenido actualmente de un concepto abstracto y tradicional de considerar exclusivamente como autoridad a la que forma parte de la administración central y dispone de la fuerza pública, y se excluyó de tal

rechos humanos frente a particulares, México, Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica-UNAM, núm. 26, 1998; Estrada Alexei, Julio, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000; Escobar Fornos, Iván, *Los derechos humanos y el control del poder privado*, Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad Externado de Colombia, 2001; Fernández Segado, Francisco, “La dinamización de los mecanismos de garantía de los derechos y de los intereses difusos en el Estado social”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 83, mayo agosto de 1995; excelente estudio en el cual no sólo se hace regencia a la situación europea, sino también a la de América Latina, pp. 600-603; Sarmiento, Daniel (coord.), “A vinculação dos particulares a os direitos fundamentais e no Brasil”, *A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, 2a. ed., Editorial Renovar, 2006, pp. 193-284.

situación a los organismos descentralizados, con excepción de aquéllos a los cuales se les confiera expresamente el carácter de organismos fiscales autónomos, no obstante que es evidente que dichos organismos forman parte de la administración pública de acuerdo con lo establecido por el artículo 90 de la carta federal, que por otra parte de manera incorrecta comprende a los propios organismos dentro de la categoría imprecisa de sector paraestatal, que en sentido estricto únicamente debía abarcar a las empresas y a los fideicomisos públicos.<sup>67</sup>

94. En tal dirección, el artículo 4o., fracción II, del Proyecto de Nueva Ley de Amparo dispone en su parte relativa que como autoridad para efectos del amparo debe considerarse aquella que: “(...) con independencia de su naturaleza formal dicta, ordena, ejecuta o trata de ejecutar el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas u obligatorias, u omite el acto que de realizarse crearía, modificaría o extinguiría dichas situaciones jurídicas”.<sup>68</sup>

95. En la exposición de motivos, al hacer referencia al concepto de autoridad propuesto en la nueva redacción del invocado artículo 4o., fracción II, del Proyecto de una Nueva Ley de Amparo, no se destaca expresamente que la redacción propuesta extienda de manera directa e inmediata la protección del derecho de amparo contra actos provenientes de los poderes privados, pero el carácter abierto que se otorga a la institución permite que la jurisprudencia se extienda paulatinamente para otorgarle esos efectos. En la parte relativa de dicha exposición de motivos se señala:

<sup>67</sup> En efecto, en su parte relativa dicho precepto constitucional dispone: “La Administración Pública será *centralizada y paraestatal* conforme a la Ley Orgánica que expida el Congreso, que distribuirá los negocios del orden administrativo de la Federación que estarán a cargo de la Secretarías de Estado y de los Departamentos Administrativos y definirá las bases generales de creación de las entidades paraestatales y la intervención del Ejecutivo Federal en su operación (...)” (las cursivas son del autor). Resulta un contrasentido dividir la administración pública en dichos sectores, ya que sólo podrían concebirse formando parte de la misma a los organismos centralizados y descentralizados, y únicamente como una tercera categoría el sector calificado como *paraestatal*, que por su misma denominación no puede considerarse como parte de dicha administración, y por ello únicamente puede comprenderse empresas y fideicomisos de carácter público. Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “La defensa jurídica de los particulares frente a los organismos paraestatales (El recurso constitucional en Suiza y en la República Federal de Alemania)”, *Noveno Congreso Mexicano de Derecho Procesal. Memoria*, México, UNAM, 1984, pp. 135-152.

<sup>68</sup> Cfr. Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, *Hacia una Nueva Ley de Amparo*, cit., pp. 73-79.



(...) En el proyecto se propone dar la prioridad —como lo hizo la Suprema Corte a principios del siglo XX— a la naturaleza propia del acto reclamado, por encima del carácter formal de quien lo emite. En este sentido se consideraría como autoridad para efectos del amparo, a quien emite el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria, al margen de la naturaleza formal del emisor. El derecho administrativo moderno presenta múltiples casos en los que organismos descentralizados e inclusive *personas particulares*, realizan funciones que originariamente prestaba el Estado y que en su actividad pueden afectar la esfera jurídica de los particulares. Es necesario, entonces, que las violaciones a los derechos fundamentales de los gobernados sean reparadas sin importar de donde vienen.- El proyecto propone un *concepto abierto* que permita su actualización a través de la interpretación jurisprudencial (...) (las cursivas son del autor).

96. Es evidente que con ese concepto abierto de autoridad podrían ser consideradas como tales no únicamente todos los organismos descentralizados de la administración, sino también empresas y fideicomisos, tanto públicos como privados, cuando ellos tengan la posibilidad legal de imponerse sobre los particulares de manera unilateral y obligatoria, como ya ocurre tratándose de grupos sociales no sólo empresariales, que actualmente prestan algunos servicios públicos, sino todos aquellos que actúan en condición de predominio, como son los sindicatos, las cámaras empresariales, así como otras corporaciones particulares que tengan una situación de predominio, y como tales tengan la posibilidad legal de lesionar los derechos fundamentales de los particulares.

97. Finalmente, por lo que respecta al concepto de “derecho de amparo”, que como hemos dicho es un vocablo de origen hispánico que se ha generalizado con esta misma denominación y algunas equivalentes, en Iberoamérica, ha evolucionado de manera paulatina, en virtud de que al traducirse al castellano los nombres de algunos instrumentos equivalentes, como ocurre con la *Verfassungsbeschwerde* (literalmente queja constitucional), así como otros instrumentos germánicos como los regulados por los ordenamientos de Austria y de Suiza,<sup>69</sup> también se conocen en el

<sup>69</sup> Cfr. Schüler Andrea, Hans, *Die Verfassungsbeschwerde in der Schweiz, der Bundesrepublik Deutschland und Österreich* (El recurso constitucional en Suiza, en la República Federal de Alemania y en Austria), Zürich, 1968; Häberle, Peter, “El recurso de amparo en el sistema de jurisdicción constitucional de la República Federal de Alemania” (trad. de Joaquín Brage Camazano); Lösing, Norber, “El derecho de amparo en Aus-

mismo idioma todos aquellos instrumentos que se utilizan como un medio de impugnación, que después de agotados los recursos ordinarios pueden elevarse ante los tribunales o cortes constitucionales de numerosos países, y para abarcar todas estas instituciones, que son numerosas en el mundo contemporáneo, realizó la obra *El derecho de amparo en el mundo* (México, UNAM-Porrúa-Konrad Adenauer Stiftung, 2006, 1274 pp.), coordinado por Eduardo Ferrer Mac-Gregor y el que escribe el libro, que contiene la colaboración con parámetros uniformes de numerosos juristas de África, Asia, Europea y Latinoamérica,<sup>70</sup> y que también comprende la instancia ante los tribunales internacionales de carácter regional cortes Europea, Interamericana y Africana de Derechos Humanos (ésta última todavía no ha iniciado su funcionamiento, si bien en 2006 fueron electos los jueces que deben integrarlo, no se señaló aún el lugar permanente de su residencia), todo de acuerdo con el concepto de “derecho de amparo internacional” elaborado por la doctrina española.<sup>71</sup>

98. B). Después de haber realizado un breve análisis panorámico de los instrumentos, en su mayor parte de carácter procesal, que tienen la finalidad esencial de tutelar los derechos humanos consagrados constitucionalmente, es preciso complementar con un examen también sumario sobre los organismos, predominantemente jurisdiccionales que entre sus atribuciones poseen la de que se ha convertido en esencial en la mayoría de las cortes, tribunales y salas constitucionales (estas últimas como aportación de los ordenamientos latinoamericanos), me refiero a la tutela y

tria”, y Brage Camazano, Joaquín, “La staatrechtiliche Beschwerde o recurso constitucional de amparo en Suiza”; estos tres últimos estudios incorporados a la obra *El derecho de amparo en el mundo*, cit., pp. 695-760, respectivamente.

<sup>70</sup> Esa obra contiene estudios comparativos de la institución en los ordenamientos, citados por orden alfabético de: Alemania, Argentina, Austria, Bolivia, Brasil, Cabo Verde, Checoslovaquia (Republica Checa), Chile, Colombia, Costa Rica, Croacia, Ecuador, El Salvador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Guatemala, Honduras, Hungría, Macao, Macedonia, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, Rusia, Suiza, Uruguay y Venezuela.

<sup>71</sup> *Cfr.* Como ejemplo, la obra elaborada por los juristas españoles Gimeno Sendra, Vicente y Garbery Llobregaj, José, *Los procesos de amparo (ordinario, constitucional e internacional)*, Madrid, Editorial Colex.

protección de los derechos humanos, tanto constitucionales como de fuente internacional.<sup>72</sup>

#### IV. ORGANISMOS PREDOMINANTEMENTE JURISDICCIONALES QUE POSEEN LA FUNCIÓN DE TUTELA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ÁMBITO INTERNO

99. Con la creación de la Corte Constitucional en la Corte Federal Austriaca (por cierto antecedida en unos meses con la introducción de un organismo similar y del mismo nombre en la Carta Constitucional de Checoslovaquia del 29 de febrero de 1920, ya que la ley fundamental de Austria se promulgó el 1o. de octubre siguiente, si bien el proyecto de esta última fue el modelo de la primera) se inició un amplio desarrollo sobre el “concepto jurídico de las normas constitucionales”, que por regular instituciones políticas se consideraban tradicionalmente en los ordenamientos de Europa Occidental, como no judiciales. A partir de entonces y de manera creciente se judicializaron varias instituciones antes consideradas estrictamente políticas como las controversias entre los órganos centrales y periféricos sobre su competencia legislativa, los llamados “conflictos de atribución entre los órganos del poder, la protección de los derechos humanos consagrados constitucionalmente: el enjuiciamiento de algunos funcionarios de alta jerarquía, e inclusive algunos conflictos electorales”.

100. El modelo austriaco tuvo repercusión en la Constitución Republicana española de diciembre de 1931, en la cual se estableció el Tribunal de Garantías Constitucionales,<sup>73</sup> pero especialmente en la segunda posguerra, durante la cual se generalizó el establecimiento de cortes y tribunales constitucionales para resolver los conflictos derivados de la aplica-

<sup>72</sup> Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “Justicia constitucional y derechos humanos en Latinoamérica”, *La justicia constitucional en la actualidad*, Quito, Ecuador, Universidad Carlos III de Madrid, 2002, pp. 87-142.

<sup>73</sup> Cfr. Cascajo Castro, José Luis, “Kelsen y la Constitución española de 1931”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, enero-febrero de 1978, pp. 243-255; Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, “Significado y funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales”, *Ensayos de derecho procesal civil, penal y constitucional*, Buenos Aires, Revista de Jurisprudencia Argentina, 1944, pp. 503 y 504, y Cruz Villalón, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, pp. 232-419.

ción de las normas fundamentales, pues además de la mencionada Corte Constitucional Austriaca (suprimida en 1934 pero restablecida en 1945), se introdujeron estos órganos jurisdiccionales especializados en las cartas supremas de Italia (1948); República Federal de Alemania (1949); Turquía (1961-1982); en la antigua Yugoslavia (1963-1974); Portugal (1966-1982); España (1948); Bélgica (1980, denominado Tribunal de Arbitraje), y en esa misma dirección se puede mencionar el Consejo Constitucional francés, que inició sus actividades con apoyo en la Constitución de 1958 como órgano político, pero que en la actualidad la doctrina considera que realiza funciones predominantes de jurisdicción constitucional.<sup>74</sup>

101. En años recientes el paradigma europeo continental ha tenido influencia considerable, en especial en los ordenamientos constitucionales de los países de Europa del Este que, con anterioridad a las transformaciones iniciadas en 1989, seguía el modelo soviético, y en la actualidad se han creado tribunales y cortes constitucionales por medio de reformas o expedición de nuevas cartas fundamentales en los siguientes países, citados por orden alfabético: Albania (1992); Bosnia Herzegovina (1995); Bulgaria (1991); Croacia (1991); República Checa (1992); Eslovaquia (1992); Eslovenia (1991); Estonia (1992); Hungría (1989); Letonia (1996); Lituania (1992); Macedonia (1992); Moldavia (1994); Polonia (1982-1986, ahora en la nueva Carta Fundamental de 1997); Rumanía (1991), y Yugoslavia , es decir, lo que queda de la misma (1992).<sup>75</sup>

102. En Latinoamérica la preeminencia de las funciones de los organismos jurisdiccionales especializados en la protección de los derechos

<sup>74</sup> Cfr. Favoreu, Louis, *Los tribunales constitucionales*, trad. de Vicente Villacampa, Barcelona, Ariel, 1994, pp. 43-136; Rousseau, Dominique, *La Justice constitutionnelle en Europe*, París, Montchrestien, 1992, pp. 51-156.

<sup>75</sup> Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “Estudio preliminar a la traducción del libro de Paolo Bicaretti di Ruffia, *Introducción al derecho constitucional comparado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 26-28; Bartole Sergio *et al.*, “Transformazione costituzionali nell’Este europeo”, *Quaderni Costituzionali*, Padua, Il Molino, diciembre de 1992, pp. 383-397; Häberle, Peter, “Constitutional Developments in Easter Europe from the Point of View of Jurisprudence and Constitutional Theory”, *Law and State*, Tübingen, vol. 46, pp. 66 y 67; Torres Pérez, Mercedes y Flores Juberías, Carlos, “Materiales para un estudio comparativo de la justicia constitucional en la Europa central y oriental”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 20-21, España, Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política de la Universidad de Valencia, 1997, pp. 221-265.

humanos ha sido más evidente que inclusive en los ordenamientos europeos continentales que se han señalado anteriormente, debido a que durante una época muy amarga predominaron en nuestra región gobiernos autoritarios, varios de ellos de carácter castrense, que violaron sistemáticamente los derechos fundamentales, y si bien esa época parece superada en la actualidad, o al menos es lo que se desea, se pueden señalar algunas recaídas temporales en algunos de nuestros países. Con ese trágico recuerdo y la posibilidad del restablecimiento de regímenes autoritarios con apariencia democrática es muy comprensible que en Latinoamérica dichos organismos jurisdiccionales especializados en la solución de conflictos constitucionales concentren su atención en la tutela de los derechos humanos.

103. En efecto, los tribunales, cortes y salas constitucionales, así como las cortes y tribunales supremos, en la actualidad se han convertido de manera preeminente en la última instancia de resolución de los instrumentos de tutela de los derechos humanos, los que se plantean previamente ante la jurisdicción ordinaria. Como consecuencia de este dinámico desarrollo se han perfeccionado los instrumentos, predominantemente procesales de protección de los derechos fundamentales, y han aumentado paulatinamente su ámbito de protección, y por ello resuelven mayoritariamente en último grado los “juicios, recursos o acciones de amparo y de hábeas corpus”, y sus equivalentes; tales como el “mandado de seguridad brasileño, el recurso de protección chileno y la acción de tutela colombiana”, así como otros procedimientos dirigidos a la tutela de derechos específicos, entre ellos “las acciones populares y el hábeas data”, que han sido adoptados recientemente por varios ordenamientos de nuestra región.<sup>76</sup>

104. Para abordar este complejo tema, haremos una breve descripción de estos organismos especializados en solución de conflictos constitucionales

<sup>76</sup> Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “Evolución y perspectivas del derecho de amparo mexicano y su proyección internacional”, *Revista Jurídica de Macau*, en el número monográfico sobre *O direito de amparo em Macau e em direito comparado*, Macau, 1999, pp. 11-56; *ibidem*, “El juicio de amparo mexicano, su proyección latinoamericana y en los instrumentos internacionales”, *Memoria de El Colegio Nacional*, 1999, México, El Colegio Nacional, 2000, pp. 53-114. Ambos estudios incorporados en el libro del propio autor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, cit., pp. 795-846 y 847-912, respectivamente.

que se han establecido en Latinoamérica, y su preeminencia en cuanto a sus facultades, para la tutela de último grado de los derechos humanos.<sup>77</sup>

105. A) El desarrollo latinoamericano hacia el establecimiento de organismos jurisdiccionales especializados inspirados en el modelo europeo se inició en 1965, cuando la Constitución de la República de Guatemala del 15 de septiembre de ese año estableció la Corte de Constitucionalidad, específicamente para conocer de los recursos de inconstitucionalidad planteados por órganos del Estado, y si sus fallos eran estimatorios tenían efectos *erga omnes*. No era un tribunal permanente sino que se formaba cada vez que se planteaba dicho recurso. El procedimiento estaba regulado por la Ley de Amparo, Hábeas Corpus y de Constitucionalidad del 3 de mayo de 1966. Al carecer de una situación permanente, además debido a la situación de inestabilidad política y social de dicho país en esos años, el citado tribunal tuvo una pobre y escasa actividad, además fue suprimido formalmente por alguno de los varios gobiernos militares que se apoderaron sucesivamente del gobierno.<sup>78</sup>

106. Dicha Corte de Constitucionalidad fue restablecida por la Carta Fundamental del 31 de mayo de 1985, que sirvió de apoyo a la recuperación de la normalidad democrática. El artículo 268 de la mencionada Constitución introdujo nuevamente la Corte de Constitucionalidad, pero con carácter permanente, la cual posee jurisdicción privativa en materia constitucional y conoce esencialmente en último grado de tres procesos,

<sup>77</sup> La bibliografía sobre este tema es muy abundante, por lo que sólo cito algunas obras que parecen significativas: *Una mirada a los tribunales constitucionales. Las experiencias recientes*, Lima, Comisión Andina de Juristas-Konrad Adenauer Stiftung, 1995; el libro *Los procesos de amparo y de hábeas corpus. Un análisis Comparado*, Serie Lecturas Andinas, 14, Lima, Comisión Andina de Juristas, 2000; en el que se hace un cuidadoso análisis de los jueces y tribunales competentes para conocer de dichos procesos tutelares y su resolución final, ya sea por los tribunales constitucionales o por las cortes supremas; Eguiguren Praeli, Francisco, “Los tribunales constitucionales de la región andina: una visión comparativa”, *Anuario Iberoamericano de Derecho Constitucional*, 4, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, pp. 43-92; Fix-Zamudio, Héctor, “Los tribunales y salas constitucionales en Latinoamérica”, *Estudios jurídicos en homenaje a don Santiago Barajas Montes de Oca*, México, UNAM, 1995, pp. 59-74; Brewer Carías, Allan R., “La jurisdicción constitucional en América Latina”, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, cit., pp. 116-161; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, 2002.

<sup>78</sup> Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Tribunales constitucionales y derechos humanos*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 1985, pp. 133-140.

es decir: *a)* de exhibición personal o hábeas corpus; *b)* amparo constitucional, y *c)* declaratoria de inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas con efectos generales. Dicho precepto fue desarrollado por la Ley de Hábeas Corpus, de Amparo y de Constitucionalidad del 8 de enero de 1986.<sup>79</sup>

107. B) El Tribunal Constitucional chileno fue creado por la reforma promulgada el 21 de enero de 1970 al artículo 78, h, de la Constitución anterior de 1925, y se constituyó el 10 de septiembre de 1971, con apoyo en la regulación de los Autos Acordados de la Corte Suprema publicados el 29 de noviembre y 11 de diciembre del mismo año. Se apartó de los modelos de tribunales constitucionales italiano y federal alemán, ya que se inspiró esencialmente en el Consejo Constitucional francés, en cuanto conocía de manera preventiva de las leyes aprobadas por el Congreso y además funcionaba como un tribunal de conflictos entre los órganos del Estado, y en esta atribución fue muy activo en la difícil época del gobierno del presidente Salvador Allende, que se encontró en controversia permanente con la oposición mayoritaria del órgano legislativo.<sup>80</sup>

108. Dicho tribunal fue suprimido, como era de esperarse por el gobierno militar que dio un golpe de Estado contra el presidente Allende, pero la misma Junta Castrense, presidida por el general Augusto Pinochet, de manera inesperada restableció dicho tribunal en la Constitución de 1980, expedida tras un plebiscito muy discutible, en sus artículos 81 y 83, reglamentados por la Ley Orgánica del Tribunal promulgada por el mismo gobierno castrense el 12 de mayo de 1981, pero con facultades disminuidas, ya que se suprimieron las atribuciones relativas a los conflictos de competencia y sólo se le otorgaron los de conocer de manera preventiva de las leyes aprobadas por el Congreso (entonces en receso), por lo que la actividad de dicho organismo jurisdiccional fue prácticamente nula.

109. Un segundo plebiscito, realizado en 1989, éste sí auténtico, restableció el gobierno constitucional y permitió el funcionamiento del Con-

<sup>79</sup> García Laguardia, Jorge Mario, *La Corte Constitucional (Tribunal Constitucional) de Guatemala. Orígenes y competencias*, México, Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, núm. 8, 1994; Fernández Segado, Francisco y García Belaunde, Domingo, "La jurisdicción constitucional en Guatemala", *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica, cit.*, pp. 649-685.

<sup>80</sup> Cfr. Silva Cimma, Enrique, *El Tribunal Constitucional de Chile (1971-1973)*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1976, pp. 63-220.

greso, y además la introducción de pocas pero muy importantes modificaciones al texto original de la carta de 1980, por medio de las cuales se normalizaron las facultades y las actividades de dicho Tribunal Constitucional, las cuales se centraron en el control preventivo de la inconstitucionalidad de las leyes de reforma constitucional; de los tratados internacionales sometidos a la aprobación del Congreso Nacional; de preceptos legales y con jerarquía de ley, así como del control obligatorio de las leyes interpretativas de la Constitución o de las llamadas leyes orgánicas, así como otras de carácter secundario. Sin embargo, dicho Tribunal Constitucional carecía de competencia para conocer y decidir en último grado del llamado recurso de protección (similar al amparo, en virtud de que en el ordenamiento de Chile se conoce con este último nombre la institución equivalente al hábeas corpus), ya que la última decisión del recurso de protección fue conferida a la Corte Suprema (no obstante que tiene el carácter de tribunal de casación), competencia que fue objeto de severas críticas por la doctrina, y de intentos de reforma constitucional, que no se lograron aprobar entonces por los resabios de la anterior dictadura.<sup>81</sup>

110. Finalmente, al cambiar la composición del Congreso, expresamente del Senado, la cual suprimió a los llamados senadores vitalicios que formaron parte del gobierno castrense anterior, los cuales se oponían a los cambios constitucionales (entre ellos se encontraba el general Pinochet, cuya investidura fue anulada con anterioridad con motivo de los diversos procesos que se le han seguido en Chile), y, entre otros factores, hizo posible durante los últimos años de la presidencia de Ricardo Lagos, la aprobación de tan esperada reforma constitucional, la que se promulgó el 18 y se publicó el 26 de agosto de 2005 e introdujo cambios sustanciales que superaron un buen porcentaje de los restos de autoritarismo que quedaban.

111. Esta reforma constitucional es sustancial en varias materias, y continuó las que se habían realizado con motivo del plebiscito de 1989, que logró terminar con el gobierno de la Junta Militar presidida por el general Augusto Pinochet, pero quedaron varias disposiciones autoritarias en la carta de 1980. Recuerdo un reporte periodístico publicado en 1988, cuando se iniciaba la tramitación del citado plebiscito, esta vez sí auténtico, ya que en lo particular me mantenía informado de la actividad del Instituto

<sup>81</sup> Cfr. Nogueira Alcalá, Humberto, “La jurisdicción constitucional en Chile”, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica, cit.*, pp. 542-561.



Interamericano de Derechos Humanos, el que colaboró eficazmente en la preparación del personal que organizó dicha consulta popular.

112. En ese reportaje se relataba una entrevista de un reportero internacional al citado General Pinochet sobre los posibles resultados de dicha consulta. Al preguntar al presidente si tenía la seguridad de obtener la victoria en el plebiscito, y que si bien de manera remota existía la posibilidad de que tuviera resultados negativos, el general Pinochet, con gran desfachatez, pronunció una frase que se me quedó grabada: “No estoy preocupado por el plebiscito, ya que si lo gano me quedo (como presidente), pero si lo pierdo no me voy”, que fue lo que ocurrió, ya que el general se aseguró que en el nuevo gobierno democrático, se quedara con el cargo muy significativo de comandante del Ejército, y además logró que se mantuvieran en la carta fundamental varios preceptos que le garantizaron por mucho tiempo prerrogativas a sus partidarios, como los cargos de senadores vitalicios, para el cual fue designado, como se ha dicho, cuando terminó su comisión militar, y del que fue privado debido a los juicios que se siguieron a las atrocidades que se cometieron durante el gobierno castrense que encabezó y que dio el golpe de Estado de 1973, que derrocó el gobierno del presidente Salvador Allende, quien perdió la vida en los enfrentamientos.

113. Se ha señalado, con anterioridad, que con motivo del citado plebiscito de 1989 se lograron algunos cambios importantes en cuanto a la democratización de las estructuras y funciones de los órganos de gobierno, pero que no fueron suficientes para eliminar algunas disposiciones que fueron establecidas en la carta de 1980 por el régimen militar, en particular en cuanto al nombramiento y funciones de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional. Durante varios años los gobiernos democráticos pretendieron hacer reformas importantes que suprimieran los obstáculos establecidos astutamente por el gobierno castrense y sus partidarios civiles, que no eran pocos.

114. Finalmente, el presidente Lagos logró una revisión sustancial de la citada carta de 1980, por conducto de las modificaciones constitucionales contenidas en el Decreto núm. 100, publicado en el *Diario Oficial* del 22 de septiembre de 2005, el cual se concentró esencialmente en las funciones de justicia constitucional del organismo jurisdiccional especializado, que se reforzaron de manera sustancial (artículos 92 y 94 del nuevo texto).

115. En cuanto a la estructura y funciones del Tribunal Constitucional se dio un gran avance, se reformó el sistema anterior de nombramiento, establecido en la carta de 1980, en el cual estaba asegurada la participación del gobierno autoritario de entonces, en cuanto los siete magistrados de dicho tribunal eran designados de la siguiente manera: tres ministros de la Corte Suprema electos por ésta por mayoría absoluta en votaciones sucesivas y secretas; un abogado designado por el presidente de la República; dos abogados elegidos por el Consejo de Seguridad Nacional, con participación militar, y un abogado elegido por el Senado por mayoría absoluta de los senadores en ejercicio.

116. Previamente a la reforma constitucional de 2005, además del sistema de designación de los miembros del Tribunal Constitucional mencionado en el párrafo anterior, dicho organismo jurisdiccional especializado poseía facultades de justicia constitucional limitadas, ya que podía conocer de conflictos de competencia y atribución entre los órganos del Estado, así como la decisión sobre la conformidad de las leyes orgánicas constitucionales, de manera obligatoria y con anterioridad a su promulgación,<sup>82</sup> estas últimas consideradas como ordenamientos reforzados para desarrollar normas fundamentales, y por ello varios ordenamientos latinoamericanos los han introducido en los últimos años,<sup>83</sup> si bien todavía

<sup>82</sup> Las leyes orgánicas constitucionales, inspiradas en el modelo francés y español, son aquellas que requieren una mayoría calificada de los miembros de las cámaras legislativas para su aprobación, y generalmente las Constituciones respectivas señalan las materias relacionadas de desarrollo constitucional que deben sujetarse a dichos requisitos. Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “Breve introducción a las leyes orgánicas constitucionales”, *Visión iberoamericana del tema constitucional*, Caracas, Fundación Manuel García Peláyo, noviembre de 2003, pp. 479-514; Sepúlveda, Ricardo, *Las leyes orgánicas constitucionales. El inicio de una nueva constitucionalidad en México*, México, Porrúa-UNAM, 2006. Este autor estudia la posibilidad de establecer en México las leyes orgánicas constitucionales, y formula propuestas concretas para introducirlas con la denominación de “leyes de desarrollo constitucional”.

<sup>83</sup> En los dos estudios mencionados en la nota anterior se mencionan como ordenamientos constitucionales iberoamericanos en los cuales se regulan las leyes orgánicas constitucionales: en Europa, Francia y España. En América Latina, por época de introducción: Venezuela (Constituciones de 1961), artículo 163, y carta fundamental de 1993, artículo 63); Brasil (Constitución Federal de 1988, artículos 59 y 68, calificadas como leyes complementarias); Chile (Constitución de 1980, reformada en 1989 y 2005, artículo 63); Colombia (Constitución de 1991, artículos 203 y 203, que son denominadas leyes estatutarias, pero que también comprenden a las leyes orgánicas, que sólo requieren una votación de mayoría absoluta); Argentina (Constitución Federal de 1853-1860, reformada esen-

existen resistencias entre los juristas que dudan de la eficacia de dichas leyes o las consideran como obstáculos autoritarios, al conservarse en el texto constitucional vigente en Chile.<sup>84</sup> Además, la decisión final sobre los instrumentos protectores de los derechos humanos se confería en último grado a la Suprema Corte de Justicia, así como el “recurso de aplicabilidad” relativo a la impugnación de la inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas con efectos particulares.

117. Las citadas reformas de 2005 modificaron el sistema de nombramiento de los magistrados del Tribunal Constitucional, y ampliaron sustancialmente las facultades del citado organismo jurisdiccional especializado. En cuanto a la designación de dichos magistrados, cuyo número se elevó a diez, uno de los aspectos esenciales de las reformas de 2005 fue trasladar la competencia del recurso de inaplicabilidad de la Corte Suprema al Tribunal Constitucional, pero con la facultad de dicho organismo jurisdiccional de declarar la inconstitucionalidad de las normas legislativas con efectos generales; resolver las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades político-administrativas y los tribunales de justicia, y pronunciarse sobre las cuestiones de constitucionalidad de los autos acordados dictados por la Corte Suprema, los Tribunales de Apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones. Todas estas atribuciones son importantes, pero se debe destacar que actualmente dicho organismo jurisdiccional especializado carece de competencia para pronunciarse en último grado sobre los instrumentos básicos de protección de los derechos fundamentales (recurso de hábeas corpus, conocido como amparo, y el llamado recurso de protección, artículos 20 y 21 constitucionales), que en realidad pueden calificarse de acciones no obstante su denominación oficial. Estos instrumentos pueden promoverse por los afectados en primera instancia ante los Tribunales de Apelación, pero contra sus decisiones puede apelarse ante la citada Corte Suprema.<sup>85</sup>

cialmente en 1994, en varios preceptos); y Ecuador (Constitución de 1948, en su reforma de 1998, artículos 142 y 143).

<sup>84</sup> Cfr. Muñoz León, Fernando, “Leyes orgánico-constitucionales: insatisfactoria rigidización de la democracia”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2006, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, t. I, pp. 115-129.

<sup>85</sup> Cfr. Cumplido Cereceda, Francisco, “Reforma constitucional en Chile”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, pp. 105-113. Este autor considera que con las facultades que le fueron otorgadas por la reforma de 2005, el citado Tribunal Constitucional ha adquirido el carácter de un “superpoder en el sistema político chileno”, lo

118. De acuerdo con la citada reforma de 2005, el Tribunal Constitucional chileno asume nuevas competencias, además de las que se le habían conferido por la carta de 1980, reformada primeramente en 1989, pero resultaría muy complicado realizar un resumen, así sea apretado, de todas y cada una de las complejas facultades de justicia constitucional, debido al propósito de este sencillo estudio.<sup>86</sup> La ampliación esencial de la citada modificación constitucional de 2005 radica en la traslación del llamado “recurso de inaplicabilidad” de la Corte Suprema, en la que anteriormente estaba situado, para su decisión exclusivamente con efectos particulares para las partes, al Tribunal Constitucional, sólo que este medio de impugnación de carácter incidental contra disposiciones normativas le otorga actualmente al Tribunal Constitucional la atribución de pronunciar decisiones con efectos *erga omnes*, de acuerdo con la competencia que se otorga generalmente a los organismos especializados en la solución de conflictos constitucionales, pero además se conserva el control incidental con efectos particulares, el cual no se considera incompatible, especialmente en América Latina, con la declaración general por conducto del control concentrado.

119. Este procedimiento incidental puede ser interpuesto por jueces, tribunales o funcionarios públicos o autoridades administrativas ante las cuales se desarrolla la tramitación para la aplicación de disposiciones legislativas sobre las cuales pueden tener dudas a cerca de su conformidad

cual no parece totalmente correcto, ya que lo que sucede con los organismos jurisdiccionales especializados en la solución de los conflictos constitucionales, con independencia de su encuadramiento en el poder judicial o como órgano de control constitucional, sus funciones los convierten en *organismos constitucionales autónomos*.

<sup>86</sup> Un completo y minucioso estudio de todas las atribuciones encomendadas al Tribunal Constitucional chileno en la reforma constitucional de 2005 puede consultarse en el trabajo de Nogueira Alcalá, Humberto, “La ampliación de las competencias normativas de control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional chileno y la ampliación de la fuerza normativa de sus sentencias de acuerdo con la reforma constitucional de 2005”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 10, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, pp. 241-280; del mismo, “El derecho y acción constitucional de protección (amparo de los derechos fundamentales en Chile) a inicios del siglo XXI”, *El derecho de amparo en el mundo*, cit. *supra*, pp. 150-211; Peña Torres, Marisol, “Desafío para la justicia constitucional chilena a partir de la reforma de 2005”, y Ríos Álvarez, Lautaro, La reforma de 2005 a la Constitución chilena”, estos dos últimos estudios en *Derecho Procesal Constitucional*, núm. 7, México, Porrúa-Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, enero-junio de 2007, pp. 199-212 y 213-231.

con la Constitución, por medio de lo que la doctrina y en ocasiones también la regulación de dicha instancia se califica como “cuestión de inconstitucionalidad”,<sup>87</sup> pero una vez que existe un pronunciamiento sobre la inconstitucionalidad con efectos particulares, el Tribunal Constitucional está facultado para otorgarle efectos generales, y por tanto expulsar la norma del ordenamiento jurídico. Esta decisión puede realizarse por dicho organismo jurisdiccional, por dos instrumentos, o sea, por una parte “una acción pública de inconstitucionalidad”, y en segundo término “de oficio” por el mismo Tribunal, pero en ambos casos la decisión requiere una mayoría de cuatro quintos de sus integrantes.<sup>88</sup>

120. Finalmente, se puede afirmar que el Tribunal Constitucional chileno, si bien posee amplias competencias en cuanto a la inconstitucionalidad de las normas legislativas, carece de la facultad de pronunciarse, como la mayoría de los organismos judiciales de resolución de conflictos constitucionales latinoamericanos, de manera final y definitiva sobre los medios procesales de tutela de los derechos fundamentales, ya que continúan dentro de la esfera de facultades de la Corte Suprema. La doctrina ha resaltado la necesidad de establecer una instancia de protección de tales derechos ante el citado Tribunal Constitucional, a fin de que este organismo jurisdiccional tenga en esta materia esencial el pronunciamiento final sobre estos instrumentos (los llamados recursos de protección y de hábeas corpus o de amparo).<sup>89</sup>

121. C) La Corte Constitucional colombiana fue introducida por los artículos 229 a 245 de la carta fundamental del 7 de julio de 1991. De acuerdo con los citados preceptos, a dicha Corte le corresponde la guarda de la integridad y de la supremacía de la Constitución, por lo que conoce, por acción popular, de las cuestiones de constitucionalidad relativas a la reforma de la ley suprema (exclusivamente por vicios de procedimiento); de la inconstitucionalidad tanto de las leyes expedidas por el órgano legislativo, como de los decretos legislativos y los dictados con fuerza de ley por el Ejecutivo, competencias que anteriormente correspondían a la Corte Suprema de Justicia. A partir de dicha carta fundamental, a dicho

<sup>87</sup> Cfr. Corzo Sosa, Edgar, *La cuestión de constitucionalidad*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

<sup>88</sup> Cfr. Nogueira Alcalá, Humberto, “La ampliación de las competencias normativas de control de constitucionalidad del Tribunal Constitucional”, *cit.*, pp. 250-255.

<sup>89</sup> Cfr. Nogueira Alcalá, Humberto, “La jurisdicción constitucional en Chile”, *cit.*, pp. 562-569.

organismo jurisdiccional especializado le corresponde conocer de la revisión de las decisiones judiciales sobre la “acción de tutela” (equivalente al amparo), para protección de los derechos humanos consagrados constitucionalmente. Los preceptos anteriores fueron desarrollados por el Decreto 2067 del 4 de septiembre de 1991, en el cual se establece el régimen procedimental de los procesos que deben seguirse ante la citada Corte Constitucional.<sup>90</sup>

122. D) Aun cuando la República de Ecuador estableció un organismo jurisdiccional especializado con la denominación de Tribunal de Garantías Constitucionales desde la carta de 1945, restablecido en las Constituciones de 1967 y 1978, su integración y funciones han sido ambiguas, por lo que en realidad puede afirmarse que sólo contó con plenas facultades en materia de control de la constitucionalidad, y se reguló con precisión hasta el texto codificado de la última de las cartas mencionadas, que entró en vigor el 11 de agosto de 1998, con el nombre de Tribunal Constitucional (artículos 275-279). En esencia, dicho organismo especializado conoce de un control abstracto de constitucionalidad de disposiciones legislativas; del control constitucional de actos administrativos; de la objeción de inconstitucionalidad que hace el presidente de la República respecto de un proyecto de ley aprobado por el Congreso; realiza un examen previo de la constitucionalidad de instrumentos internacionales; resuelve los conflictos de competencia o de atribución entre los órganos del Estado, y, lo que es más importante, “conoce de la última instancia de las acciones de hábeas corpus, de hábeas data y de amparo”.<sup>91</sup> El procedimiento para tramitar dichos instrumentos esta regulado por la Ley del Control Constitucional publicada el 2 de julio de 1997.

123. En la Constitución peruana de 1979 se introdujo el Tribunal de Garantías Constitucionales (artículos 296-304), con facultades para co-

<sup>90</sup> Cfr. SÁCHICA, Luis Carlos, *Nuevo constitucionalismo colombiano*, cit., pp. 130-135; Rey Cantor, Ernesto, *Introducción al derecho procesal constitucional. Controles de constitucionalidad y de legalidad*, Cali, Universidad Libre, 1994, pp. 45-84; Tobo Rodríguez, Javier, *La Corte Constitucional y el control de la constitucionalidad en Colombia*, Santa Fe de Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1996; Cifuentes Muñoz, Eduardo, “La jurisdicción constitucional en Colombia”, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, cit., pp. 469-497.

<sup>91</sup> Cfr. Salgado Pesantes, Hernán, “La Jurisdicción constitucional en Ecuador”, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, cit., pp. 573-590; del mismo, “La garantía de amparo en el Ecuador”, *El derecho de amparo en el mundo*, cit., pp. 305-331.

nocer en última instancia de las “acciones de hábeas corpus y de amparo”, así como en forma directa de la “acción de inconstitucionalidad”, cuya decisión en caso de ser estimatoria producía efectos generales. Las citadas disposiciones fundamentales fueron reglamentadas por la Ley Orgánica del Tribunal, promulgada el 19 de mayo de 1982, y complementada por la Ley de Hábeas Corpus y de Amparo promulgada el 7 de diciembre del mismo año.<sup>92</sup> El citado tribunal tuvo pocos años de actividades, y además tenía defectos de organización y de funcionamiento, por lo que conoció de manera muy restringida algunas acciones de inconstitucionalidad interpuestas por varios diputados sobre problemas de carácter electoral en relación con los votos preferenciales, nulos y en blanco,<sup>93</sup> pero la mayor parte de los asuntos que conoció se refirieron a “la última instancia de las acciones de hábeas corpus y de amparo”.

124. En virtud de que dicho Tribunal fue suprimido por el autogolpe del presidente Alberto Fujimori del 5 de abril de 1992, se expidió una nueva Constitución aprobada en referéndum de 31 de octubre de 1993, la cual sustituyó dicho organismo jurisdiccional especializado por el Tribunal Constitucional (artículo 92), el que fue reglamentado por la Ley Orgánica de dicho tribunal del 27 de diciembre de 1994, y publicada el 10 de enero de 1995. Se conservaron las facultades del anterior organismo especializado en cuanto al conocimiento de las acciones de inconstitucionalidad con efectos generales, de los conflictos de competencia constitucionales, y además, del “último grado de las tradicionales acciones de hábeas corpus y de amparo, a las que se agregaron nuevos instrumentos tutelares de las acciones de hábeas data, populares y de cumplimiento”, estos últimos introducidos en esa nueva carta fundamental. Dicho tribunal tuvo muchos problemas y obstáculos para su funcionamiento si se toma en cuenta que para declarar la inconstitucionalidad de normas generales se requerían seis de siete votos. Además, por problemas políticos, tres de sus magistrados fueron destituidos de manera ilegal por el Congreso y

<sup>92</sup> Cfr. Eguiguren Praeli, Francisco José, “El Tribunal de Garantías Constitucionales: las limitaciones del modelo y las decepciones de la realidad”, *Lecturas sobre temas constitucionales*, núm. 7, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1991, pp. 48-58; Valle Riestra, Javier, “El fracaso de la Constitución”, *Lecturas constitucionales andinas*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1992, pp. 20-23; Borea Odría, Alberto, *Las garantías constitucionales: hábeas corpus y amparo*, Lima, Libros Peruanos, 1992, pp. 407-425.

<sup>93</sup> Cfr. Valle Riestra, Javier, *El Tribunal de Garantías Constitucionales. El caso de los votos nulos y blancos*, Lima, Labusa, 1986.

tuvieron que ser reintegrados en cumplimiento de un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.<sup>94</sup> Con la renuncia forzada del ex presidente Fujimori, y el establecimiento de un gobierno de transición, se ha modificado la legislación a fin de que el citado tribunal tenga una función equiparable con otros organismos especializados de la región.

125. Se han aprobado reformas posteriores a la citada Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y además muy recientemente se expidió el Código Procesal Constitucional, el cual unificó todos los procesos y procedimientos de control de la constitucionalidad, e implicó un cambio significativo en esta materia.

126. Haré una breve referencia a las cortes supremas latinoamericanas, que poseen entre sus funciones la decisión sobre cuestiones de constitucionalidad, aun cuando conserven también atribuciones en cuanto a la legalidad de los actos de autoridad. En esta dirección se pueden mencionar: A) El Tribunal Supremo de Brasil, y B) la Suprema Corte de Justicia mexicana.

127. A) Por lo que respecta al Tribunal Supremo Federal de Brasil, se puede afirmar que si bien en las cartas fundamentales anteriores (1934, 1946 y 1967-1969) se le atribuyeron facultades restringidas para decidir sobre normas generales contrarias a la ley suprema, fue la Constitución del 5 de octubre de 1988 la que inició una evolución para conferir a dicho tribunal competencias amplias y crecientes para resolver sobre la conformidad de disposiciones legislativas con dicha carta suprema, que continuó en las sucesivas reformas de 1991, 1993 y 2004.<sup>95</sup>

128. Las diversas competencias del citado tribunal supremo federal en esta materia son muy complejas, pero la tendencia es la de otorgar predominio a sus atribuciones de justicia constitucional, y por ello se califica a dicho organismo jurisdiccional como “Guardián de la Constitución”. De manera sintética, es posible enumerar dichas atribuciones: *a)* en primer término dos acciones abstractas denominadas por el artículo 102, fracción I, inciso *a* como “acción directa de inconstitucionalidad de normas legislativas o de actos normativos federales o locales” (en este sentido se entienden tanto las disposiciones generales propiamente dichas como

<sup>94</sup> *Cfr.* Fallo del 31 de enero de 2001, caso del Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano) vs. Perú.

<sup>95</sup> *Cfr.* Silva, José Afonso da, *Comentário Contextual à Constituição*, São Paulo, 2005, pp. 534-558.



otras normas generales, inclusive de autoridades administrativas), y “acción declaratoria de inconstitucionalidad de normas federales”, con inclusión de la “inconstitucionalidad por omisión legislativa” (pero con el efecto de comunicar al órgano respectivo dicha decisión). Respecto de dichas acciones, las mismas se tramitan por conducto de un “control” concentrado, en cuanto conoce de ellas directamente dicho tribunal supremo. Aun cuando no lo señala expresamente dicho precepto constitucional, las decisiones de dicho organismo jurisdiccional supremo poseen efectos generales o *erga omnes*.

129. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 103 de la citada carta federal del Brasil, están legitimados para interponer las acciones de inconstitucionalidad o de la declaratoria de inconstitucionalidad; el presidente de la República: las mesas directivas del Senado o de la Cámara de Diputados del Congreso Federal; las mesas directivas de la Asamblea Legislativa o de la Cámara Legislativa del Distrito Federal; el procurador General de la República; el Consejo Federal de la Orden de los Abogados del Brasil; un partido político con representación en el Congreso Nacional; así como confederaciones sindicales, o entidades de clase de ámbito nacional. Cuando alguna de dichas acciones no es presentada por el procurador general de la República, éste debe ser oído previamente a la resolución de la misma, así como en todos los procesos de competencia del citado tribunal supremo. Además, el abogado general de la Unión debe ser consultado cuando el Tribunal Supremo conozca en abstracto de una norma legislativa o acto normativo, con el fin de hacer la defensa de las disposiciones impugnadas. Finalmente, cuando el mencionado organismo jurisdiccional declare la inconstitucionalidad por omisión de una disposición o acto normativo dará cuenta al órgano competente para la adopción de las providencias necesarias, pero si se trata de un organismo administrativo debe cumplir dicho fallo en el plazo de treinta días (artículo 103 constitucional, párrafos primero a cuarto).

130. b) “Recurso extraordinario de inconstitucionalidad” contra las decisiones de tribunales inferiores en única o última instancia, sobre la constitucionalidad de disposiciones legislativas o actos normativos aplicables en los procesos concretos de que conocen, lo que significa un control difuso, por lo que la decisión del tribunal supremo sólo tiene efectos particulares para las partes en los procesos en los cuales se plantea. Como ya se ha dicho reiteradas veces, en Latinoamérica no deben considerarse incompatibles el control concentrado con el difuso de inconstitucionalidad.

También debe decidirse en esta vía la constitucionalidad de los tratados internacionales, y declarar la validez de una ley local que contraste con una de carácter federal (artículo 102 constitucional, fracción III).

131. c) “Recurso ordinario de inconstitucionalidad”, tiene por objeto que el tribunal supremo federal conozca y decida de manera definitiva y última sobre los instrumentos de protección de los derechos fundamentales, es decir, el hábeas corpus (para la tutela de los derechos de libertad y la integridad personales), y el *mandado de segurança* (que algunos autores han traducido al castellano como “mandamiento de amparo”, por su similitud con este último y que protege los restantes derechos humanos); hábeas data y *mandado de injunção* (estos dos últimos los explicaremos más adelante (véanse, *infra*, párrafos 120-127) cuando decidan sobre estos instrumentos tutelares de manera denegatoria en última instancia los tribunales superiores (artículo 102, fracción II). Sin embargo, el citado tribunal conoce directamente y en única instancia de dichos instrumentos protectores, incluyendo el habeas data, cuando se promueven contra actos o resoluciones del presidente o vicepresidente de la República; de las Mesas Directivas de las dos Cámaras del Congreso Federal; del Tribunal de Cuentas de la Unión; del procurador general de la República o del propio tribunal supremo (artículo 102, fracción I, inciso *d*).

132. Con acierto, el eminente constitucionalista brasileño José Afonso da Silva define a este sector, de acuerdo con la denominación adoptada por el ilustre jurista italiano Mauro Cappelletti, recientemente fallecido, como “jurisdicción constitucional de la libertad”.<sup>96</sup> Desde mi punto de vista es la atribución de mayor significado que asume dicho tribunal supremo, como lo he sostenido en esta sección (artículo 102 de la carta federal, fracción segunda).

133. d) Conflictos de competencia y atribución entre la Unión y los estados o el Distrito Federal o entre unos y otros, o con un territorio (artículo 102 de la carta federal, fracción I, incisos *e* y *f*). También se ocupa dicho tribunal de algunas causas penales de funcionarios de la mayor jerarquía (artículo 102, fracción I, inciso *b*).<sup>97</sup>

<sup>96</sup> En la obra citada en la nota anterior, pp. 551-552.

<sup>97</sup> *Cfr.* Sobre las repercusiones de la enmienda constitucional número 45 de ocho de diciembre de 2004, en cuanto a las funciones de justicia constitucional del Tribunal Supremo de Brasil puede consultarse el documentado estudio de Barbosa Moreira, Juan Carlos, “A recente reforma da Constituicao brasileira e o Supremo Tribunal Federal”,

134. B) La Suprema Corte de Justicia de México, creada en 1825, bajo la Constitución Federal de 1824, siguió formalmente la estructura y funciones de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, de acuerdo con la Ley Judicial de 1789, pero la competencia original del organismo judicial estadounidense que se consagró en dicho texto constitucional no se aplicó en la práctica por la diversidad de desarrollo jurídico y cultural, y además por el peso de la tradición hispánica de tres siglos de dominio español, y en la realidad el más alto tribunal mexicano a partir de 1826, desempeñó la función de tribunal de apelación de los tribunales del Distrito Federal, hasta 1855, año en el cual se promulgó la ley que estableció el tribunal superior del propio Distrito, y no fue sino con la consagración del juicio de amparo, introducido en el artículo 25 del documento fundamental denominado Acta de Reformas (a la citada carta federal de 1824), propuesto por el insigne jurista y político mexicano Mariano Otero, y consagrado definitivamente en los artículos 101 y 103 de la Constitución de 1857 (equivalentes a los artículos 103 y 107 de la carta federal vigente de 1917, pero con un considerable desarrollo legislativo y jurisprudencial), cuando la Suprema Corte de México inició sus atribuciones de justicia constitucional.<sup>98</sup>

135. Con la creación jurisprudencial por la Suprema Corte de Justicia de un nuevo sector del juicio de amparo a partir de 1869, considerándolo procedente contra todas las sentencias de todos los jueces del país, cuando se impugnaban por violaciones de la legalidad, con apoyo en una interpretación muy discutible del artículo 14 de la carta fundamental de 1857;<sup>99</sup> dicho criterio sobre el llamado amparo judicial fue

*XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Problemas actuales del proceso iberoamericano*, vol. I, Ponencias y Comunicaciones, Málaga, Servicio de Publicaciones Centro de Ediciones de la Diputación Provincial de Málaga (CEDMA), 2006, pp. 311-322. del mismo, “El mandado de Seguridad en Brasil”, *El derecho de amparo en el mundo*, trad. del portugués por Adriana Lara Santana y Alejandro Anaya Huertas, *cit.*, pp. 123-157.

<sup>98</sup> Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “La Suprema Corte y el juicio de amparo”, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, *cit.*, pp. 467-575; Carrillo Flores, Antonio, “La Suprema Corte de Justicia mexicana y la Suprema Corte Norteamericana. Orígenes semejantes, caminos diferentes”, *Estudios de derecho administrativo y constitucional*, México, UNAM, 1987, pp. 215-286.

<sup>99</sup> Cfr. Rabasa, Emilio, *El artículo 14. Estudio constitucional* (publicado originalmente en 1906), reproducido conjuntamente con el estudio del mismo autor, *El juicio constitucional*, México, Porrúa, 1955, pp. 95-102, y 313-322.

acogido expresamente en los artículos 14 y 16 de la carta federal vigente. Este sector del amparo se convirtió en la práctica en un “recurso de casación federal” para el “control de la legalidad” de los citados órganos jurisdiccionales locales y federales, con lo cual la Suprema Corte mexicana se trasformó predominantemente en un tribunal de casación, competencia que creó un gran rezago, y ha requerido numerosas reformas constitucionales y legales para abatirlo sin mucho éxito, como fue la creación de los tribunales colegiados de circuito en 1951; así como el creciente número de los mismos y el traspaso paulatino de la Corte a dichos tribunales de circuito, de asuntos judiciales que se consideraron de menor importancia en 1968. Como era previsible, este control de legalidad aumentó con el tiempo de manera excesiva, lo que produjo creciente rezago, ya que todos los asuntos judiciales del país se concentraron a partir de la mencionada jurisprudencia y hasta la introducción de los citados tribunales colegiados, en la Suprema Corte, situación que fue calificada en la primera década del siglo XX por el notable jurista mexicano Emilio Rabasa como la “imposible tarea de la Corte”.<sup>100</sup>

136. Este peso que fue aumentando de manera incontenible trajo como resultado que se oscureciera y limitara la esencial función de justicia constitucional de nuestro máximo tribunal, que por mucho tiempo se concentró de manera exclusiva al control de legalidad por medio del juicio de amparo.<sup>101</sup> La misma Suprema Corte tenía, en teoría, el conocimiento de otro instrumento de control de constitucionalidad, calificado como “controversias constitucionales” (artículo 95 de la Constitución federal vigente de 1917),<sup>102</sup> pero no se utilizó en la práctica, si se toma en consideración que solamente una sola controversia constitucional fue resuelta en cuando al fondo en 1932.<sup>103</sup>

<sup>100</sup> *Ibidem*, pp. 103 y 104.

<sup>101</sup> *Cfr.* Fix-Zamudio, Héctor, “Breve introducción al juicio de amparo mexicano”, *Ensayos sobre el juicio de amparo*, cit., pp. 19-44.

<sup>102</sup> Artículo 105, controversias constitucionales en el artículo 105 de la carta de 1917, en su texto original, establecía; “Corresponde sólo a la Suprema Corte de Justicia de la Nación conocer de las controversias que se susciten entre dos o más Estados, entre los Poderes de un mismo Estado sobre la constitucionalidad de sus actos y de los conflictos entre la Federación y uno o más Estados, así como aquellas en que la Federación sea parte en los casos que establezca la Ley.”

<sup>103</sup> *Cfr.* Fix-Zamudio, Héctor, “Presente y futuro de la casación civil a través del juicio de amparo”, y “El amparo mexicano como instrumento protector de los derechos hu-

137. Después de varios intentos, que no cumplieron su cometido o lo hicieron parcialmente, se logró finalmente una reforma sustancial tanto constitucional como reglamentaria que entró en vigor el 18 de enero de 1988, por medio de la cual se encomendó a la Suprema Corte de Justicia la facultad exclusiva de decidir las cuestiones de constitucionalidad, en particular el juicio de amparo contra normas generales, sin modificar la estructura del máximo tribunal, el cual continuó funcionando en cinco salas, con cinco ministros cada una, cuatro de ellas divididas por materias y una de carácter auxiliar. En cuanto a las controversias sobre la legalidad de las resoluciones judiciales (amparo-casación), todas ellas se encomendaron a los tribunales colegiados de circuito, los que tuvieron un crecimiento acelerado tanto en número como en especialización, esto último en las principales ciudades del país. No obstante que el más alto tribunal conservó algunos aspectos casacionistas, desde el punto de vista material, se puede afirmar que se transformó esencialmente en un verdadero “tribunal constitucional”, si bien con atribuciones limitadas a los sectores del juicio de amparo en los cuales se plantearan controversias sobre constitucionalidad.<sup>104</sup>

138. Esta evolución se perfeccionó con las reformas constitucionales y legales de 1995, ya que las mismas, en cuanto al control de la constitucionalidad, vigorizaron la labor de la Suprema Corte de Justicia en materia de justicia constitucional, inclusive en cuanto a su estructura, ya que se redujo el número de sus integrantes, de los veintiséis anteriores a sólo once, número reducido que caracteriza a los tribunales, cortes y salas constitucionales en nuestra época.<sup>105</sup> Además, en dicha reforma se exten-

manos”, ambos en *Ensayos sobre el juicio de amparo*, cit., pp. 237-284 y 619-666, respectivamente.

<sup>104</sup> Cfr. Entre otros, Fix-Zamudio, Héctor, “La Suprema Corte de Justicia como tribunal constitucional”, *Las nuevas bases constitucionales y legales del sistema mexicano. La reforma judicial de 1986-1987*, y *Reformas constitucionales de la renovación nacional*, ambos publicados por Porrúa, 1987, pp. 345-390 y 495-541, respectivamente. Del mismo, “Ochenta años de evolución constitucional del juicio de amparo mexicano”, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, cit., pp. 753-793.

<sup>105</sup> En general los tribunales, cortes y salas constitucionales cuentan con un número más reducido de integrantes que los tribunales supremos de casación. El ejemplo lo ha proporcionado el sistema europeo de organismos jurisdiccionales autónomos especializados en la solución de conflictos constitucionales. Así, se puede citar que la Corte Constitucional Austriaca con 14 titulares y 6 suplentes; Tribunal Federal Constitucional Alemán, es el más amplio, con 16 miembros; Corte Constitucional italiana con 15; Consejo

dió la competencia originaria del más alto tribunal en cuanto al conocimiento de las “controversias constitucionales”, las que se habían restringido en el artículo 105 original a los conflictos de competencia, para abarcar, a partir de dichas modificaciones, la legitimación de los municipios para promoverlas, y se introdujeron los llamados *conflictos de atribución* entre los diversos órganos del poder, tanto de los estados, del Distrito Federal y del gobierno federal (excluyendo en estas últimas al Poder Judicial Federal, encargado de resolver estos conflictos).<sup>106</sup> Esta norma fundamental fue desarrollada por la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Federal, publicada el 11 de mayo de 1995.

139. Se consagró en esta reforma de 1995 la llamada “acción (abstracta)<sup>107</sup> de inconstitucionalidad”, de origen europeo, con el objeto de que las minorías parlamentarias (33% de cada Cámara Legislativa) pudieran impugnar las disposiciones legislativas aprobadas por la mayoría tanto de las cámaras del Congreso de la Unión como de las legislaturas locales. También se legitimó al procurador general de la República para interponer dicha acción. Una nueva reforma publicada el 22 de agosto de 1996 a la fracción I del mencionado artículo 105 constitucional, otorgó legitimación a las dirigencias de los partidos políticos registra-

Constitucional francés con 9; Tribunal Constitucional español con 12; Tribunal Constitucional portugués con 13, y Tribunal de Arbitraje Belga (que no obstante su denominación es jurisdiccional) con 12. Por lo tanto, el número actual de los integrantes de la Suprema Corte mexicana, es decir, es de 11, posee una estructura similar, ya que, como se ha señalado, materialmente se ha transformado en un verdadero tribunal constitucional. *Cfr.* Fovoreu, Louis, *Los tribunales constitucionales*, trad. al castellano de Vicente Villacampa, Madrid, 1992, véase especialmente cuadro sinóptico, pp. 32 y 33.

<sup>106</sup> Sobre las controversias constitucionales se ha elaborado una copiosa bibliografía, por lo que nos limitamos a citar el estudio realizado por Fix-Zamudio, Héctor, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, México, Porrúa-UNAM, 2005, pp. 209-230, y los autores allí citados. También conviene referirse al estudio más reciente sobre esta materia, es decir, el de Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “La Suprema Corte de Justicia de México (de tribunal de casación a tribunal constitucional)”, *Problemas actuales del proceso iberoamericano*, Actas de las XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Málaga, España, Servicio de Publicaciones del Centro de Ediciones de la Diputación Provincial de Málaga, 2005, t. I, *cit.*, pp. 541-559. En cuanto a las controversias constitucionales señala que a partir de 1995 hasta 2004 se habían presentado 873, p. 548.

<sup>107</sup> Sobre el carácter abstracto de la acción de inconstitucionalidad mencionada puede consultarse el documentado estudio del jurista español Brage Camazano, Joaquín, *La acción de inconstitucionalidad*, México, UNAM, 2000, (2a. ed., 2004), pp. 51-59.

dos para combatir las disposiciones legislativas en materia electoral, y, finalmente, en una modificación constitucional muy reciente, publicada en 2006 al citado artículo 105 de la carta federal, también se facultó a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos para interponer dicha acción contra normas generales de carácter federal que en su concepto pudieran violar derechos fundamentales, y una atribución similar se confirió a las comisiones locales de derechos humanos para interponer dicha acción en sus respectivas esferas de competencia. Dicha acción fue desarrollada por la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la carta federal, citada en el párrafo anterior (artículos 64-70).<sup>108</sup>

140. Es necesario señalar que las decisiones pronunciadas por la Suprema Corte de Justicia en las controversias constitucionales y en las acciones de constitucionalidad, cuando son estimatorias y tengan la aprobación de ocho de los once magistrados que la integran, “tienen efectos generales para el futuro, y por ello no tienen carácter retroactivo, salvo cuando son favorables en la materia penal”, en el supuesto de que se impugnen normas generales (artículos 42-45, 72 y 73, respectivamente, de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).

141. Por el contrario, no obstante que la doctrina ha insistido desde hace bastante tiempo para que se le otorguen efectos generales al juicio de amparo contra disposiciones legislativas, como ya se ha impuesto en la mayoría de los ordenamientos latinoamericanos en relación con la impugnación de normas generales,<sup>109</sup> este propósito todavía no se ha logra-

<sup>108</sup> También es extensa la producción bibliográfica sobre la acción de inconstitucionalidad, por lo que sería muy difícil citarla en esta oportunidad, y por ello también mencionaré únicamente el trabajo de Fix-Zamudio, Héctor, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, con la bibliografía allí citada, pp. 231-246. En el estudio reciente de Ferrer Mac-Gregor, *cit.*, se señala que se han interpuesto ante la Suprema Corte, de 1995 a 2004, 222 acciones de inconstitucionalidad, p. 547. Consideramos útil citar el libro reciente de la ministra de la Suprema Corte de Justicia, Sánchez-Cordero y García Villegas, Olga, *Magistratura constitucional en México. Elementos de juicio*, México, UNAM, 2005; Zaldívar, Arturo, “Reflexiones sobre la jurisdicción constitucional en México. A doce años de la reestructuración de la Suprema Corte y a propósito de la reforma constitucional de 14 de septiembre de 2006”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 7, enero-junio de 2007, pp. 233-241.

<sup>109</sup> *Cf.* Fix-Zamudio, Héctor, varios estudios, entre los que pueden mencionarse: “La declaración general de inconstitucionalidad y el juicio de amparo”, aparecido primero en

do, debido a que tradicionalmente se ha invocado la llamada “Fórmula Otero”, redactada por Mariano Otero en el artículo 25 del documento llamado Acta de Reformas de 1847 (a la carta federal de 1824), que a su vez se inspiró en el libro clásico de Alexis de Tocqueville, *La democracia en América del norte*, en el capítulo relativo al Poder Judicial de los Estados Unidos, en el cual ha imperado el control difuso, de acuerdo con el que todos los jueces, con independencia de su jerarquía, tienen la obligación, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo VI de la carta federal, de desaplicar en cada caso concreto las disposiciones legislativas cuando sean contrarias a la misma Constitución. Esta redacción fue incorporada a las Constituciones federales de 1857 (artículo 102) y a la vigente de 1917 (artículo 107, fracción II).

142. Si bien no se ha logrado su aprobación por parte del órgano de reforma constitucional (artículo 135 de la carta federal, aprobación de las dos cámaras del Congreso de la Unión por mayoría de las dos terceras partes de los miembros presentes y la mayoría de las legislaturas de los

*Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 10-11, enero-agosto de 1971, pp. 53-98, y posteriormente incorporado el libro del mismo autor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, cit., pp. 183-226; del mismo, “La justicia constitucional en Iberoamérica y la declaración general de inconstitucionalidad,” publicado primeramente en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 11, septiembre-diciembre de 1979, pp. 64-694, y posteriormente en el libro *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1984, pp. 439-493; del mismo, “Función del Poder Judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos”, *Función del Poder Judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos*, México, UNAM, 1977, reproducido en *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*, México, UDUAL-Miguel Ángel Porrúa, 1988, pp. 131-154; del mismo, “La declaración general de inconstitucionalidad, la interpretación conforme y el juicio de amparo mexicano”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, núm. 8, 2001, pp. 89-155; del mismo, “La declaración general de inconstitucionalidad en el juicio de amparo y el juicio de amparo mexicano”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 6, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 87-142; Castro, Juventino, V., *Hacia el amparo evolucionado*, 2a. ed., México, Porrúa, 1977, pp. 34-44; Vallarta Plata, José Guillermo, “El Poder Judicial y el sistema de la declaración de inconstitucionalidad”, *Función del Poder Judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos*, cit., pp. 169-186; Aguilar Álvarez y de Alba, Horacio, *El amparo contra leyes*, México, Trillas, 1989, pp. 109-128; Castillo Soberanes, Miguel Ángel, “La declaración general de inconstitucionalidad como medio de depuración del sistema jurídico mexicano”, *Ars Iuris. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana*, México, núm. 6, 1991, pp. 49-72.



estados), se ha presentado una iniciativa reciente por senadores de varios partidos, con apoyo en las modificaciones constitucionales y legales del proyecto aprobado por la Suprema Corte de Justicia en mayo de 2001, que incluye una propuesta de nueva Ley de Amparo, reglamentaria de estos cambios, el principal de los cuales es, por supuesto, la largamente esperada declaración general de inconstitucionalidad, que como ya se ha expresado (véase, *supra*, párrafo 92), se ha establecido en las sentencias estimatorias de la Suprema Corte de Justicia en relación con las controversias constitucionales, cuando se impugnan normas generales y de la acción abstracta de inconstitucionalidad, pero ahora se aplicaría también en los juicios de amparo contra disposiciones legislativas.

143. En los proyectos tanto de reformas constitucionales como de una nueva Ley de Amparo no se proponen cambios sustanciales o al menos al nivel de numerosos ordenamientos contemporáneos, en los que es suficiente un solo fallo de constitucionalidad con efectos generales para que se produzca la invalidez de las normas legislativas que se estiman contrarias a la carta suprema. Debido a que ha sido tradicional y prolongada la aplicación absoluta de la llamada “Fórmula Otero”, no se propone su supresión sino exclusivamente su modificación pero de manera prudente y moderada, y casi podríamos calificarla de conservadora ya que no se cambia sustancialmente el régimen anterior.

144. Además, con el propósito de atenuar los efectos de la declaración general de inconstitucionalidad, en el proyecto de modificaciones tanto constitucionales como legales se propone la introducción del instrumento bien conocido en otros tribunales y cortes constitucionales de nuestra época con el nombre de “interpretación conforme”, de acuerdo con la cual antes de realizar la citada declaración general debe efectuarse el intento de armonizar las disposiciones generales impugnadas con la Constitución, y ello es posible si se establece una interpretación obligatoria de acuerdo con la cual las citadas normas pueden considerarse conformes con la carta fundamental, como lo expresé con anterioridad.

145. Como se ha afirmado con anterioridad, tanto a las propuestas de modificaciones constitucionales como las del texto del proyecto de Ley de Amparo no podemos considerarlas como de carácter radical, ya que el régimen que se pretende introducir tiene las siguientes modalidades (artículos 230 a 233 del Proyecto de Nueva Ley de Amparo):

146. *a)* En primer término la declaración general de inconstitucionalidad únicamente procedería tratándose de lo que hemos calificado como “acción de inconstitucionalidad”, es decir, aquella que se interpone directamente contra los actos de expedición, promulgación y publicación de las normas legislativas, y se señalan como autoridades demandas a aquellas que han intervenido en el procedimiento legislativo, el cual tiene dos instancias; la primera ante un juez de distrito, y la segunda por conducto del calificado como recurso de revisión (en estricto sentido de apelación) ante la Suprema Corte, la que dicta la sentencia definitiva y firme, y *b)* por tanto, no se aplicaría a las decisiones pronunciadas respecto de cuestión de inconstitucionalidad del llamado amparo directo o de una sola instancia contra resoluciones judiciales, cuya decisión final corresponde a los tribunales colegiados, que en ocasiones admiten una segunda instancia ante la Suprema Corte, debido a ello es posible concebir a este sector como recurso de inconstitucionalidad, por lo que respecto de dichos juicios contra resoluciones judiciales se mantendría la mencionada fórmula Otero, en cuanto a la desaplicación de normas generales en cada caso concreto y con efectos sólo entre las partes.<sup>110</sup>

#### V. LOS DERECHOS HUMANOS CONSTITUCIONALES INTERNOS DE FUENTE INTERNACIONAL

147. Hemos señalado anteriormente el desarrollo que ha llevado a los ordenamientos de Iberoamérica al reconocimiento de los tratados internacionales de derechos humanos en un nivel superior al derecho interno en varios niveles, inclusive el constitucional o inclusive sobre las mismas cartas fundamentales. Además de lo anterior se puede afirmar que de manera indirecta se ha producido un reconocimiento generalizado del nivel constitucional de los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales sobre esta materia, es decir, del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno, en virtud de que al ser incorporados formalmente a los ordenamientos nacionales, una vez ratificados por el órgano ejecutivo nacional y aprobados legislativamente, se comparan como parte integrante del propio ordenamiento interno en su carácter de “derechos humanos de fuente internacional”. En estas condiciones, el

<sup>110</sup> Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, cit., pp. 267-268 y 294-295.

derecho nacional de los derechos humanos comprende los establecidos en el ámbito interno por las Constituciones y las leyes, y además por aquéllos establecidos en los tratados internacionales de esta materia, cuando han sido incorporados por medio de los procedimientos constitucionales establecidos en las leyes fundamentales de los ordenamientos internos.<sup>111</sup>

148. El resultado de esta incorporación o integración en los ámbitos nacionales, además de los derechos propios, que como hemos visto han evolucionado de manera considerable en amplitud y profundidad en Iberoamérica, es la formación de un conjunto de derechos humanos muy amplio y diversificado. Pero otra consecuencia de esta integración ha sido la vinculación de la justicia constitucional con la de carácter internacional, en virtud de que el “sector de los derechos humanos internos de fuente internacional” es del conocimiento común de ambas esferas, ya que en el ángulo nacional es el que tiene la función esencial de tutelar el conjunto total de los derechos fundamentales, y una vez agotadas estas instancias los organismos internacionales poseen la función “subsidiaria o complementaria” de proteger los derechos de fuente internacional, que son los mismos consagrados en los tratados internacionales, por lo que ambos organismos coinciden en este aspecto, pero desde diversas perspectivas. El resultado de esta combinación es la vinculación de interpretaciones, y por tanto “cada vez es más frecuente que la jurisprudencia y los precedentes de los organismos internacionales sean utilizados por los tribunales nacionales en la solución de los conflictos que se les someten, por la violación de los citados derechos humanos de fuente internacional”.

VI. LAS RELACIONES ENTRE LOS TRIBUNALES, CORTES Y SALAS  
CONSTITUCIONALES CON LOS ORGANISMOS DE CARÁCTER INTERNACIONAL,  
EN LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES,  
PARTICULARMENTE EN EL CAMPO DE LOS DERECHOS HUMANOS

149. Uno de los temas que ha sido analizado con frecuencia y profundidad en los últimos años es la relación entre dichos organismos y los de

<sup>111</sup> Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “Protección jurídico-constitucional de los derechos humanos de fuente internacional en los ordenamientos de Latinoamérica”, *Derecho constitucional para el siglo XXI, cit.*, t. I, pp. 1727-1745.

carácter internacional.<sup>112</sup> No debe perderse vista que los organismos internacionales sólo poseen una “función complementaria y subsidiaria” respecto de la protección jurídica de los derechos fundamentales por parte de los Estados nacionales, los que tienen encomendada esencialmente la protección y desarrollo de los propios derechos. Por otra parte, los tribunales internacionales no pueden decidir sobre la constitucionalidad de los actos o de las normas generales de los ordenamientos internos, ya que esa función corresponde de manera exclusiva a los organismos jurisdiccionales nacionales, en cuanto los primeros sólo tienen la facultad de decidir si dichos actos o normas generales están de acuerdo, o, por el contrario, infringen las disposiciones de los instrumentos internacionales que han sido ratificados por los Estados respectivos.

150. Al respecto, la doctrina ha señalado que las decisiones de los organismos jurisdiccionales de carácter internacional no sólo influyen en los casos concretos de los cuales conocen y que deben ejecutarse en el ámbito interno,<sup>113</sup> sino que la trascendencia más importante se refiere a la jurisprudencia de dichos tribunales, la cual se ha aplicado cada vez con mayor frecuencia por los organismos jurisdiccionales internos en los casos similares a los resueltos por los primeros, ya que éstos deben tutelar no sólo los derechos fundamentales consagrados por los ordenamientos constitucionales, sino también los establecidos por los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por los Estados correspondientes.<sup>114</sup>

<sup>112</sup> Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “Las relaciones entre los tribunales nacionales y los internacionales, aparecido originalmente en la obra *Transnacional Aspects of Procedural Law*, Internacional Asociación of Procedural Law. X World Congress of Procedural Law, Taormina, Italia, 17-23 de septiembre 1995, *General Reports*, Milán, Università di Catania, Giuffrè Editores, 1998, t. 1, pp. 181-311; reproducido en la obra del mismo autor, *Justicia constitucional. Ombudsman y derechos humanos*, 2a. ed., México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2001, pp. 622-636.

<sup>113</sup> Cfr. Ruiz Miguel, Carlos, *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 1997; Buergenthal, Thomas, “Internacional Tribunals and National Courts. The Internationalization of Domestic Adjudication”, *Recht. zwischen Umbrach und Bewahrung Festschrift für Rudolf Bernhardt*, Berlin-Heilderberg, 1995, pp. 687-703.

<sup>114</sup> Cfr. Cançado Trindade, Antonio, “Interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos”, *El juez y la defensa de la democracia. Un enfoque a partir de los derechos humanos*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Comisión de las Comunidades Europeas, 1993, pp. 233-270; del mismo (ed.), *A Incorporacao das Normas Internacionais de Protecao*

151. Si nos concentramos en la jurisdicción constitucional latinoamericana, se puede afirmar que todos los gobiernos de nuestra región se han sometido expresamente, de manera general y permanente a la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos *Humanos*, si se toma en consideración, por otra parte, que ni los Estados Unidos ni Canadá han ratificado la Convención Americana y están muy lejanos de hacerlo, y con mayor razón someterse a la competencia contenciosa del citado Tribunal, con toda razón podemos calificarla como Corte Latinoamericana de Derechos Humanos. Por este motivo, se puede afirmar que la jurisprudencia del mencionado organismo jurisdiccional internacional, en primer término, y en segundo los criterios sustentados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se aplican de manera constante y cada vez con mayor frecuencia por los organismos que ejercen la jurisdicción constitucional latinoamericana, en su creciente labor de proteger los derechos fundamenta-

dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Comité Internacional de la Cruz Roja-Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados-Comisión de la Unión Europea, 1996. Debe tomarse en cuenta que inclusive la Corte Suprema de los Estados Unidos, que ha sido renuente a la utilización de precedentes judiciales extranjeros o internacionales, algunos de sus magistrados han reconocido la universalidad de los derechos humanos, como se observa en algunos fallos recientes, de acuerdo con lo que señala el jurista norteamericano Fine, Toni M., “El uso de precedentes jurisprudenciales de origen extranjero por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América”, trad. de Rodolfo Béjar, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 6, julio-diciembre de 2006, pp. 327-367; Silva García, Fernando, *Derechos humanos. Efectos de las sentencias internacionales*, México, Porrúa, 2007, quien hace un amplio análisis de la influencia de las resoluciones de los organismos jurisdiccionales internacionales de carácter regional en el ámbito nacional, ya que dicha documentada obra tiene como subtítulo la denominación de *Efectos de las sentencias internacionales*, pp. 130-199, y un amplio capítulo, el cuarto, denominado “Tribunales constitucionales y jurisdicción regional sobre derechos humanos: jurisprudencia constitucional inconventional”, pp. 254-321; Drzemczewski, Andrew, *European Rights Convention in Domestic Law. A Comparative Study* Clarendon Press, Oxford Inglaterra, 1997. Este autor, no obstante que su documentada obra no tiene una gran extensión (372 pp.), realiza un estudio comparativo de numerosos países de Europa, entre ellos el Benelux y Francia; Austria, la República Federal de Alemania, Lichtestein y Suiza; los países escandinavos: Grecia, Italia, Portugal, España y Turquía.; así como Chipre, Irlanda. Malta y el Reino Unido, sobre la forma de aplicar los derechos de la Convención de Roma en el ámbito interno, y en sus conclusiones señala la necesidad de armonizar y uniformar dicha aplicación, ya que existen diversas modalidades y matices en la misma.

les establecidos en los instrumentos internacionales que han sido ratificados por los Estados de la región.<sup>115</sup>

152. En la actualidad veintiún países, de los veinticinco que han ratificado la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, han reconocido la jurisdicción de la Corte Interamericana; los que se citan por orden alfabético y el año de ese reconocimiento: Argentina (1985); Barbados (2000); Bolivia (1993); Brasil (1998); Colombia (1985); Chile (1990); Costa Rica (1980); Ecuador (1995); El Salvador (1995); Guatemala (1987); Haití (1998); Honduras (1981); México (1998); Nicaragua (1991); Panamá (1990); Paraguay (1993); Perú (1981); República Dominicana (2000); Suriname (1987); Uruguay (1985), y Venezuela (1985). Debe hacerse la aclaración que Trinidad y Tobago se había sometido a la competencia jurisdiccional de la Corte Interamericana en 1981, pero denunció la Convención Americana el 26 de mayo de 1998 y, después de haber transcurrido el año que establece el artículo 78 de la citada Convención, actualmente ha quedado sin efecto ese reconocimiento.<sup>116</sup>

153. La doctrina ha hecho mención de la tendencia creciente en los ordenamientos latinoamericanos para la aplicación de la jurisprudencia de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos en el ámbito interno, de manera preferente la establecida por la Corte

<sup>115</sup> Fix-Zamudio, Héctor, *México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2a. ed., México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1999; del mismo, “Notas sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, cit., pp. 163-224; del mismo, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Ovalle Favela, José (coord.), *Administración de justicia en Iberoamérica y sistemas judiciales comparados*, México, UNAM, 2006, pp. 463-522; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional (Dimensión transnacional del derecho procesal constitucional)”; García Ramírez, Sergio, “El futuro del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, y Hitters, Juan Carlos, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Veinte años de vigencia), los tres estudios en *Derecho procesal constitucional*, cit., t. II, pp. 1571-1585; 1587-611, y 1647-1683, respectivamente, y Brewer Carías, Allan R., “La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden jurídico interno. Estudio de derecho constitucional comparado latinoamericano”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2006, núm. 6, pp. 29-78.

<sup>116</sup> Cfr. *Documentos básicos en materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano (Actualizado a junio de 2005)*, San José, Costa Rica, Secretaría de la Corte Interamericana, 2005.

Interamericana de Derechos Humanos,<sup>117</sup> pero también debe tomarse en consideración que la propia Corte Interamericana ha tomado en cuenta el derecho interno de los ordenamientos latinoamericanos para las decisiones y opiniones que ha pronunciado,<sup>118</sup> lo que significa, como se ha señalado con anterioridad, que existe una influencia constante y recíproca entre los tribunales nacionales y la jurisdicción internacional, especialmente de la Corte Interamericana.<sup>119</sup>

154. Aun cuando no con la misma intensidad, podemos señalar que también han tenido influencia en los organismos jurisdiccionales internos

<sup>117</sup> La jurisprudencia actual de la Corte Interamericana tanto en opiniones consultivas como en decisiones jurisdiccionales de fondo es considerable, y al respecto puede consultarse el documentado estudio coordinado por el destacado jurista mexicano Sergio García Ramírez, actualmente presidente del propio tribunal, intitulado *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2 vols.; el primero aparecido en 2002, pero actualizado en la segunda edición, México, UNAM, 2006, que contiene los criterios sustentados por ese tribunal internacional desde el inicio de sus funciones a finales de 1979 hasta diciembre de 2005. En dicha obra también puede consultarse el cuidadoso análisis realizado por el mismo García Ramírez y Toro Huerta, Mauricio Iván del, “México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Veinticinco años de jurisprudencia”, vol. II, pp. XI-LXXXII. También es muy útil la consulta de la obra colectiva *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un Cuarto de Siglo (1979-2004)*, que contiene estudios elaborados por los jueces de dicho tribunal, y publicado por el mismo en San José, Costa Rica, 2005, así como un extenso análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, de acuerdo con las materias respectivas, “Criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1979-2004”, pero se le agregó al final los propios criterios hasta junio de 2005, pp. 523-1228.

<sup>118</sup> En cuanto a las segundas debe tomarse en cuenta el excelente estudio realizado por el distinguido internacionalista, quien también fue presidente y juez del citado tribunal, Gros Espiell, Héctor, “Algunas cuestiones relativas al derecho interno en la jurisprudencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, núm. 3, 1999, pp. 349-371.

<sup>119</sup> *Cfr.* El minucioso estudio del conocido jurista venezolano Ayala Corao, Carlos M., quien fuera miembro y presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional”. Con un planteamiento similar puede consultarse el análisis del jurista mexicano Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional (Dimensión transnacional del derecho procesal constitucional)”, ambos en *Derecho procesal constitucional*, *cit.* El primero publicado en el vol. II, de dicha obra, pp. 1471-1531. Además debe tomarse en cuenta el minucioso y exhaustivo estudio elaborado por el conocido constitucionalista chileno Nogueira Alcalá, Humberto, “Los derechos fundamentales contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en las fuentes del derecho: doctrina y jurisprudencia”, *Revista Peruana de Derecho Público*, núm. 12, Lima, Editora Jurídica Grijley, 2006, pp. 67-104.

de Latinoamérica los criterios establecidos por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, ya que son numerosos los países de nuestra región, México entre ellos, que han ratificado el Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, y por tanto se han sometido a las recomendaciones de dicho comité, inclusive en cuanto a las reclamaciones individuales, y además deben destacarse los criterios generales que en varios aspectos ha establecido dicho organismo,<sup>120</sup> que si bien no puede considerarse como jurisdiccional en sentido estricto, sí posee funciones parajudiciales de instrucción, en cierta manera similares a las de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto a su atribución de formular recomendaciones.<sup>121</sup>

155. Sería complicado realizar un estudio minucioso de los numerosos ejemplos, que se acrecientan progresivamente, de sentencias pronunciadas por los tribunales internos, particularmente los especializados en la solución de conflictos de constitucionalidad, que invocan los criterios de la Comisión y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para fundamentar sus decisiones. Por ello nos limitaremos a proporcionar algunos ejemplos significativos, y podemos afirmar que entre los principales países que han seguido esta práctica destacan Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Costa Rica,<sup>122</sup> Guatemala,<sup>123</sup> Perú y Venezuela, entre otros.

<sup>120</sup> *Cfr.* Una reproducción en castellano de criterios generales del Comité de Derechos Humanos establecido por el Protocolo Opcional del Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, puede consultarse en la obra compilada por Carbonell, Miguel *et al.*, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Textos Básicos*, México, Porrúa-Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2002, pp. 255-344.

<sup>121</sup> *Cfr.* Entre otros, Steiner, Henry J., "Individual Claims in a World of Massive Violations: What Role for Human Rights Committee?", *The Future of Human Rights Treat Monitoring*, editada por Philip Alston y James Crawford, Oxford University Press, 2000, pp. 15-53.

<sup>122</sup> *Cfr.* Navarro de Valle, Hermes, *Derechos humanos y Sala Constitucional*, San José, Costa Rica, Universidad Autónoma de Centro América, 1996. En el índice analítico, el autor señala los numerosos preceptos de los instrumentos internacionales que han sido aplicados directamente hasta ese momento por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica.

<sup>123</sup> *Cfr.* Colmenares, Carmen María de, "Aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno de Guatemala", *Anuario Iberoamericano de Derecho Constitucional*, núm. 5, pp. 67-90.



156. Por lo que se refiere a los tribunales mexicanos se han quedado rezagados en esta aplicación, aun cuando recientemente la Suprema Corte de Justicia ha utilizado la jurisprudencia de la Corte Interamericana y los criterios de la Comisión. Sin embargo, se advierte la preocupación del más alto organismo jurisdiccional mexicano por incrementar esta práctica por parte de los jueces y magistrados federales que, con la colaboración de la Corte Interamericana, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos ha organizado varios cursos dedicados a los juzgadores federales sobre el derecho internacional de los derechos humanos, particularmente en el ámbito interamericano, para lograr un mayor conocimiento, entre ellos, de esta importante materia, por lo que es de esperar que en un tiempo corto se incremente la utilización de tales criterios y jurisprudencia interamericana por parte de los jueces mexicanos.

157. Constituye un elemento muy significativo la importancia que asume la aplicación de criterios de la Corte y la Comisión Interamericanas, así como las de otros organismos internacionales en los derechos internos de los países de nuestra región. Dentro de esta evolución debe destacarse la muy reciente aparición de la publicación periódica *Diálogo Jurisprudencial*, que lleva el subtítulo *Derecho internacional de los derechos humanos. Tribunales nacionales. Corte Interamericana de Derechos Humanos*,<sup>124</sup> que contiene el análisis de varias sentencias significativas en las cuales varios tribunales internos latinoamericanos, la mayoría de ellos especializados en la solución de conflictos constitucionales, han aplicado dichos criterios, inclusive en algún fallo de la Corte Suprema de Barbados. Todo ello nos indica el creciente interés de la doctrina y la jurisprudencia latinoamericanas en esta esencial materia, por lo que es factible que aumente en un futuro próximo la aplicación de la jurisprudencia y los precedentes de los organismos que integran el sistema interamericano, por parte de los jueces y tribunales de nuestra región.

158. La doctrina latinoamericana ha invocado, para considerar obligatorias tanto la jurisprudencia de la Corte como los precedentes de la Comisión Interamericanas, el texto del artículo 2o., de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por todos los países de nuestra región, según lo hemos dicho con anterioridad, precepto que dispone:<sup>125</sup>

<sup>124</sup> México, núm. 1, julio-diciembre de 2006, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM-Konrad Adenauer Stiftung.

<sup>125</sup> *Cf.* Entre otros, Ayala Corao, Carlos, "Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional", *cit.*, pp. 624-636.

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1o. (que se refiere a la obligación de los Estados a respetar los derechos y libertades constados por dicha Convención) no estuviese ya garantizado por medidas legislativas o de otro carácter, los Estados se comprometen a adoptar, con arreglo a sus disposiciones constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas y *de otro carácter* (en esta última frase quedaría comprendida la jurisprudencia y los precedentes de la Corte y la Comisión), *que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades* (las cursivas son del autor).

159. No es aventurado estimar que en un tiempo corto se convierta en actividad constante de los organismos jurisdiccionales especializados en la decisión de conflictos constitucionales la utilización de la jurisprudencia de la Corte y los precedentes de la Comisión Interamericana en sus resoluciones, en virtud de que, como se ha reiterado en el curso de este breve ensayo, tanto los órganos internos como los interamericanos deben resolver sobre la constitucionalidad, los primeros, y sobre el carácter internacional, los segundos, respecto de la tutela de los mismos derechos, si bien lo hacen con un enfoque diverso, pero sobre la misma materia.

#### VII. NECESIDAD DE ESTABLECER PROCEDIMIENTOS INTERNOS PARA REGULAR EL CUMPLIMIENTO DE LOS FALLOS Y LAS RECOMENDACIONES DE LAS CORTES Y DE LAS COMISIONES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

160. Por lo que respecta a la legislación constitucional y reglamentaria de España y Portugal, no se ha expedido una regulación especial sobre el cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión Europea de Derechos Humanos, en cuanto estuvo en funcionamiento (1954-1999), así como de las recomendaciones de los comités de las Naciones Unidas que tienen la facultad de recibir y tramitar reclamaciones individuales, en especial del Comité de Derechos Humanos, y particularmente de las sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos. Debe destacarse que en las cartas fundamentales de estos países, como hemos visto con anterioridad, se otorga jerarquía superior al derecho internacional sobre la legislación interna, y los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente deben interpretarse de acuerdo con la Declaración Universal de

los Derechos Humanos y de otras convenciones internacionales reconocidas por dichos países.

161. Sin embargo, la doctrina ha señalado que han existido en los países europeos algunas dificultades y controversias en la aplicación de dichas recomendaciones y sentencias, por lo que sería preferible que en los ordenamientos europeos, particularmente en España, se expidieran legislaciones específicas sobre la ejecución de estas decisiones internacionales, que sólo se han establecido en pocos países de Europa continental.<sup>126</sup>

162. Debe señalarse que los ordenamientos latinoamericanos, con pocas excepciones, no han expedido normas internas específicas para regular el cumplimiento de las recomendaciones aceptadas de la Comisión Interamericana (que al ser aceptadas se convierten en obligatorias para los Estados respectivos), así como las resoluciones de la Corte Interamericana, que son imperativas de acuerdo con lo establecido por el artículo 61.1 de la Convención Americana, el cual establece que: “Los Estados Partes se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes (...)”. Lo anterior significa que los gobiernos a los cuales se dirigen las sentencias condenatorias de la Corte deben cumplir de la manera más expedita posible los fallos del citado tribunal, así como las reparaciones correspondientes, que no sólo implican actualmente indemnizaciones pecuniarias sino también otros medios o instrumentos de reparación, de acuerdo con la evolución que ha tenido esta materia en la jurisprudencia de la propia Corte.<sup>127</sup>

163. Si se pasa una revista a la legislación latinoamericana podemos señalar que son muy escasas las normas en esta fundamental materia, pe-

<sup>126</sup> Cfr. Como ejemplos pueden citarse los documentados estudios de Ruiz Miguel, Carlos, *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, cit., y Barkhuysen Tom et al. (comps.), *The Execution of Strasbourg and Geneva Human Rights Decisions in The National Legal Order*, La Haya, Martinus Nijhoff Publishers, 1999.

<sup>127</sup> Cfr. Aguiar A., Asdrúbal, “La responsabilidad internacional del Estado por violación de derechos humanos”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, núm. 17, enero-junio de 1993, pp. 9-46; Fix-Zamudio, Héctor, “La responsabilidad internacional del Estado en el contexto del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, *La responsabilidad patrimonial del Estado*, México, Instituto Nacional de Administración Pública, 2000, pp. 205-242. Más recientemente, García Ramírez, Sergio, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones”, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*, cit., pp. 1-85.

ro en cuanto a estas disposiciones legislativas se pueden destacar: *a)* Perú, país en el cual se ha desarrollado con mayor amplitud esta materia; *b)* Colombia, y *c)* muy recientemente el ordenamiento mexicano. Además se han presentado varias iniciativas sobre disposiciones legislativas en esta dirección, lo que indica la creciente preocupación de los ordenamientos de Latinoamérica para regular de manera específica el cumplimiento de las recomendaciones y de las resoluciones de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos.<sup>128</sup>

164. *a)* Por lo que respecta a Perú, se deber tomar en consideración que el artículo 205 de su carta fundamental vigente de 1993 (que tiene su antecedente en el artículo 305 de la Constitución anterior de 1979) dispone que: “Agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce, puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según los tratados o convenios de los que Perú es parte.”

165. Originalmente el mencionado precepto fundamental de la Constitución de 1993 estaba reglamentado por los preceptos de la Ley de Hábeas Corpus y de Amparo, publicada el 8 de diciembre de 1982, con fundamento en la carta de 1979, y que sufrió varias reformas con motivo de la actual carta fundamental de 1993, ordenamiento legislativo que estuvo vigente hasta hace poco tiempo. El título V de dicha ley, intitulado *De la Jurisdicción Internacional*, contenía varias disposiciones, entre las cuales destacaba la contenida en el artículo 40, el cual “en esencia establecía que la resolución de los organismos internacionales a cuya jurisdicción obligatoria se hubiese sometido el gobierno peruano no requería para su validez y eficacia de reconocimiento, revisión o examen previo alguno”.<sup>129</sup>

<sup>128</sup> *Cfr.* Sobre esta materia el documentado estudio elaborado por el joven pero ya destacado jurista mexicano Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “El marco jurídico e institucional mexicano para atender las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derecho Humanos y cumplir con las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, análisis que no obstante su título, tiene carácter comparativo y abarca también otras legislaciones y proyectos latinoamericanos sobre esta materia. Este artículo fue presentado como ponencia en el Congreso Internacional de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, celebrado del 23 al 26 de mayo de 2006, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, organizado por éste y por el Instituto Luso-Americano de Derecho Internacional, cuya memoria se encuentra actualmente en prensa.

<sup>129</sup> El mismo precepto establecía, además, que: “La Corte Suprema de Justicia de la República recepcionará las resoluciones emitidas por el organismo internacional y dis-

166. Sin embargo, recientemente se sustituyeron los preceptos anteriores por la Ley 27,775 publicada el 7 de julio de 2002, que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales supranacionales, estableciendo dos tipos de procedimiento. El primero para la ejecución del fallo que ordena el pago de una suma determinada, y el segundo para la entrega de una cantidad por determinar. Además, el citado ordenamiento establece un procedimiento abreviado para fijar la responsabilidad patrimonial y el monto indemnizatorio, si el fallo contiene declaración de que la parte afectada ha sufrido daños y perjuicios distintos al derecho conculcado como consecuencia del juzgamiento internacional.

167. El artículo 8o., dispone que para el pago de suma por determinar, el procedimiento para fijar la reparación patrimonial, así como el monto indemnizatorio, las partes (el Estado demandado y el particular afectado), podían acudir al arbitraje. El artículo 5o. regula el derecho de repetición, de acuerdo con el cual, una vez que se establece la responsabilidad personal de la autoridad, funcionario o empleado público que dio motivo al procedimiento internacional, el Estado está facultado para iniciar el proceso judicial respectivo con el objeto de obtener la reparación de daños y perjuicios. Un precepto significativo del citado ordenamiento es el que establece el procedimiento de las llamadas “medidas provisionales”, (precautorias o cautelares), que deben ser cumplidas por el juez peruano dentro del plazo de veinticuatro horas, contadas a partir del recibo de la declaración respectiva.

168. También recientemente, además de los anteriores preceptos, deben tomarse en consideración como marco general en esta materia, los artículos 114 a 116, del vigente Código Procesal Constitucional, publicado el 31 de mayo de 2004, que establece los principios básicos sobre la competencia de los organismos internacionales, entre los cuales se mencionan al Comité de Derechos Humanos, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos y a aquellos otros que se constituyan en el futuro y que sean aprobados por los tratados internacionales que obliguen al Perú (artículo 114). Aquí se advierte la omisión no corregida en el nuevo ordenamiento, respecto a las sentencias pronunciadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya competencia contenciosa fue reconocida expresamente por

pondrá su ejecución y cumplimiento de conformidad con las normas y procedimientos vigentes sobre ejecución de sentencias”.

el Perú desde 1981. Además se establece la ejecución inmediata de las resoluciones internacionales,<sup>130</sup> así como la obligación de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Constitucional de proporcionar documentos y antecedentes a los citados organismos internacionales, así como todo otro elemento que a juicio del organismo internacional sea necesario para su ilustración y para mejor resolver el asunto sometido a su competencia (artículo 116).

169. Por otra parte, si bien sólo a nivel reglamentario, la extensa legislación anterior ha sido desarrollada por los decretos supremos 014 y 015, expedidos por el Ejecutivo en diciembre de 2000, por los cuales se establece el procedimiento para el seguimiento de recomendaciones de órganos internacionales en materia de derechos humanos de naturaleza no jurisdiccional, el cual se tramita ante la Comisión Especial de Seguimiento, en consulta con el presidente del Consejo Nacional de Derechos Humanos, ya que a dicha Comisión le corresponde la vigilancia de las resoluciones internacionales no jurisdiccionales de derechos humanos. Estas disposiciones fueron complementadas por el Decreto supremo 005-2002-JUS, publicado el 26 de febrero de ese año, por el cual se conformó la Comisión de Trabajo Interinstitucional para el Seguimiento de las Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos relativas al comunicado conjunto, suscrito el 22 de febrero de 2001 entre el gobierno peruano y dicha Comisión Interamericana.

170. b) Otro país latinoamericano que ha legislado sobre esta materia es Colombia, por conducto de la Ley 288 publicada el 8 de junio de 1996, en la cual se establecen instrumentos específicos para hacer efectivas las indemnizaciones establecidas por determinados organismos internacionales de derechos humanos en beneficio de las víctimas de violaciones de tales derechos. Si bien el artículo 2o. de este ordenamiento se refiere únicamente al Comité de Derechos Humanos del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Na-

<sup>130</sup> El artículo 115 de dicho ordenamiento dispone al respecto: “Las resoluciones de los organismos jurisdiccionales a cuya competencia se haya sometido expresamente el Estado peruano, no requieren para su validez y eficacia, de reconocimiento, revisión, ni examen previo alguno. Dichas resoluciones son comunicadas por el Ministerio de Relaciones Exteriores al Presidente del Poder Judicial, quien a su vez las remite al tribunal donde se agotó la jurisdicción interna y dispone su ejecución por el juez competente de conformidad con lo previsto por la Ley número 27,775 (mencionada el texto), que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales internacionales”.

ciones Unidas y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de acuerdo con una interpretación evidente por mayoría de razón de dicho precepto, se deben incluir también las sentencias de la Corte Interamericana ya que el gobierno colombiano se sometió expresamente a su jurisdicción, de manera permanente desde 1985.

171. Por lo que se refiere al “ordenamiento mexicano”, se creó muy recientemente un instrumento para garantizar la “responsabilidad patrimonial, directa y objetiva” tanto del gobierno federal como los de las entidades federativas, la que se estableció por una reforma constitucional que fue desarrollada en su ley reglamentaria, en la cual se establecieron las disposiciones relativas al procedimiento para el cumplimiento de las indemnizaciones establecidas por las recomendaciones aceptadas y por las sentencias de los organismos internacionales reconocidos por el gobierno mexicano.<sup>131</sup>

172. Debido a las constantes y permanentes gestiones del conocido jurista mexicano Álvaro Castro y Estrada,<sup>132</sup> se logró que el Congreso de la Unión aprobara la reforma del artículo 113 de la Constitución federal, así como la modificación del título V de la misma carta fundamental, el que actualmente se intitula “De las responsabilidades de los servidores públicos y *patrimonial del Estado*” (las cursivas son del autor). El texto del citado precepto fundamental dispone: “La responsabilidad del Estado por lo daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, cause a los bienes o derechos de los particulares, *será objetiva y directa*. Los particulares tendrán derecho a indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes” (las cursivas son del autor).

173. En la misma reforma se obliga reglamentar la responsabilidad objetiva y directa no sólo al Congreso de la Unión en materia federal si-

<sup>131</sup> Debe hacerse notar que el régimen moderno de la responsabilidad patrimonial objetiva y directa del Estado se ha establecido en varios ordenamientos latinoamericanos. Cfr. Hernao, Juan Carlos, “La responsabilidad patrimonial del Estado de Colombia”, *Responsabilidad del Estado*, Tucumán, Argentina, Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino, UNSTA, 1982; Greiff, Gustavo de, “Aplicación de la responsabilidad patrimonial del Estado colombiano a la prestación del servicio público de salud”; Cambier, Beltrán, “La responsabilidad del Estado en Argentina”, y Subiré, Carlos, “La responsabilidad patrimonial del Estado en Argentina”, estos dos últimos en *La responsabilidad patrimonial del Estado*, cit., pp. 105-182.

<sup>132</sup> Cfr. *Nueva Garantía constitucional. La responsabilidad patrimonial del Estado*, México, Porrúa, 2007.

no también a las legislaturas de los Estados y a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, en el plazo de dos años contados a partir de la vigencia de dicha modificación constitucional, la que fue publicada el 31 de diciembre de 2001, para entrar en vigor el 1o. de enero de 2002, pero el cumplimiento de esta *vacatio legis* ha sido muy errático, si se toma en cuenta que la Ley Federal de la Responsabilidad Patrimonial del Estado se publicó con un año de retraso, es decir, el 31 de diciembre de 2004, y con entrada en vigor el 1o. de enero de 2005, y las de carácter local se encuentran todavía en tramitación, por lo que han incurrido en omisión legislativa. Debe tomarse en consideración que la elaboración de las disposiciones legislativas correspondientes no resulta sencilla debido a que la complicación de la materia obliga a los legisladores a hacer reformas a varios ordenamientos vigentes para adecuarlos a los nuevos preceptos fundamentales.

174. La responsabilidad objetiva y directa es una novedad en nuestro ordenamiento, por el rezago en que se había incurrido en esta materia, si se compara con otras legislaciones latinoamericanas. En efecto, durante muchos años se había seguido el sistema tradicional que se consagraba en los códigos civiles, federal y de las entidades federativas, el cual era un régimen de responsabilidad patrimonial del Estado de carácter subsidiario, ya que los afectados debían seguir primeramente un proceso civil ordinario contra los funcionarios o empleados que consideraran responsables de los daños y perjuicios que los mismos les habían causado, y únicamente en el caso de insolvencia de dichos empleados y funcionarios determinada en ese juicio, los interesados debían acudir a otro proceso también civil ordinario contra el gobierno federal o local respectivo, para obtener de ellos la determinación y el pago de los daños y perjuicios correspondientes.<sup>133</sup> La mayoría de los afectados renunciaban a la vía jurisdiccional, que era sumamente prolongada y compleja, y acudían a gestiones administrativas ante los propios gobiernos, que en la mayoría de los

<sup>133</sup> Cfr. Carrillo Flores, Antonio, *La defensa jurídica de los particulares frente a la administración en México*, Librería de Porrúa Hermanos, 1939, pp. 217-237; del mismo, "La responsabilidad del Estado en México", *Estudios de derecho administrativo y constitucional*, cit., México, UNAM, 1987, pp. 9-223; Castro Estrada, Álvaro, "Respuesta al reto que planteara don Antonio Carrillo Flores a los alumnos de la Escuela Libre de Derecho sobre el instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, Escuela Libre de Derecho, núm. 23, 1999, pp. 67-122.



casos se consideraban discrecionales, y por ello generalmente resultaban insatisfactorias para los reclamantes.

175. Un pequeño paso se dio en 1994, cuando se modificaron los preceptos relativos del Código Civil Federal para sustituir la responsabilidad subsidiaria del Estado, por una carácter solidario entre este último y los funcionarios y empleados responsables, y además en el mismo año, se modificaron varios preceptos de la Ley de Responsabilidad de los Servidores Públicos, tanto de la Federación como del Distrito Federal. En esta modificación se estableció una “responsabilidad directa” (pero no objetiva) del Estado por los daños y perjuicios ocasionados a los particulares por parte de los empleados y funcionarios que hubieran ocasionado dichos daños y perjuicios. Debe tomarse en cuenta que con motivo de las reformas sustanciales al artículo 122 de la carta federal vigente, en 1966, se otorgó una mayor autonomía al Distrito Federal, inclusive en materia legislativa para regular en forma autónoma a la responsabilidad de los gobiernos federal y del propio Distrito Federal.

176. Dicha responsabilidad directa introducida en 1994, únicamente podía reclamarse por los afectados, en el supuesto de que en los procedimientos de responsabilidad administrativa seguidos a empleados o funcionarios, se considerara que habían ocasionado daños y perjuicios a los particulares, éstos podrían reclamarse por los interesados ante la autoridad administrativa que los hubiera ocasionado, y en el supuesto de una negativa o un pago insatisfactorio se podía acudir ante el entonces Tribunal Fiscal de la Federación (actualmente Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa), o bien en el caso de que se imputaran tales daños y perjuicios a una autoridad del Distrito Federal, la vía conducente sería la del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal. También procedía esta reclamación ante la autoridad administrativa federal cuando una recomendación emitida por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, que hubiera sido aceptada por la propia autoridad a la que estaba dirigida, estableciera la procedencia del pago de daños y perjuicios.<sup>134</sup>

177. En la citada Ley Federal de la Responsabilidad Patrimonial del Estado, que entró en vigor en enero de 2005, se introducen varios preceptos relativos al pago de indemnizaciones establecidas en las recomen-

<sup>134</sup> Cfr. Castro Estrada, Álvaro, *Responsabilidad patrimonial del Estado*, México, Porrúa, 1997, pp. 51-88.

daciones o en las decisiones de los organismos internacionales que se dirigen al gobierno mexicano. En el artículo 2o. de dicho ordenamiento, relativo a la aplicación de las disposiciones de la propia ley, se hace referencia al “cumplimiento de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, ya que el Estado mexicano se ha sometido expresamente a la competencia contenciosa de dicho tribunal el 18 de diciembre de 1998,<sup>135</sup> así como respecto a las “recomendaciones dirigidas a México por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, si las mismas son aceptadas por nuestro gobierno”, ya que entonces, como se ha dicho, adquieren carácter obligatorio.

178. El tercero y último párrafo del mismo artículo 2o. precisa que la aceptación y cumplimiento de las recomendaciones respectivas deberán efectuarse por el ente público federal que ha sido declarado responsable, y lo mismo deberá observarse para el cumplimiento de las reparaciones establecidas en los fallos jurisdiccionales de la Corte Interamericana. La Secretaría de Relaciones Exteriores será el conducto para informar de los cumplimientos respectivos tanto a la Comisión como a la Corte Interamericanas, según corresponda. Estas normas deben considerarse como un notorio avance si tomamos en consideración, como se ha sostenido anteriormente, que son escasos los gobiernos latinoamericanos que han regulado los procedimientos específicos para hacer efectivos dichos fallos y recomendaciones, no obstante el creciente predominio en el ámbito interno del derecho internacional de los derechos humanos.<sup>136</sup>

179. Con independencia de la anterior legislación, que todavía no ha sido coordinada con otras regulaciones internas, deben tomarse en consideración, en primer lugar, las disposiciones de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, reformada recientemente en varias ocasiones, que atribuye a la Secretaría de Gobernación, así como el reglamento vigente de la Secretaría de Relaciones Exteriores, de acuerdo con las cuales dicha dependencia debe expresamente vigilar el cumplimiento de los preceptos constitucionales por parte de las autoridades del país, especialmente por lo que se refiere a las llamadas garantías individuales, y dictar las medidas administrativas necesarias para tal efecto. Para realizar

<sup>135</sup> Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, cit.

<sup>136</sup> Cfr. Castañeda Otsu, Susana Ynes, “Jurisdicción supranacional”, *Derecho procesal constitucional*, Lima, Jurista Editores, 2003, pp. 520-531.

estos objetivos se estableció por decreto del 17 de octubre de 1997 una Comisión Intersecretarial para Atender los Compromisos Internacionales de México en materia de Derechos Humanos, integrada por el representante de la Secretaría de Relaciones Exteriores que la presidía, y los de las secretarías de Gobernación, de la Defensa Nacional y de Marina, y como invitados permanentes los representantes de la Procuraduría General de la República, de la Defensa Nacional y de Marina.

180. Por su parte, la Secretaría de Relaciones Exteriores estableció, el 8 de mayo de 1998, la Dirección General de Derechos Humanos como unidad administrativa, la que funcionaba como secretario técnico de la mencionada.<sup>137</sup> La citada Comisión Intersecretarial realizó por varios años una labor importante, ya que se reunía periódicamente para formular los informes solicitados por los organismos internacionales y revisar las reservas formuladas por el gobierno de México para revisar las que no estaban vigentes. Sin embargo, en la última década del siglo XX, las labores de la citada Comisión Intersecretarial se hicieron más lentas, por lo que fue necesario que fuera restablecida el 12 de junio de 2001, ya en el periodo del presidente Fox, y se le agregaron algunas atribuciones, entre las que pueden mencionarse las de implementar medidas eficaces para evitar las violaciones de los derechos humanos; promover la transparencia del diálogo abierto con la sociedad civil (o sea con las Organizaciones No Gubernamentales de Defensa de los Derechos Humanos); implementar el acuerdo de Cooperación Técnica con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos; cumplir las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como tender una invitación abierta a los mecanismos internacionales de derecho humanos para visitar México.<sup>138</sup>

181. Un adelanto lo constituye la publicación, el 11 de marzo de 2003 en el *Diario Oficial de la Federación*, del Acuerdo suscrito por el titular del Ejecutivo Federal, en el cual se estableció con carácter permanente la Comisión de Política Gubernamental en Materia de Derechos Humanos,

<sup>137</sup> De acuerdo con el citado Reglamento interior, las facultades de dicha Dirección General de Derechos Humanos consistían en “Coordinar el análisis y preparar los informes del Gobierno de México conforme a los compromisos internacionales adquiridos en materia de derechos humanos, así como preparar las posiciones de México sobre las quejas y denuncias respecto del tema de los derechos humanos”.

<sup>138</sup> *Cf.* Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “El marco jurídico e institucional mexicano (...)”, *cit.*, pp. 45-51 del ejemplar mecanografiado.

la cual tiene por objeto coordinar las acciones que realicen a nivel nacional e internacional las distintas dependencias y entidades de la administración pública federal en materia de política de derechos humanos, a fin de fortalecer la promoción y defensa de estos derechos. Dicha comisión se integra por la secretarías de Gobernación en la Presidencia, la de Relaciones Exteriores en la Vicepresidencia, y los titulares de las de Defensa Nacional, de Marina, de Seguridad Pública, de Educación Pública, de Desarrollo Social, de Salud, de Medio Ambiente y Recursos Nacionales, así como invitados permanentes a otras dependencias y a la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

182. Por otra parte, existen varios proyectos de leyes específicas, con procedimientos e instituciones que se encargarían de tramitar las recomendaciones y las sentencias de los organismos internacionales en varios países latinoamericanos. Para no citar sino las más importantes podemos mencionar la iniciativa presentada ante el Senado de la nación por el senador argentino José José A. Romero Feris el 17 de abril de 2001, para que el Congreso de su país adoptara una ley dirigida al cumplimiento en el ámbito de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de los fallos de la Corte Interamericana. Dicho ordenamiento es muy breve (nueve artículos), y si bien debe considerarse un adelanto en esta materia, sería insuficiente para solucionar los problemas de ejecución de dichos pronunciamientos.

183. El segundo proyecto, elaborado en el seno de la Comisión de Política Gubernamental en Materia de Derechos Humanos establecida por el Ejecutivo Federal mexicano, en la que se ha permitido la participación de algunas organizaciones de la llamada sociedad civil, y a la que se ha hecho referencia con anterioridad, lleva como título “Proyecto de Ley General de Cooperación con los Órganos del Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos”, y de su lectura puede concluirse que las medidas sobre dicha colaboración tienen la pretensión de regular el cumplimiento de recomendaciones de la Comisión Interamericana y de las sentencias de la Corte Interamericana, incluyendo las medidas precautorias solicitadas por la primera y ordenadas por la segunda, que como es obvio asumen una gran importancia para la defensa de los peticionarios y de los peritos y testigos que intervienen en los procedimientos respectivos.

184. De todo lo anterior se desprende que recientemente se ha iniciado en nuestra región una preocupación creciente para regular el cumplimiento de las recomendaciones y de las resoluciones de los organismos internacionales que integran el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, y es previsible que en el futuro próximo todos nuestros países regularán de manera específica el procedimiento para lograr de manera eficaz la cooperación y el cumplimiento con los organismos internacionales de promoción y protección de los derechos fundamentales, ya que los instrumentos tradicionales para la ejecución de las sentencias internas contra las autoridades públicas que han adquirido responsabilidad internacional, han demostrado su ineficacia en la práctica, ya que no toman en consideración las nuevas instituciones internacionales, por lo que es necesaria su regulación en el ámbito nacional por medio de instituciones y regulaciones especializadas.

## VIII. CONCLUSIONES

185. Con apoyo en los razonamientos anteriores se pueden alcanzar las siguientes conclusiones, expresadas sintéticamente:

186. *Primera.* En la segunda mitad del siglo XX se inició un desarrollo creciente y progresivo de la influencia del derecho internacional en las normas fundamentales de las Constituciones contemporáneas, especialmente en el campo convencional, en cuanto los gobiernos han suscrito, ratificado y además incorporado en sus ordenamientos internos las disposiciones de los tratados multilaterales, en forma destacada en el ámbito de la protección de los derechos humanos, y en segundo término también han trascendido a los propios ordenamientos nacionales las normas consuetudinarias generalmente reconocidas por la comunidad internacional. Se debe tomar en consideración, que el concepto de derechos humanos asume una triple dimensión en un sentido amplio, es decir, comprende no sólo aquéllos en sentido propio, sino que también los que se han calificado como pertenecientes al “derecho humanitario” (que regula los derechos humanos en situaciones de conflictos externos e internos importantes), así como “al derecho de refugiados” (es decir, los que tutelan a los desplazados de sus países por diversos motivos graves). Por otra parte, con el desarrollo posterior a la segunda posguerra se modificó uno de los principios básicos del derecho internacional clásico, en el cual

únicamente se consideraban a los Estados como sujetos de este derecho, en cuanto se inició una nueva época en la cual se ha reconocido expresamente a “las personas individuales y a los grupos sociales” como actores directos en el actual derecho internacional público.

187. *Segunda.* Al establecerse la Organización de las Naciones Unidas al terminar la Segunda Guerra Mundial, y con motivo de las graves violaciones de derechos humanos infringidas reiterada y masivamente por los regímenes autoritarios que iniciaron dicha conflagración, esta organización desarrolló de manera acelerada un sistema mundial de protección de los derechos humanos por conducto de resoluciones, convenciones y tratados multilaterales sobre esta materia, que se inició con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, expedida por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la ciudad de París el 10 de diciembre de 1948. La actividad de las Naciones Unidas se ha dirigido también a la creación de instrumentos y procedimientos para la tutela de los derechos humanos establecidos en los tratados multilaterales, tales como la Comisión, actualmente Consejo de Derechos Humanos; la Subcomisión de Derechos Humanos; diversos comités, algunos de ellos con la facultad de recibir reclamaciones individuales y pronunciar recomendaciones a los Estados miembros, y de manera destacada la mencionada Comisión de Derechos Humanos, que además de recibir quejas individuales y formular recomendaciones, también está facultada para redactar criterios generales, en relación con los Pactos de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos y Derechos Económicos, Sociales y Culturales, expedidos por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1966 y en vigor en 1976.

188. *Tercera.* Además de las anteriores instituciones y procedimientos, las Naciones Unidas han creado instancias jurisdiccionales como la Corte Internacional de Justicia, como continuación de la Corte Permanente de Justicia Constitucional establecida por la Liga de las Naciones, surgida en la primera posguerra en 1919. Dicho tribunal tiene como facultad esencial resolver las controversias entre los Estados miembros de las Naciones Unidas, pero en algunos casos que le son sometidos ha pronunciado resoluciones protectoras de los derechos humanos de los habitantes de dichos Estados. Recientemente se ha creado la Corte Penal Internacional, establecida en su Estatuto aprobado en la ciudad de Roma en 1998, el cual ha sido ratificado por numerosos países, y entró en fun-

ciones en 2003, con la atribución esencial de enjuiciar, de manera complementaria y suplementaria, a los acusados de genocidio y otros delitos contra la humanidad, cuando los organismos internos no han podido o se han negado a hacerlo. Además, el Consejo de Seguridad de las propias Naciones Unidas ha creado otros tribunales para juzgar a los acusados de genocidio en ciertas regiones en las cuales se han cometido en forma persistente este tipo de infracciones, como los relativos a la antigua Yugoslavia y Ruanda.

189. *Cuarta.* Uno de los resultados de esta evolución del derecho internacional contemporáneo, el que ha incrementado su influencia y sus relaciones, particularmente en la tutela de los derechos humanos tanto en sentido amplio como estricto, ha sido la creación de una nueva categoría de derechos, es decir, aquellos que se califican como “derechos humanos nacionales de fuente internacional”, ya que han sido incorporados a los ordenamientos internos, por medio del reconocimiento y ratificación, los establecidos en los tratados internacionales de derechos humanos y que tienen una fuente internacional.

190. *Quinta.* Lo anterior ha tenido como consecuencia que los tribunales, cortes y salas constitucionales, es decir, los organismos internos entre cuyas atribuciones se encuentra, en un elevado porcentaje, la protección de última instancia de los derechos humanos, se relacionen cada vez con mayor intensidad con los organismos internacionales, especialmente los de carácter jurisdiccional, no sólo por la evolución de la creciente incorporación en el ámbito nacional del derecho internacional de los derechos humanos, sino por la combinación de los derechos consagrados constitucionalmente, con los de fuente internacional a los que se ha hecho mención en la conclusión anterior. Por tanto, además del derecho que tienen las personas y los grupos sociales de acudir a las instancias internacionales una vez agotados los recursos internos, si éstos les son desfavorables, tanto los organismos internos como los internacionales deben pronunciarse sobre la tutela de los derechos de los tratados multilaterales reconocidos por los gobiernos nacionales de manera subsidiaria y complementaria, que en el fondo son los mismos que los gobiernos han reconocido en su ámbito interno que proceden de fuente internacional.

191. *Sexta.* Estas relaciones recíprocas entre los Estados y los organismos internacionales de solución de controversias, en especial los de naturaleza jurisdiccional, ha producido que cada vez con mayor frecuencia

los tribunales nacionales, especialmente los especializados en conflictos constitucionales, al resolver los mismos tomen en consideración tanto la jurisprudencia como los precedentes de dichos organismos internacionales, en cuanto interpretan los derechos internos de fuente internacional, que coinciden desde el punto de vista material con los primeros.

192. *Séptima.* Otro aspecto que se debe analizar es el de los procedimientos internos para el cumplimiento y la ejecución de las recomendaciones y de las sentencias de los organismos internacionales, ya que los procedimientos nacionales para el cumplimiento de las resoluciones contra los Estados son insuficientes para este objetivo que es relativamente reciente, y por ello resulta no sólo conveniente sino necesario que se establezca una legislación y la tramitación específica para la efectividad del cumplimiento de los pronunciamientos de dichos organismos internacionales. Esta situación ha sido regulada sólo por algunos ordenamientos latinoamericanos, como los de Colombia, Perú y México, pero se encuentran en estudio para su aprobación en otros países de la región varias iniciativas con proyectos de legislación, reglamentación, procedimientos y prácticas, para que puedan cumplirse de manera satisfactoria las sentencias y recomendaciones pronunciadas por los mencionados organismos internacionales.





## NOTAS SOBRE LA REGULACIÓN DE LOS MEDIOS MASIVOS DE COMUNICACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN DE 1992

Luis LEZCANO CLAUDE\*

### INTRODUCCIÓN

El tema de la libertad de prensa y otros vinculados a él, han girado en mi mente, por lo menos, desde 1992, es decir, desde la Convención Nacional Constituyente que en dicho año sancionó la Constitución en vigor. Es éste en varios años el primer intento que realizo tratando de aclarar las muchas dudas que tenía al respecto. En lo personal el resultado ha sido satisfactorio aunque no definitivo ni completo. Ha sido también una forma de afirmarme en mi postura de no ceder al temor que inspira el poder mediático que tanto influye, positiva y negativamente, en esta sociedad. Reitero que no son las contenidas en este trabajo mis ideas definitivas. Pienso que no se trata de algo acabado, sino que, por el contrario, se puede avanzar más en el sentido de clarificar y profundizar los temas estudiados.

Tengo aún muy vívido el recuerdo de la forma en que se aprobaron los artículos constitucionales pertinentes. No dudaría en afirmar que el grupo de presión que mayor éxito alcanzó en relación con la Convención Nacional Constituyente, fue el de la prensa. En efecto, con el contacto importante en el seno mismo de la convención que significaron los constituyentes que eran periodistas, se logró la aprobación de los actuales preceptos constitucionales prácticamente sin modificaciones, es decir, en la forma en que tal sector los había presentado.

Una de las características de la llamada “transición democrática” fue el acrecentamiento del poder de la prensa. En 1992 estaba corriendo el cuarto año de libertades democráticas tras la dictadura de 1954 a 1989. No existía nadie, menos entre los convencionales constituyentes, que no fuera

---

\* Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad Nacional de Asunción. Especializado en Derecho Constitucional en la UNAM. Licenciado en Historia. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Americana de Asunción. Catedrático Universitario.

medularmente demócrata, por lo menos de palabra. Las “conversiones” de leales partidarios de la dictadura en fanáticos demócratas que la condenaban, aparentemente con la mayor convicción, se produjeron de un día para otro.

Este ambiente de apariencias falsas y el temor a un poder mediático en acelerado crecimiento, hicieron que no se ofreciera obstáculo alguno a los términos en que al máximo nivel se quería normar lo referente a la prensa.

Sobre la base de las disposiciones constitucionales y ese temor, no sólo de la gente común, sino también de políticos encumbrados y de autoridades de alto nivel, se fue construyendo el poder absoluto o cuasiabsoluto que actualmente goza la prensa. En verdad, habría que preguntarse si tal poder lo detentan, en realidad, únicamente los propietarios de los medios masivos de comunicación y sólo por reflejo protege a los trabajadores de la prensa, muchos de los cuales en actitud servil se prestan a actuar como vías de expresión de las ideas de sus patrones y a constituirse en defensores de sus intereses particulares.

En cuanto a la situación general del poder mediático, Jorge Carpizo expresa lo siguiente:

“... los medios masivos de comunicación ... luchan en muchos países porque sus actividades no estén reguladas jurídicamente con la bandera de que respecto a aquéllas la mejor ley es la que no existe. Es decir, desean que el estado de derecho sea inexistente para ellos; anhelan no tener ningún límite para convertir la libertad en libertinaje y avasallar así las libertades de los demás a quienes se transforma realmente en objetos, a quienes también se les quiere suprimir su derecho a defenderse y poder acudir ante un juez a proteger ese derecho.

Los grandes empresarios de los medios masivos quieren el poder absoluto como el que detentaron algunos reyes y emperadores: a) persiguen estar situados encima de la ley, *princeps legibus solutus*, b) ser completamente irresponsables ya que desean que sus actos no se puedan impugnar jurídicamente, c) que su voluntad sea la única ley y las libertades de los demás se subordinen a la suya, d) hacen valer los derechos humanos como escudo a su arbitrariedad pero hay desprecio y aversión a los derechos humanos de los demás individuos”<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> J. Carpizo, “Los medios masivos de comunicación y el estado de derecho, la democracia, la política y la ética”, en Víctor Bazán (coordinador), *Defensa de la Constitución. Garantismo y controles*, Buenos Aires, Ediar, 2003, 1ª. Ed., p. 444.

Los párrafos precedentes parecieran haber sido escritos específicamente para la realidad paraguaya.

Por su parte, Artemi Rallo Lombarte afirma cuanto sigue:

“De los medios de comunicación se dice que constituyen un poder ilimitado, exento de control, que, en manos de grandes grupos económicos o financieros, es capaz de poner en jaque al poder político, legitimado popularmente en forma directa (Legislativo) o indirecta (Ejecutivo) e, incluso, de amenazar la independencia del Poder Judicial (en el caso, por ejemplo, de los «juicios paralelos»). Se afirma, igualmente, que la actividad de los medios de comunicación exige de límites dirigidos a garantizar la efectividad de los restantes derechos fundamentales –y, en particular, de algunos de primera magnitud como la intimidad, el honor y la propia imagen– y de principios constitucionales como la protección de la infancia y la juventud”.<sup>2</sup>

En este trabajo analizamos los preceptos constitucionales respectivos, vemos los antecedentes en nuestros anteriores ordenamientos y hacemos referencia al derecho comparado. El estudio ha estado guiado por cuestionamientos tales como los siguientes: ¿en la Convención Constituyente de 1992 no se cedió demasiado a la presión del poder mediático consagrando disposiciones que dan a los derechos referentes a la prensa un carácter próximo a lo absoluto?; ¿los derechos reconocidos a la prensa no son como cualesquiera otros propios de un Estado de derecho, es decir, derechos que reconocen límites?; si es así, ¿cuáles son esos límites?; ¿cuáles son las modificaciones que en cuanto a los medios masivos deberían introducirse en la Ley Suprema?; ¿el temor al poder mediático alcanza también a los órganos jurisdiccionales y la inactividad de éstos generada por ese temor, acrecienta el mismo en las demás personas ante la imposibilidad de obtener reparaciones en caso de abusos por parte de los medios masivos?

Estos y otros más son los interrogantes que guiaron la redacción de este trabajo.

#### ANTECEDENTES NACIONALES

En las constituciones precedentes encontramos las siguientes disposiciones:

---

<sup>2</sup> A. Rallo Lombarte, *Pluralismo informativo y Constitución*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000, p. 37.

\* Constitución de 1844, Art. 8° del Título X: *Para establecer imprenta de particulares en la República, se tomará primeramente el permiso del Supremo Gobierno, dando el dueño o el administrador una fianza de dos mil pesos bajo la cual se comprometa cumplir con los reglamentos que les diere el Gobierno de la República.*

\* Constitución de 1870, Art. 24: *La libertad de la prensa es inviolable, y no se dictará ninguna ley que coarte de ningún modo este derecho. En los delitos de la prensa solo podrán entender los jurados, y, en las causas o demandas promovidas sobre publicaciones en que se censure la conducta oficial de los empleados públicos, es admitida la prueba de los hechos.*

Nótese que esta constitución habla de delitos de prensa.

\* Constitución de 1940, Art. 19: *Todos los habitantes de la República gozan de los siguientes derechos, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio: ... publicar sus ideas por la prensa sin censura previa siempre que se refieran a asuntos de interés general ...*

Art. 31: *La edición y publicación de libros, folletos y periódicos serán reglamentados por la ley. No se permite la prensa anónima.*

Esta Constitución admitía la posibilidad de reglamentar todo lo referente a la prensa.

\* Constitución de 1967, Art. 72: *La libertad de expresión y la de información, sin censura previa, son inviolables, y no se dictará ninguna ley que las limite o imposibilite, salvo en lo referente a las prohibiciones del artículo anterior [predicar el odio entre los paraguayos, predicar la lucha de clases, hacer la apología del crimen o de la violencia, proclamar la desobediencia a lo que disponen las leyes]. En tiempo de guerra, las informaciones sobre asuntos relacionados con la seguridad de la República y la defensa nacional podrán ser censuradas.*

Art. 73: *Será libre el ejercicio del periodismo en cualquiera de sus formas. No se admitirá la prensa sin dirección responsable, ni la publicación de temas inmorales.*

Art. 74: *Ninguna persona o empresa editora de periódicos, así como ninguna difusora de radio o televisión, podrán recibir subvención de fondos públicos o privados del extranjero sin autorización del Gobierno.*

Art. 75: *En los procesos que se promovieren con motivo de publicaciones de cualquier carácter, que afectaren el honor, la reputación o la dignidad de las personas y que se refieran delitos de acción penal privada o a conductas privadas que esta constitución y la ley declaren exentas de la autoridad de los magistrados, no será admisible la prueba de la verdad ni de la notoriedad de tales hechos.*

*Dichas pruebas serán admitidas cuando el proceso se promueva por la publicación de censuras a la conducta oficial de los funcionarios públicos, y en los demás casos que establezca expresamente la ley.*

Este último artículo es el antecedente directo del artículo 23 de la Constitución en vigor y de los otros también se han tomado algunas disposiciones.

## LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LA DE PRENSA

El Artículo 26 de la Constitución de 1992 establece lo siguiente:

*Se garantizan la libre expresión y la libertad de prensa, así como la difusión del pensamiento y de la opinión, sin censura alguna, sin más limitaciones que las dispuestas en esta Constitución; en consecuencia, no se dictará ninguna ley que las imposibilite o las restrinja ...*

*Toda persona tiene derecho a generar, procesar o difundir información, como igualmente a la utilización de cualquier instrumento lícito y apto para tales fines.*

La libertad de expresión se refiere al derecho reconocido a toda persona para expresar sus ideas, pensamientos y opiniones libremente y a difundirlos por cualquier medio. Por ello, se puede apreciar que varias partes del artículo constitucional no constituyen sino el desarrollo del concepto señalado, como cuando se habla de “la difusión del pensamiento y de la opinión”. Asimismo, aún cuando se pueda distinguir entre información y pensamientos u opiniones, debe considerarse como otro aspecto de la libertad de expresión, el derecho de toda persona “a generar, procesar o difundir información” y a utilizar para ello “cualquier instrumento lícito y apto”.

Del mismo modo, la libertad de prensa, a la cual también alude el precepto, no constituye sino una forma de esa libertad de expresión

Limitando el concepto a la expresión escrita, una ley sueca define esta libertad del siguiente modo: “Se entiende por libertad de prensa el derecho de todo ciudadano sueco a publicar cualquier materia por escrito, sin impedimento previo de autoridad u otros órganos públicos, y a no ser perseguido por el contenido de lo publicado sino ante un tribunal de justicia, y a no ser castigado por ello, a no ser que el contenido vulnere los términos expresos de una disposición legal dictada para preservar el orden público sin eliminar la posibilidad de información al público”<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup>Artículo 1, 1er. pfo., del Capítulo primero, de la Ley sobre la libertad de prensa, de Suecia, de 1994.

En el derecho a difundir el pensamiento y la opinión, así como en el de generar, procesar o difundir información, y particularmente en el de utilizar “cualquier instrumento lícito y apto para tales fines”, está implícito el derecho de las personas a la creación de medios de comunicación. Asimismo, la libertad de ejercicio del periodismo, en cualquiera de sus formas (Art. 29, 1ª parte, Cn.), sirve de sustento a ese derecho.

Todos estos derechos están consagrados en forma amplia reconociendo como titulares a las personas en general, y no sólo a los propietarios de medios masivos de comunicación y a los periodistas, aunque de hecho, los mismos están limitados en gran medida a éstos, por una parte, por el capital cada vez más importante que se requiere para establecer un medio periodístico; y por otra parte, porque el acceso a los medios existentes no está abierto a todos.

### CENSURA PREVIA

Nuestra Ley Suprema no admite la censura previa (Art. 26 Cn.). Esto significa que no puede ser objeto de control por parte de autoridad alguna el material que habrá de ser publicado en un periódico, revista, libro o cualquier material impreso. Tampoco lo puede ser el material que se difundirá en un programa radial o televisivo, o por medio de internet.

En consecuencia, cualquier persona tiene derecho a publicar lo que desee sin que nadie se lo pueda impedir o condicionar atendiendo al contenido del material. Pero libertad de prensa sin censura previa no significa que no pueda haber una responsabilidad ulterior derivada de lo publicado.

En relación con el “periodista columnista”, la Constitución prevé la posibilidad de que sus artículos puedan ser objeto de una censura interna en el medio en el cual trabaja y consagra el derecho de aquel a publicar sus opiniones firmadas, sin censura. Sólo reconoce a la dirección del medio (y consiguientemente, al propietario) el derecho de hacer constar su disenso (Art. 29, 2º pfo., Cn.).

### LIMITACIONES ESTABLECIDAS EN LA CONSTITUCIÓN

La Ley Suprema establece que las libertades de expresión y de prensa pueden ser ejercidas “*sin más limitaciones que las dispuestas en esta Constitución*” (Art. 26 Cn.). Reforzando el mandato de que las limitaciones no sean otras que las establecidas al máximo nivel normativo, el mismo artículo dispone que no puede dictarse “*ninguna ley que las imposibilite o las restrinja*”.

Entre las limitaciones dispuestas a nivel constitucional, están las siguientes:

- a) Las referentes a las publicaciones sobre procesos (Art. 22 Cn.).
- b) La no admisión de la prueba de la verdad y de la notoriedad en ciertos procesos (Art. 23 Cn.).
- c) Los hechos punibles que pueden ser cometidos por medio de la prensa (Art. 26 Cn.), cuya tipificación en la ley secundaria está autorizada por la Constitución.
- d) La no admisión de prensa carente de dirección responsable (Art. 27 Cn.).
- e) La exigencia del pluralismo informativo (Art. 27 Cn.).
- f) La regulación de la publicidad para la protección de los derechos del niño, del joven, del analfabeto, del consumidor y de la mujer (Art. 27 Cn.).
- g) El derecho de las personas a recibir información veraz, responsable y ecuánime (Art. 28 Cn.), con todas las implicancias que del mismo pueden derivarse, entre ellas, el derecho de rectificación previsto en el mismo precepto.
- h) El hecho de que el espectro electromagnético pertenezca al dominio público del Estado (Art. 30 Cn.)
- i) El derecho de las personas a ser protegidas en su intimidad, su vida privada, su dignidad, su honor, su reputación y su imagen privada (Arts. 4, 30 y 33 Cn.).
- j) La prohibición de que la crítica de las leyes incluya la prédica de su desobediencia (Art. 127 Cn.).

La mayor parte de estos puntos es objeto de un desarrollo más exhaustivo en páginas siguientes. Cabe señalar que los mismos podrían ser objeto de reglamentación por medio de una ley, lo cual no está prohibido por la Constitución.

## LEY DE PRENSA

“... *no se dictará ninguna ley que las imposibilite o las restrinja*” (Art. 26 Cn.).

De acuerdo con nuestra Ley Fundamental, la libertad de expresión, la libertad de prensa y la difusión del pensamiento y de la opinión, deben poder ejercerse sin censura previa y sin que ley alguna las imposibilite o las restrinja, es decir, se excluye la posibilidad del dictamiento de una “ley de prensa”.

La disposición tiene como antecedente la Constitución de 1870 (Art. 24) y la Constitución de 1967 (Art. 72). Sin embargo, esta última al admitir



ciertos puntos que podían ser objeto de reglamentación legal, e igualmente la Constitución de 1940, al subordinar el goce de la libertad de prensa “a las leyes que reglamenten su ejercicio” (Art. 19), permitían que se dictara una ley de prensa.

En Suecia existe una “Ley sobre la libertad de prensa”, de 1994, de rango constitucional y de más de cien artículos, que reglamenta diversos aspectos de las publicaciones por escrito, tales como la publicidad de los documentos oficiales, la publicación de periódicos, las infracciones a la libertad de prensa, la responsabilidad penal, el procedimiento judicial en infracciones a la libertad de prensa, etc. Otra ley llamada “Ley Fundamental de la libertad de expresión”, también de 1994 y de más de medio centenar de artículos, reglamenta la libertad de expresar públicamente ideas, opiniones y sentimientos por radiofonía, televisión y medios similares de retransmisión y tiene un contenido similar a la anterior.

Las limitaciones dispuestas por la Constitución habrán de operar como un mecanismo de autocensura de los titulares de estos derechos, pues se presume que deben conocerlas. Este mismo efecto tendrán las disposiciones penales que tipifiquen hechos punibles que pueden ser cometidos por medio de publicaciones, como se verá más abajo.

Además de Suecia, en varios países europeos y latinoamericanos existen disposiciones legales que regulan el funcionamiento de los distintos medios masivos de comunicación. A nuestro criterio, tal legislación es imperiosa y absolutamente necesaria porque en un Estado de derecho no puede sostenerse que un ámbito de tanta influencia en la convivencia social, pueda estar exento de todo tipo de regulación jurídica. Por ello, no puede considerarse acertada la condena *a priori* de cualquier “ley de prensa” (o como se la quiera denominar), sin analizar previamente su contenido. Si se considera que constitucionalmente está prohibido su dictamiento, deberá procederse a modificar la Ley Suprema en cuanto fuere necesario.

#### PRÁCTICAS ATENTATORIAS CONTRA LA LIBERTAD DE PRENSA

En el artículo 27, 3er.pfo., Cn., se establece lo siguiente:

*Se prohíbe toda práctica discriminatoria en la provisión de insumos para la prensa, así como interferir las frecuencias radioeléctricas y obstruir, de la manera que fuese, la libre circulación, la distribución y la venta de periódicos, libros, revistas o demás publicaciones con dirección o autoría responsable ....*

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) se prescribe cuanto sigue: “No se puede restringir el

derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones” (Art. 13.3).

Una forma indirecta de impedir o restringir el ejercicio de la libertad de prensa, sin prohibir directamente la edición de un periódico o de someter a censura previa su contenido, es el de evitar mediante presiones a los proveedores que se dote a las empresas periodísticas de los insumos necesarios para la impresión (en particular, papel). La interferencia de frecuencias radioeléctricas que impida captar una radioemisora o un canal televisivo, debe entenderse como una forma de censura previa, no admitida por la Ley Suprema. Igualmente la obstrucción que signifique la imposibilidad total de circulación de un medio escrito, aunque no se haya impedido su impresión, constituye censura previa.

Cabe señalar en cuanto a este último punto, que la forma en que está redactado el precepto constitucional parecería no admitir la posibilidad de que una vez puesto en circulación el periódico, revista o libro, se pudiera ordenar por decisión judicial fundada la incautación o retirada de los ejemplares respectivos, de acuerdo con la ley. En varias legislaciones se admite esta posibilidad, lo cual, a nuestro criterio, no constituye ningún atentado contra la libertad de prensa.<sup>4</sup>

Hechos concretos que afectaron a ciertos medios masivos en los años de madurez de la dictadura, determinaron que se incluyeran las previsiones del tercer párrafo del artículo 27 de la Ley Suprema.

---

<sup>4</sup> Como ejemplo se puede mencionar la Constitución griega de 1975, Art. 14, inc. 3.

La Constitución española de 1978 establece lo siguiente: “Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial” (Art. 20.5).

La Constitución italiana de 1947 dispone cuanto sigue:

“... Sólo se podrá proceder a la recogida por auto motivado de la autoridad judicial en el caso de delitos por los que lo autorice expresamente la ley de prensa o en el supuesto de violación de las normas que la ley misma establezca para la indicación de los responsables.

En estos casos, cuando haya urgencia absoluta y no sea posible la intervención a tiempo de la autoridad judicial, podrá procederse a la recogida de la prensa periódica por funcionarios de la policía judicial, que deberán inmediatamente, y nunca más de veinticuatro horas después, ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial ...” (Art. 21).

En Suecia está establecido que una publicación no puede ser objeto de confiscación o recogida, salvo del modo y en los casos que especifique la Ley sobre la libertad de prensa (Cf. Art. 3 del Capítulo primero). La misma ley dice que “podrá ser confiscado todo material impreso que constituya infracción a la libertad de prensa ...” (Art. 7, del Capítulo séptimo).

## DELITOS COMETIDOS POR MEDIO DE LA PRENSA

El Artículo 26 de la Constitución contiene la siguiente norma: ... *No habrá delitos de prensa, sino delitos comunes cometidos por medio de la prensa ...*

En esta disposición se admite que determinados hechos punibles pueden ser cometidos por medio de la prensa. Esto significa que en el ejercicio de la libertad de prensa se puede incurrir en excesos que constituyan delitos o crímenes. Se autoriza, pues, que la ley penal proscriba ciertas conductas al tipificarlas como hechos punibles, lo cual, en la eventualidad de que los mismos puedan ser cometidos por medio de la prensa, importa un parámetro para la autocensura del titular del derecho a fin de no incurrir en tales hechos.

Dados los extremos señalados, no puede considerarse a la ley penal que tipifique hechos punibles que pueden ser cometidos por medio de la prensa, como una ley que restringe la libertad de expresión, la libertad de prensa y la difusión del pensamiento y de la opinión.

En la ley sueca citada con anterioridad, se consagra la prohibición de la censura previa, pero igualmente se prescribe lo siguiente: “Nadie podrá ser acusado, condenado en virtud de la ley penal ... salvo del modo y en los casos que especifique la presente ley”<sup>5</sup>

Según el Código Penal, *como publicación se entenderán ... los escritos, cintas portadoras de sonido o imágenes, reproducciones y demás medios de registro* (Art. 14, inc. 3°).

En el mencionado cuerpo legal están previstos los siguientes hechos punibles que pueden ser cometidos mediante publicación:

\* Artículo 143. *Lesión de la intimidad de la persona*

1° *El que, ante una multitud o mediante publicación en los términos del artículo 14, inciso 3°, expusiera la intimidad de otro, entendiéndose como tal la esfera personal íntima de su vida y especialmente su vida familiar o sexual o su estado de salud, será castigado con pena de multa.*

2° *Cuando por su forma o contenido, la declaración no exceda los límites de una crítica racional, ella quedará exenta de pena.*

3° *Cuando la declaración, sopesando los intereses involucrados y el deber de comprobación que según las circunstancias incumba al autor, sea un medio adecuado para la persecución de legítimos intereses públicos, ella quedará exenta de pena.*

---

<sup>5</sup> Cf. Arts. 2 y 3 del Capítulo primero, de la aludida Ley sobre la libertad de prensa.

4° *La prueba de la verdad de la declaración será admitida sólo cuando de ella dependiera la aplicación de los incisos 2° y 3°.*

(La prueba de de la verdad admitida en esta disposición viola lo dispuesto en el artículo 23 de la Constitución, en concordancia con el artículo 33).

\* Artículo 144. *Lesión del derecho ... a la imagen*

... 2° *La misma pena [pena privativa de libertad de hasta dos años o multa] se aplicará a quien, sin consentimiento del afectado, produjera o transmitiera imágenes:*

1. *de otra persona dentro de su recinto privado;*
2. *del recinto privado ajeno;*
3. *de otra persona fuera de su recinto, violando su derecho al respeto del ámbito de su vida íntima ...*

\* Artículo 145. *Violación de la confidencialidad de la palabra*

1° *El que sin consentimiento del afectado:*

1. *grabara o almacenara técnicamente; o*
2. *hiciera inmediatamente accesibles a un tercero, mediante instalaciones técnicas, la palabra de otro destinada a su conocimiento confidencial, será castigado con multa.*

2° *La misma pena se aplicará a quien hiciera accesible a un tercero una grabación o reproducción realizada conforme al inciso anterior.*

(En este caso se incurriría en delito cuando, vía reproducción escrita u oral en un medio masivo de comunicación, se hiciera accesible a terceros -lectores u oyentes- grabaciones o reproducciones obtenidas en forma indebida, de acuerdo con este precepto legal).

\* Artículo 150. *Calumnia*

1° *El que en contra de la verdad y a sabiendas afirmara o divulgara a un tercero o ante éste un hecho referido a otro, capaz de lesionar su honor, será castigado con multa.*

2° *Cuando el hecho se realizara ante una multitud, mediante la difusión de publicaciones conforme al artículo 14, inciso 3°, o repetidamente durante un tiempo prolongado, la pena podrá ser aumentada a pena privativa de libertad de hasta dos años o multa ...*

\* Artículo 151. *Difamación*

1° *El que afirmara o divulgara, a un tercero o ante éste, un hecho referido a otro, capaz de lesionar su honor, será castigado con ciento ochenta días-multa.*

2° *Cuando se realizara el hecho ante una multitud, mediante difusión de publicaciones conforme al artículo 14, inciso 3°, o repetidamente durante un tiempo prolongado, la pena podrá*

*ser aumentada a pena privativa de libertad de hasta un año o multa.*

*3° La afirmación o divulgación no será penada cuando sea dirigida confidencialmente a una persona allegada o cuando, por su forma y contenido, no exceda los límites de una crítica aceptable*

*4° La afirmación o divulgación no será penada cuando, sopesando los intereses y el deber de averiguación que incumba al autor de acuerdo con las circunstancias, se tratara de un medio proporcional para la defensa de intereses públicos o privados.*

*5° La prueba de la verdad de la afirmación o divulgación será admitida sólo cuando de ella dependa la aplicación de los incisos 3° y 4°...*

(Igualmente en este caso la admisión de la prueba de la verdad puede resultar inconstitucional. Ello dependerá de cuál sea el hecho que origina la lesión al honor de una persona).

\* Artículo 153. *Denigración de la memoria de un muerto*

*1° El que denigrara gravemente la memoria de un muerto mediante calumnia, difamación, injuria o lesión de la intimidad de la persona, será castigado con pena privativa de libertad de hasta un año ...*

\* Artículo 237. *Incitación a cometer hechos punibles*

*1° El que públicamente, en una reunión o mediante divulgación de las publicaciones señaladas en el artículo 14, inciso 3°, incitara a cometer un hecho antijurídico determinado, será castigado como instigador.*

*2° Cuando la incitación no lograra su objetivo, el autor será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa. La pena no podrá exceder aquella que correspondiera cuando la incitación señalada en el inciso anterior hubiese logrado su objetivo.*

\* Artículo 238. *Apología del delito*

*El que públicamente, en una reunión o mediante las publicaciones señaladas en el artículo 14, inciso 3°, hiciera en forma idónea para perturbar la paz pública la apología de:*

- 1. un crimen tentado o consumado; o*
- 2. un condenado por haberlo realizado, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa.*

\* Diversos hechos punibles relacionados con la revelación de secretos de Estado (previstos en los artículos 282 a 285), pueden ser realizados utilizando medios masivos de comunicación.

\* Artículo 289. *Denuncia falsa*

*El que a sabiendas y con el fin de provocar o hacer continuar un procedimiento contra otro:*

1. *le atribuyera falsamente, ante autoridad o funcionario competente para recibir denuncias, haber realizado un hecho antijurídico o violado un deber proveniente de un cargo público;*
2. *le atribuyera públicamente una de las conductas señaladas en el numeral anterior; o*
3. *simulara pruebas contra él, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa.*

En el artículo 290 se admite la posibilidad de que el hecho punible sea realizado *mediante las publicaciones señaladas en el artículo 14, inciso 3°*.

En todos estos casos, la promoción de la acción penal respectiva será posterior a la publicación y tendrá a ésta como base. Por ello, el sometimiento a proceso de periodistas, directores o propietarios de medios masivos de comunicación en casos de presunta comisión de hechos punibles, así como su eventual condena a una pena privativa de libertad, al pago de una multa o al pago de una indemnización por daño moral, en modo alguno puede entenderse como un atentado a la libertad de prensa. Por el contrario, constituye una obligada y necesaria intervención de los órganos jurisdiccionales para la reparación de ciertos derechos de personas determinadas, que han sido afectados por el ejercicio abusivo de esta libertad que como cualquier otra libertad u otro derecho no puede tener carácter absoluto o ilimitado dentro de los marcos de un Estado de derecho.

Como lo expresa Jorge Carpizo: “La lucha de nuestros días es por subordinar a los medios masivos de comunicación al estado de derecho ... La existencia de una legislación que precise los derechos, facultades, obligaciones y responsabilidades de los medios masivos de comunicación es indispensable ...”.<sup>6</sup>

Ya la propia “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano” de la Revolución Francesa, al tiempo de establecer que “todo ciudadano puede ... hablar, escribir o imprimir libremente”, también prescribía que “debe responder del abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley” (Art. 11).

---

<sup>6</sup> J. Carpizo, op. cit., p. 445.

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), se establece que el ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión “no puede estar sujeto a previa censura”, pero se admite que puede dar lugar a “responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley” (Cf. Art.13.2).

Cuando el proceso penal o el juicio civil por indemnización de daño moral, hubieren sido llevados de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales respectivas, nada se puede cuestionar sobre la simple base de que los involucrados sean periodistas, directores o propietarios de medios masivos de comunicación. La admisión de este supuesto constituiría una discriminación no permitida y una violación del principio de igualdad ante la ley.

La Ley Fundamental alemana prevé la posibilidad de que una persona abusara de la libertad de opinión, y en particular de la de prensa –entre otras libertades- para combatir el orden constitucional liberal y democrático. En este caso la considera indigna de tales derechos fundamentales y el Tribunal Constitucional Federal debe resolver sobre la eventual privación de los mismos (Cf. Art. 18).

### RESPONSABILIDAD CIVIL

El abuso de la libertad de prensa puede dar lugar a reparaciones de carácter civil tales como indemnizaciones por daños y perjuicios o por daño moral.

Al respecto, la ley sueca ya mencionada sólo condiciona que la declaración de dicha responsabilidad sea determinada del modo y en los casos que especifica la Ley sobre la libertad de prensa.<sup>7</sup> Esto implicaría que los casos que eventualmente pudieran generar responsabilidad estuvieran definidos en la ley y que la determinación concreta de la misma fuera decidida por órganos jurisdiccionales.

### EMPLEO DE LOS MEDIOS MASIVOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL

Artículo 27 Cn. *El empleo de los medios de comunicación es de interés público; en consecuencia, no se los podrá clausurar ni suspender su funcionamiento.*

*No se admitirá la prensa carente de dirección responsable ...*

---

<sup>7</sup> Cf. Art. 3 del Capítulo primero, de la citada Ley sobre la libertad de prensa.

En este artículo se incurre en una imprecisión terminológica al hablar de “interés público” cuando debiera ser “interés social”, pues lo público está referido al Estado y aquí lo que se quiso decir es que el empleo de los medios masivos de comunicación es de interés de la sociedad.

Creemos que esta declaración constitucional es exagerada. En primer lugar debe hacerse la aclaración de que se trata de medios masivos de comunicación (escritos, radiales y televisivos) y no de medios de comunicación en general, lo cual sería diferente.

Es cierto que es importante la función que pueden cumplir los medios masivos de comunicación en la formación (y también en la deformación) de la opinión pública, pero no constituyen los únicos medios para dicho fin. También la escuela, la universidad, las iglesias, las asociaciones políticas y otros grupos desempeñan un papel muy importante en este aspecto.

Más grave aún nos parece que de la declaración inicial ya mencionada, se deduzca que los medios masivos de comunicación no puedan ser suspendidos en su funcionamiento ni clausurados. Ya hemos visto que hasta hechos punibles pueden ser cometidos sirviéndose de los mismos y no cabe pensar que un periódico, una estación de radio o un canal de televisión que sistemáticamente se presten a ello, deban seguir funcionando, no obstante que se impongan las sanciones penales y civiles correspondientes a los responsables. En nuestra opinión sería suficiente garantizar que los medios masivos de comunicación no puedan ser suspendidos en su funcionamiento ni clausurados sino en virtud de sentencia judicial, como prevén varias legislaciones.<sup>8</sup>

## REGULACIÓN DE LA PUBLICIDAD

La Ley Fundamental en vigor dispone lo siguiente: ... *La ley regulará la publicidad a los efectos de la mejor protección de los derechos del niño, del joven, del analfabeto, del consumidor y de la mujer* (Art. 27, 5º pfo., Cn.).

A nuestro criterio, el vocablo “publicidad” puede ser tomado no sólo en la acepción de “divulgación de noticias o anuncios de carácter comercial para atraer a posibles compradores, espectadores, usuarios, etc.”, sino también en la de “conjunto de medios que se emplean para divulgar o extender la noticia de las cosas o de los hechos”.<sup>9</sup> Esta última acepción

---

<sup>8</sup> En la Constitución griega de 1975 se puede leer lo siguiente: “... el tribunal ordenará, conforme a los preceptos de la ley, la suspensión definitiva o temporal de la edición del impreso, y en casos graves prohibirá al condenado el ejercicio de la profesión de periodista ...” (Art. 14, inc. 6).

<sup>9</sup> Diccionario esencial de la Real Academia Española, Madrid, Espasa Calpe, 1997, P. 904



permite que la protección de derechos pueda tener una mayor amplitud al entenderse que la ley está habilitada a establecer normas que regulen todos los aspectos de la actividad de los medios masivos de comunicación que puedan afectar a niños, jóvenes, analfabetos, consumidores o mujeres.

Dentro de este concepto se inscriben las siguientes disposiciones del Código de la Niñez y la Adolescencia:

Art. 29. “De la prohibición de la publicación

Queda prohibido publicar por la prensa escrita, radial, televisiva o por cualquier otro medio de comunicación, los nombres, las fotografías o los datos que posibiliten identificar al niño o adolescente, víctima o supuesto autor de hechos punibles. Los que infrinjan esta prohibición serán sancionados según las previsiones de la ley penal”.

Art. 31. “De la prohibición de utilizar al niño o adolescente en el comercio sexual.

Queda prohibida la utilización del niño o adolescente en actividades de comercio sexual y en la elaboración, producción o distribución de publicaciones pornográficas...”.

Igualmente debe recordarse lo que dispone la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), en su Art. 13.5:

“Estará prohibida por la ley toda propaganda a favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.<sup>10</sup>

La prohibición de propaganda a favor de la guerra es congruente con la renuncia a la guerra proclamada en la Ley Suprema en vigor (Art. 144). En la Constitución de 1967 se establecía la prohibición de predicar el odio entre los paraguayos y la de hacer la apología de la violencia (Cf. artículos 71 y 72).

En la “Ley de responsabilidad social en radio y televisión” de Venezuela (2004), se clasifican los elementos de lenguaje, de salud, de sexo y de violencia en tipos A, B, C, D y E (Art. 6). Los distintos programas radiales o televisivos pueden ser difundidos, de acuerdo con el tipo de elementos que contengan, en el “horario todo usuario”, en el “horario supervisado” o en el “horario adulto” (Art. 7).

No está permitida la difusión de mensajes que contengan elementos sexuales tipo E (“imágenes o sonidos sobre actos o prácticas sexuales reales,

---

<sup>10</sup> Similar disposición está contenida en el Art. 20 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la ONU.

desnudez sin finalidad educativa en las cuales se muestren los órganos genitales, actos o prácticas sexuales dramatizados en los cuales se aludan o muestren los órganos genitales, actos o prácticas sexuales reales o dramatizados en los cuales se amenace o viole el derecho a la vida, la salud y la integridad personal o se menoscabe la dignidad humana, o actos o conductas sexuales reales que constituyan hechos punibles de conformidad con la ley”).

No está permitida “la difusión de mensajes que utilicen técnicas audiovisuales o sonoras que impidan o dificulten a los usuarios o usuarias percibirlos conscientemente” (Art. 7).

Para la protección del consumidor, se limita el tiempo de difusión de publicidad y propaganda (Art. 8). Se prohíbe la publicidad sobre cigarrillos, bebidas alcohólicas, juegos de azar, etc. (Art. 9). Se establece la obligatoriedad de difundir tres horas diarias de programas culturales y educativos, informativos o de opinión y recreativos dirigidos especialmente a niños, niñas y adolescentes; y un mínimo de siete horas de programas de producción nacional (Art. 14).

#### DERECHO A INFORMARSE

*Se reconoce el derecho de las personas a recibir información veraz, responsable y ecuánime* (Art. 28, 1er. pfo., Cn.).

De conformidad con el precepto constitucional, la información que ofrezcan los medios masivos debe ser veraz, responsable y ecuánime. La libertad de expresión y la de prensa no otorgan a los medios el derecho de mentir ya sea difundiendo información directamente falsa, ya sea distorsionándola por minimizar o por exagerar la realidad o ya sea porque la información es suministrada en forma tendenciosa al presentarla pasada por el tamiz ideológico del periódico, considerado como el único válido, respetable, científico, democrático o lo que fuere. La intención de proporcionar una información veraz resultará de que se haya hecho todo el esfuerzo posible, de acuerdo con el tiempo que permite la periodicidad del medio, para comprobar que las fuentes son fiables, para acreditar la verosimilitud de la información, para contrastarla con la opinión de otras personas que pudieren estar involucradas, etc.

El carácter responsable y ecuánime de la información resultará igualmente y en gran medida, de que se haya observado lo señalado precedentemente y, sobretodo, de que se presente la información en forma objetiva, dando oportunidad a todos los que pudieren estar vinculados a ella o afectados por ella, a que den su versión o formulen sus opiniones.

La veracidad, la responsabilidad y la ecuanimidad de la información parecen, a veces, inexistentes en nuestros medios masivos de comunicación. Algunos días, el material suministrado por los medios escritos en cuanto a una única realidad nacional, parecería corresponder a dos o tres países diferentes. Es evidente que alguno de ellos miente o exagera. Ciertas veces es sólo la exageración de destacar en titulares de portada o de páginas interiores, determinados aspectos de una información, sacándolos de contexto. Otras veces se está directamente ante la mentira como cuando el titular principal de primera plana de un medio, no aparece en los demás ni siquiera como información secundaria del interior del periódico, como ha ocurrido. Esto sólo resulta normal si es el resultado de una investigación particular que un solo medio está realizando, pero no en cuanto a informaciones que debieran ser difundidas por todos. Más refinada y perversa es la práctica de deformar la información a nivel del título principal y del resumen inicial (copete), aunque luego en el cuerpo exista bastante exactitud.

A veces, la tendencia ideológica muy conservadora del medio, reflejo del pensamiento de sus propietarios y también de la mayor parte de los periodistas de opinión o columnistas, atenta contra la objetividad. En efecto, la mera información y más aun si ella es la base de una opinión, se la presenta dentro de los marcos ideológicos del medio, lo cual a nuestro criterio sería legítimo, si se la explicitara para que las personas no fueran sorprendidas en su buena fe con datos que son presentados desde un punto de vista que se dice es el único valedero.

La ineptitud de muchos columnistas contribuye a que una información, a la cual se agrega una opinión, no sea en muchos casos responsable. La incursión de estos en campos que exigen una formación especializada, como por ejemplo el derecho o la economía, hace que el material proporcionado adolezca de muchas limitaciones.

Por último, no debe olvidarse que la ecuanimidad en la información supone, como mínimo, que se permita el ejercicio del derecho de rectificación en forma efectiva.

#### ACCESO A LAS FUENTES PÚBLICAS DE INFORMACIÓN

*Las fuentes públicas de información son libres para todos. La ley regulará las modalidades, plazos y sanciones correspondientes a las mismas, a fin de que este derecho sea efectivo ... (Art. 28, 2º pfo., Cn.).*

Esta disposición se vincula con el principio de publicidad de los actos de gobierno, lo cual constituye una característica fundamental de un Estado de

derecho. Debe entenderse que todos los documentos oficiales producidos por cualquier órgano de gobierno, del nivel que fuere, deben darse a publicidad y deben estar al alcance de cualquier persona y, obviamente, también de cualquier medio masivo de comunicación.

El libre acceso a las fuentes públicas de información no puede ser considerado como irrestricto. En primer lugar, el acceso al proceso de elaboración de un documento en el cual habrá de expresarse una decisión de un órgano de gobierno, puede ser vedado a todos. Lo que no puede negarse es el acceso a ese documento en su versión final y definitiva. Esto significa que de ningún modo importará violación de esta disposición el que no se permita a los medios de prensa estar presentes, por ejemplo, en las deliberaciones del Presidente de la República con sus ministros que luego concluye con el dictamien to de un decreto, o en las deliberaciones de la Corte Suprema de Justicia que dan como resultado la emisión de una resolución o acordada, o en las reuniones de las cámaras del Congreso declaradas secretas. Tampoco se puede reclamar ningún derecho a tener acceso a borradores de documentos, es decir, a versiones que aún pueden ser objeto de modificaciones y que no contienen la decisión final de un órgano determinado.

Una excepción en cuanto al funcionamiento de los órganos de gobierno, lo constituyen los cuerpos de representación popular como las cámaras del Congreso, las Juntas Departamentales y las Juntas Municipales, en que se admite el acceso no sólo a sus deliberaciones en plenario, sino incluso a las llevadas a cabo en comisión. Es decir, en este caso excepcional se accede a todo el proceso de elaboración del acto que habrá de emanar de dichos órganos. En el caso de los juicios orales, con algunas limitaciones, se accede a actos que luego conducirán al pronunciamiento de un fallo. Pero de ningún modo puede pretenderse que las deliberaciones de un órgano jurisdiccional colegiado, previas al dictamien to de la sentencia respectiva, deban ser accesibles a determinadas personas o a la prensa.

En segundo lugar, debe señalarse que el acceso a las fuentes públicas de información puede ser restringido por la ley, particularmente por razones de seguridad. De la imprecisa redacción del Art. 28, 2º pfo., Cn., se deduce que la ley al regular las modalidades de acceso, puede establecer ciertas limitaciones basadas en criterios razonables, que sin embargo, no impidan la efectividad de este derecho. Ya hemos visto que en los artículos 282 a 285 del Código Penal están tipificados algunos hechos punibles relacionados con la revelación de secretos de Estado, lo cual supone la existencia de información oficial que no puede ser dada a publicidad.

Igualmente, debe entenderse que lo que la norma constitucional pretendió expresar es que la ley reglamentaria también debe establecer el tiempo que debe mediar entre la manifestación de voluntad de acceder a las “fuentes públicas de información” y el acceso real y efectivo a las mismas. Igualmente deben estar contempladas las sanciones que habrán de aplicarse a quienes dificulten o impidan indebidamente dicho acceso.

En cuanto a “los instrumentos electrónicos de acumulación y procesamiento de información pública”, el artículo 30 de la Constitución establece que la ley debe asegurar el libre acceso a los mismos, en igualdad de oportunidades. Al mismo tiempo, impone a las autoridades el deber de asegurar que la información así obtenida no será utilizada para vulnerar la intimidad personal o familiar u otros derechos. Creemos que la única forma de lograr esto, es considerando que la obligación que tienen las autoridades en este tema, lleva implícita la autorización de restringir el acceso a la información que luego pudiera dar lugar a tales violaciones de derechos. Todo esto sin perjuicio de que igualmente estén previstas las disposiciones penales pertinentes.

### PLURALISMO INFORMATIVO

Al respecto, la Ley Fundamental dispone: *Se garantiza el pluralismo informativo* (Art. 27, 4° pfo., Cn.).

El pluralismo informativo puede entenderse en el sentido de que no exista ninguna limitación en cuanto a la orientación ideológica de los medios masivos de comunicación social. Esto conduce a que el público pueda recibir informaciones y opiniones desde diversas perspectivas ideológicas. En nuestro país, como se ha señalado, existe un abrumador predominio conservador en cuanto a la línea editorial de los principales medios periodísticos. De hecho, ninguno de ellos transmite un pensamiento ni tan siquiera moderadamente socialista o de izquierda.

El pluralismo informativo puede ser interpretado también en el sentido de evitar la concentración de los medios masivos en pocas manos, es decir, en el sentido de impedir la formación de un oligopolio de los mismos.

En la actualidad, los medios masivos de comunicación, en su mayor parte, son de propiedad privada. Los constantes avances tecnológicos aplicados en este campo, hacen que el acceso a los diferentes equipos, máquinas e implementos necesarios para desarrollar la actividad periodística, requiera la inversión de un capital cada vez mayor debido al alto costo de aquellos. Esto determina la concentración de los medios en pocas manos, de tal modo que, si tomamos en consideración los principales o más influyentes

de ellos, podemos afirmar que existe una tendencia al oligopolio. La gran fuerza económica que esta circunstancia permite obtener a un reducido grupo de personas y su enorme capacidad de influir en la opinión pública, determina el surgimiento de un poder que muchas veces intenta actuar en pie de igualdad con los poderes públicos, incluso cuestionándolos y enfrentándolos, reclamando, sin embargo, para sí una intangibilidad o irresponsabilidad derivada de una supuesta representación popular que, sin embargo, no reconoce ningún procedimiento serio de constitución al no existir acto alguno en virtud del cual el pueblo haya otorgado un mandato a los medios periodísticos. Esto es lo que se ha llamado “usurpación de la soberanía popular por la dictadura mediática”.<sup>11</sup>

Sobre el tema, A. Rallo Lombarte sostiene lo siguiente: “En las democracias contemporáneas, el poder político (asentado en la lógica del principio de soberanía popular) puede ver fácilmente condicionada su acción pública por los poderes privados representados por los imperios mediáticos, nacionales o transnacionales (basados éstos, fundamentalmente, en la lógica economicista del mercado). Resulta evidente la amenaza autoritaria que impregna el sobredimensionamiento económico y social del mundo de la comunicación ...”<sup>12</sup>

En el Paraguay, si consideramos los principales medios escritos (ABC, Última Hora y La Nación), los principales canales televisivos (Canal 9, Canal 13 y Telefuturo) y las principales radioemisoras, podemos concluir que los medios de mayor influencia, es decir, los que llegan a la mayor parte de los lectores y de la audiencia, están en manos de poco más de diez familias o reducidos grupos societarios. Es decir, existe un oligopolio de los medios masivos de comunicación.

Como modo de contrarrestar esta tendencia, la Constitución colombiana establece lo siguiente: “... Para garantizar el pluralismo informativo y la competencia, el Estado intervendrá por mandato de la ley para evitar las prácticas monopolísticas en el uso del espectro electromagnético” (Art. 75, 2º pfo.).

El constitucionalista español citado precedentemente, afirma que “la gran mayoría de Estados de la Europa occidental, Estados Unidos, Canadá o Australia hace tiempo ya asumieron la necesidad de intervenir en el mercado de la información”.<sup>13</sup> Menciona el caso de Francia donde la ley impide, a nivel regional y local, la presencia de un mismo grupo en más de dos de los

---

<sup>11</sup> J. García Morillo, citado por A. Rallo Lombarte, op. cit., p. 38.

<sup>12</sup> A. Rallo Lombarte, op. cit., p. 50.

<sup>13</sup> A. Rallo Lombarte, op. cit., p. 40.

siguientes ámbitos: televisión hertziana, televisión por cable, radio o prensa escrita. A nivel nacional, si bien se permite la presencia de un mismo grupo empresarial en cualquier ámbito mediático, se impide que éste rebase más de dos de los siguientes límites: 4 millones de habitantes comunicados por televisión hertziana, 6 millones por televisión por cable, 30 millones por radio o ser editor de más del 20% de la difusión total de diarios de información política y general.<sup>14</sup>

En nuestro país, el carácter de bien del dominio público que reviste el espectro electromagnético y la obligación impuesta constitucionalmente de asegurar el libre acceso al mismo, en igualdad de oportunidades (Art. 30 Cn.), permiten al Estado por medio del órgano gubernamental respectivo, establecer disposiciones legales que impidan una indebida concentración de medios masivos de comunicación. Una ley que regulara este aspecto resultaría muy positiva en cuanto a la democratización de la información.

Finalmente, otro aspecto del pluralismo informativo es el consagrado en el Art. 29, 2° pfo., Cn., en virtud del cual los periodistas columnistas tienen derecho a publicar sus opiniones firmadas, sin censura, en el medio en el cual trabajen.

### DERECHO DE RECTIFICACIÓN

*... Toda persona afectada por la difusión de una información falsa, distorsionada o ambigua tiene derecho a exigir su rectificación o su aclaración por el mismo medio y en las mismas condiciones que haya sido divulgada, sin perjuicio de los demás derechos compensatorios (Art. 28, 2° pfo., Cn.).*

Este derecho aparece consagrado también en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), en los siguientes términos: “Derecho a Rectificación o Respuesta. 1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentada y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley. 2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido. 3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona

---

<sup>14</sup> Íd., íd., p. 224.

responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial” (Art. 14).

En los hechos, las personas se encuentran en una situación de desigualdad en relación con los medios masivos de comunicación. La publicación de una “información falsa, distorsionada o ambigua”, por medios escritos, orales o visuales, puede producir efectos perniciosos en la propia persona, en su familia y en los distintos círculos en que ella se desempeña. La afectación del prestigio, el honor, la reputación o la dignidad que pudiera derivarse de la publicación, e, incluso, la simple divulgación de conductas privadas exentas de la autoridad pública, causan daños morales difíciles de reparar.

En estas circunstancias, además de las acciones de carácter penal o civil que pudiera plantear el afectado, se ha considerado apropiado consagrar el derecho de rectificación. El medio involucrado está obligado a publicar la rectificación en las mismas condiciones en que la información agravante lo haya sido, es decir, en la misma página o sección, dando el mismo destaque en cuanto a título de la información y espacio dedicado a la misma, etc.

Debe recalarse que el cumplimiento por parte del medio de esta obligación que le impone la Constitución, no lo libera de otras consecuencias que pudieran recaer sobre el mismo de conformidad con la ley y como resultado de un proceso judicial.

De todos modos, la conducta ética que debiera observar el medio, le obliga a publicar la rectificación con la celeridad necesaria, sin postergarla (postergando también la eficacia reparadora que pudiera tener) por medio de falsas promesas u otros artilugios, u obligando al afectado a recurrir finalmente a instancias judiciales en las cuales también podría provocarse la dilación del proceso por medios desleales.

#### LIBERTAD DE EJERCICIO DEL PERIODISMO

*El ejercicio del periodismo, en cualquiera de sus formas, es libre y no está sujeto a autorización previa ... (Art. 29, 1ª parte, Cn.).*

Este artículo constitucional comienza consagrandolo la libertad de ejercicio del periodismo en cualquiera de sus formas. Esto significa, quizá como lo más importante desde un punto de vista jurídico, que tal ejercicio no está sujeto a la autorización previa de autoridad pública alguna. Esto tiene una aplicación prácticamente directa y literal tratándose de medios escritos, pero cuando se trata de medios radiales o televisivos debe entenderse que la sujeción del funcionamiento de éstos a limitaciones (como la concesión de frecuencias) derivadas del uso del espectro electromagnético, cuyo dominio



corresponde al Estado, no constituyen una violación del precepto constitucional. La necesidad de que dicho espectro sea usado en forma racional y con posibilidad de acceso al mismo en condiciones de igualdad, hacen imprescindible la adopción de ciertas medidas y procedimientos referentes a su uso.

Obviamente, esta libertad de ejercicio del periodismo reconocida a cualquier persona, tropieza con insuperables limitaciones de hecho. Por las razones ya expresadas en otra parte, no cualquiera se encuentra en condiciones de fundar un periódico, una estación de radiodifusión o un canal televisivo. Pero tampoco los que existen están al alcance, ni de periodistas ni de las personas comunes, como vías por medio de las cuales expresar sus ideas, pensamientos, opiniones o inquietudes. Esto depende del dueño del medio, del director o del jefe de prensa.

### DERECHOS DE LOS PERIODISTAS

*... Los periodistas de los medios masivos de comunicación social, en cumplimiento de sus funciones, no serán obligados a actuar contra los dictados de su conciencia ni a revelar sus fuentes de información.*

*El periodista columnista tiene derecho a publicar sus opiniones firmadas, sin censura, en el medio en el cual trabaje. La dirección podrá dejar a salvo su responsabilidad haciendo constar su disenso.*

*Se reconoce al periodista el derecho de autoría sobre el producto de su trabajo intelectual, artístico o fotográfico, cualquiera sea su técnica, conforme con la ley (Art. 29 Cn.).*

“La antidemocracia imperante en los medios masivos propicia prácticas realmente aberrantes que al final de cuentas lesionan el derecho a la información veraz y objetiva a la que tiene derecho la sociedad. Las principales de esas prácticas son: a) la «línea» de cómo debe proporcionarse la información, qué cuestiones no deben ser atendidas, el sentido con que debe darse la noticia; b) la censura al suprimirse o agregarse párrafos al trabajo del reportero o columnista; c) la indicación de qué instituciones y personajes deben ser cuidados y cuáles deben ser atacados”<sup>15</sup>

A contrarrestar, por lo menos en parte, estas prácticas aberrantes está orientado el artículo constitucional transcrito más arriba. En el mismo se consagra la llamada “cláusula de conciencia”, aunque sólo en forma parcial, es decir, no con la amplitud que se le ha dado en otros ordenamientos constitucionales. En efecto, el periodista no puede ser obligado a actuar

---

<sup>15</sup> J. Carpizo, op. cit., p. 448.

contra los dictados de su conciencia, pero no se le reconoce el derecho de abandonar el medio en las condiciones establecidas en la ley laboral para un trabajador despedido sin causa justificada, con motivo del cambio de orientación ideológica de aquel.

F. Fernández Segado afirma que “en su esencia, la «cláusula de conciencia» consiste en la facultad del periodista de resolver su contrato laboral, obteniendo las indemnizaciones que hubieran de corresponderle caso de un despido improcedente, cuando la política de la empresa informativa en la que está empleado pueda llegar a comprometer seriamente su conciencia, esto es, sus concepciones morales, su libertad ideológica o incluso su propia dignidad profesional ...”.<sup>16</sup>

El derecho al “secreto profesional” queda reconocido en cuanto el periodista no puede ser obligado a revelar sus fuentes de información, en general, por requerimiento de cualquier autoridad pública y, en particular, ante órganos jurisdiccionales.

El derecho reconocido al periodista columnista o de opinión a publicar sus opiniones firmadas, sin que pueda ser censurado internamente por el medio, debe ser apreciado en su realidad fáctica. En efecto, considerando que la contratación de los columnistas se hace teniendo en cuenta su tendencia ideológica a fin de que lo publicado sea congruente con la línea editorial del medio, es difícil que la discrepancia entre el columnista y la dirección (o mejor, el propietario) alcance relevancia de carácter ideológico. Lo más probable es que sea de otra índole. Además, dada la situación de dependencia laboral, serán muy limitados los casos en que el columnista, en lugar de ceder a la censura interna, insista en el ejercicio de su derecho. De todos modos, en este caso siempre le queda al propietario del medio la posibilidad de despedir al columnista, una vez cumplidas las disposiciones legales de carácter laboral.

Finalmente debe decirse que el derecho de autoría sobre el producto de su trabajo intelectual, artístico o fotográfico, que también se reconoce al periodista, constituye una limitación al derecho de propiedad del dueño del medio masivo. Este derecho junto con el señalado en el párrafo precedente, constituyeron las dos “grandes rebeliones” de los periodistas frente a los propietarios, en el marco de la Convención Constituyente de 1992.

## EL ESPECTRO ELECTROMAGNÉTICO

---

<sup>16</sup> Francisco Fernández Segado, *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992, p. 325.

*De las señales de comunicación electromagnética*

*La emisión y la propagación de las señales de comunicación electromagnética son del dominio público del Estado, el cual, en ejercicio de la soberanía nacional, promoverá el pleno empleo de las mismas según los derechos propios de la República y conforme con los convenios internacionales ratificados sobre la materia.*

*La ley asegurará, en igualdad de oportunidades, el libre acceso al aprovechamiento del espectro electromagnético, así como al de los instrumentos electrónicos de acumulación y procesamiento de información pública, sin más límites que los impuestos por las regulaciones internacionales y las normas técnicas. Las autoridades asegurarán que estos elementos no sean utilizados para vulnerar la intimidad personal o familiar y los demás derechos establecidos en esta Constitución (Art. 30 Cn.).*

Es éste un artículo bastante confuso e inexacto en cuanto a la terminología empleada y a la diversidad de temas tratados.

Entendemos que, en realidad, lo que se quiso expresar es que el espectro electromagnético es del dominio público del Estado, lo cual da derecho al mismo a controlar y regular la utilización de aquel.

En este sentido, el Estado por medio de la ley debe asegurar el libre acceso al aprovechamiento de dicho espectro electromagnético en condiciones de igualdad de oportunidades. Precisamente esto es lo que autoriza a que sea el Estado el que administre las concesiones respectivas de frecuencias radiofónicas, televisivas o de otras especies, limitando el tiempo de duración de las mismas, a fin de permitir mediante la obligación de renovarlas periódicamente que todos tengan oportunidad de acceder a dicho espectro. Este sería igualmente el fundamento jurídico para el dictamiento de leyes tendientes a prohibir el monopolio o el oligopolio en cuanto a la utilización del espectro electromagnético.

Por otra parte, se debe garantizar y asegurar que “la emisión y la propagación de las señales de comunicación electromagnética”, que constituyen la forma de “aprovechamiento del espectro electromagnético”, se haga de conformidad con las normas establecidas en el ordenamiento jurídico interno (en particular “normas técnicas”) y en los convenios internacionales sobre la materia, de que forma parte el Paraguay (“regulaciones internacionales”), promoviendo “el pleno empleo” de dicho espectro.

Finalmente, el precepto constitucional prescribe que las autoridades deben adoptar las medidas pertinentes a fin de que la utilización del espectro

electromagnético no derive en la vulneración del derecho a la intimidad personal o familiar o de otros derechos.

### MEDIOS MASIVOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL DEL ESTADO

*Los medios de comunicación dependientes del Estado serán regulados por ley en su organización y en su funcionamiento, debiendo garantizarse el acceso democrático y pluralista a los mismos de todos los sectores sociales y políticos, en igualdad de oportunidades (Art. 31 Cn.).*

En este artículo constitucional están contenidas dos normas. La primera se refiere a que la organización y el funcionamiento de los medios masivos de comunicación social dependientes del Estado, deben ser regulados por ley. La segunda dispone acerca del acceso a los mismos, el cual debe estar permitido a todos los sectores sociales y políticos, en igualdad de oportunidades, y en un marco democrático y de pluralismo político, religioso, social, cultural y lingüístico.

### PUBLICACIÓN SOBRE PROCESOS

*La publicación sobre procesos judiciales en curso debe realizarse sin prejuzgamiento.*

*El procesado no deberá ser presentado como culpable antes de la sentencia ejecutoriada (Art. 22 Cn.).*

Muchas veces los medios masivos de comunicación realizan un juicio previo, en particular cuando se trata de procesos judiciales del ámbito penal. Asumen, de hecho, ante la opinión pública la labor propia de jueces y tribunales. En la prensa se deciden con anticipación, mediante la opinión de periodistas y de lectores, oyentes o televidentes, aunque sin acceso alguno a los recaudos pertinentes, cuestiones que luego son objeto de discusión, prueba y decisión en un proceso judicial.

Como se ha dicho, “los medios ... se atribuyen el papel de fiscal y de juez, condenando o absolviendo a una persona y cuando la sentencia judicial llega, resulta casi intrascendente porque la opinión pública ya juzgó alentada y auspiciada por los medios”<sup>17</sup>

Para evitar prejuzgamientos, la prensa debe indicar siempre y en forma precisa el estado del proceso y la situación procesal de los sometidos al mismo, con especial indicación acerca de si rige aún respecto de ellos la presunción de inocencia.

---

<sup>17</sup> J. Carpizo, op. cit., p. 451.

Al respecto, M. J. Risso Ferrand sostiene que “... sería conveniente establecer por ley: a) la obligación de precisar con especial destaque la situación real del individuo (esto es, si hay sentencia definitiva y, si no la hay, especificar cuál es el estado de la causa y qué significa ello), y b) en los casos en que se produce el sobreseimiento, sentencia de absolución, etc., el medio que recogió la información debería tener la obligación de publicar y explicar el desenlace con el mismo destaque y detalle con que emitió la información original”.<sup>18</sup>

#### PRUEBA DE LA VERDAD O NOTORIEDAD EN PROCESOS SOBRE PUBLICACIONES

*La prueba de la verdad y de la notoriedad no serán admisibles en los procesos que se promoviesen con motivo de publicaciones de cualquier carácter que afecten al honor, a la reputación o a la dignidad de las personas, y que se refieran a delitos de acción penal privada o a conductas privadas que esta Constitución o la ley declaran exentas de la autoridad pública.*

*Dichas pruebas serán admitidas cuando el proceso fuera promovido por la publicación de censuras a la conducta pública de los funcionarios del Estado, y en los demás casos establecidos expresamente por la ley (Art. 23 Cn.).*<sup>19</sup>

De acuerdo con este artículo, en un proceso civil (por indemnización de daño moral) o en un proceso penal (querrela por calumnia, difamación, injuria o denigración de la memoria de los muertos) promovidos con motivo de una publicación supuestamente subsumida en la norma constitucional, el magistrado interviniente debe:

- a) Constatar que la publicación efectivamente afecta el honor, la reputación o la dignidad de la persona que promueve el juicio.
- b) Constatar que la publicación se refiere a delitos de acción penal privada, cuya autoría se atribuye a quien promueve el juicio o de los cuales el afectado ha resultado ser víctima.

De acuerdo con el Código Procesal Penal, son perseguibles exclusivamente por acción privada los siguientes hechos punibles: maltrato físico, lesión, lesión culposa, amenaza, tratamiento médico sin

---

<sup>18</sup> M. J. Risso Ferrand, “Algunas reflexiones sobre los derechos al honor, a la intimidad, a la propia imagen y la libertad de prensa”, en Konrad Adenauer Stiftung, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, 2002, p. 296.

<sup>19</sup> Este artículo tiene como antecedente directo, el artículo 75 de la Constitución de 1967. También se alude al tema en la Constitución de 1870, Art. 24.

consentimiento, violación de domicilio, lesión a la intimidad, violación del secreto de comunicación, calumnia, difamación, injuria, denigración de la memoria de un muerto, daño, uso no autorizado de vehículo automotor y violación del derecho de autor o inventor (Art. 17).

A modo de ejemplo, la publicación debe decir que fulano de tal (el actor o demandante) ha sido autor de los delitos de maltrato físico, violación de domicilio o calumnia en perjuicio de otra persona. O, por el contrario, que ha sido víctima de tales hechos.

c) Constatar, como alternativa, que la publicación se refiere a conductas privadas que la Constitución o la ley declaran exentas de la autoridad pública.

Dichas conductas privadas son aquellas que no afectan “al orden público establecido en la ley o a los derechos de terceros” (Art. 33 Cn.). Un ejemplo sería que la publicación se refiera al modo de vestir en el hogar, a las relaciones intrafamiliares, etc.

d) Constatados los extremos mencionados precedentemente, no puede admitir la prueba de la verdad y de la notoriedad de los hechos. Esta disposición constitucional tiene su fundamento en que si se trata de hechos cuya persecución penal sólo puede ser promovida por acción privada, lo cual significa que la inactividad del afectado puede determinar que los mismos no produzcan ninguna consecuencia; e igualmente si se trata de hechos considerados exentos de la autoridad pública, mal puede reconocerse a un medio periodístico el derecho de publicarlos aunque los hechos aludidos fueran verdaderos y notorios. Lógicamente, dicha prueba será admitida si la publicación alude a hechos punibles de acción penal pública.

Como excepción se establece que, aún en los supuestos mencionados más arriba, la prueba de la verdad y de la notoriedad de los hechos, debe ser admitida cuando el proceso haya sido promovido por la publicación de censuras a la conducta pública de los funcionarios del Estado, y en los demás casos establecidos expresamente por la ley.

En el artículo 24 de la Constitución de 1870 se establecía que “en las causas o demandas promovidas sobre publicaciones en que se censure la conducta oficial de los empleados públicos, es admitida la prueba de los hechos”.

El artículo 75 de la Constitución de 1967 disponía cuanto sigue: “Dichas pruebas serán admitidas cuando el proceso se promueva por la publicación de censuras a la conducta oficial de los funcionarios públicos, y en los demás casos que establezca expresamente por la ley”.

La diferencia substancial está en la alusión a la “conducta pública” que hace la Ley Suprema en vigor, en lugar de la “conducta oficial” mencionada

en las constituciones precedentes. A nuestro criterio, la primera expresión es más amplia y abarca la conducta de cualquier funcionario público (incluyendo a los de órganos de nivel estatal, departamental o municipal) en lugares públicos (en este caso, la palabra “pública” debe ser entendida con esta acepción), y no solamente la conducta de los mismos en ejercicio de sus respectivos cargos, a que pareciera limitarse la expresión “conducta oficial”.

Dentro de estos parámetros, la publicación sobre un intercambio de palabras en tono alto entre cónyuges particulares, en lugar público; o sobre las ofensas proferidas públicamente por un particular contra otro particular, que podrían configurar los delitos de difamación o calumnia, puede dar lugar a un proceso en el cual no deberá admitirse la prueba de la verdad o notoriedad del hecho.

En cambio, en las mismas circunstancias, si en los hechos estuviere involucrado un funcionario público y la publicación se hiciera para censurar el aspecto escandaloso de su conducta pública, la prueba de la verdad o notoriedad de los hechos deberá ser admitida por el magistrado en caso de que se promoviere un proceso.

La doctrina de la “real malicia” formulada por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en el año 1964, al dictar sentencia en el caso “New York Times contra Sullivan”, no ha sido utilizada por nuestros órganos jurisdiccionales. Creemos que en las circunstancias en que ni siquiera se admite la prueba de la verdad o notoriedad de los hechos, ella no tendría cabida. El análisis de la posibilidad de su aplicación debería ser dirigido eventualmente a los casos de publicaciones de censura a la conducta pública de los funcionarios o sobre hechos punibles de acción penal pública, en que no se pudiera probar la verdad o notoriedad de los hechos.

Como ya se ha mencionado, la admisión de la prueba de la verdad prevista en los artículos 143 y 151 del Código Penal, viola lo dispuesto en el artículo 23 de la Constitución.

#### INTIMIDAD, VIDA PRIVADA, DIGNIDAD, HONOR, REPUTACIÓN E IMAGEN PRIVADA

Nuestra Ley Suprema consagra el derecho de las personas a ser protegidas en su intimidad (personal y familiar), su vida privada, su dignidad, su imagen privada (Art. 33 Cn.), su honor y su reputación (Art. 4 Cn.).

El artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU dice: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su

reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

El artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU contiene disposiciones muy parecidas: “1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

El artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), expresa lo siguiente: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

La vida privada comprende las actividades que desarrolla una persona en el ámbito de su domicilio o en otros lugares similares, cuyo conocimiento directo está limitado a sus familiares próximos y otros allegados, quedando normalmente fuera del conocimiento de otras personas, salvo que el propio afectado o los demás con acceso a la información, la comuniquen. Se trata de actividades que por no afectar el orden público o derechos de terceros, están exentas de la autoridad pública y no pueden ser objeto de publicación alguna no autorizada.

La intimidad puede ser distinguida de la vida privada, en el sentido de que se refiere a características biológicas, psicológicas, éticas, espirituales, socioeconómicas y biográficas de una persona, las cuales son consideradas por el afectado como datos propios de su personalidad, de difusión voluntaria y restringida. La intimidad comprende datos sobre filiación, matrimonios, divorcios, vida sexual, hábitos particulares, estudios académicos, amistades, enemistades, bienes, deudas, creencias religiosas, ideas políticas, enfermedades, etc. Tampoco estas circunstancias, en principio, pueden ser objeto de publicaciones no autorizadas.

El derecho a la protección de la propia imagen, o de la imagen privada como dice nuestra Constitución en forma menos precisa, impide que se pueda reproducir la imagen de una persona sin su consentimiento, aunque ello no afecte su dignidad o su reputación. Como se ha expresado, “el derecho a la propia imagen ... atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública ... consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no



autorizado, sea cual sea la finalidad ... perseguida por quien la capta o difunde”.<sup>20</sup>

La expresión “propia imagen” no deja dudas acerca de que este derecho rige aún cuando la persona se encuentre en un lugar público como una calle, una plaza, un restaurante o un local comercial, salvo que su imagen aparezca formando parte del conjunto de personas circunstancialmente presentes en esos sitios. En cambio, la expresión “imagen privada” puede generar la duda acerca de si la protección no tiene un alcance más limitado. Creemos que la interpretación correcta es la de darle idéntico alcance. En otras palabras, un medio periodístico se encuentra vedado de obtener imágenes de una persona tanto dentro de su recinto privado (domicilio, oficina, etc.), como cuando realiza actividades particulares en lugares públicos, salvo que medie el consentimiento de la misma.

De hecho, éste es el alcance que le da el artículo 144 del Código Penal cuando tipifica el delito de lesión del derecho a la imagen. Dice lo siguiente:

... 2° *La misma pena* [pena privativa de libertad de hasta dos años o multa] *se aplicará a quien, sin consentimiento del afectado, produjera o transmitiera imágenes:*

1. *de otra persona dentro de su recinto privado;*
2. *del recinto privado ajeno;*
3. *de otra persona fuera de su recinto, violando su derecho al respeto del ámbito de su vida íntima ...*

En relación con los temas precedentes, es importante hacer referencia a la Ley N° 1682/01 “Que reglamenta la información de carácter privado”, la cual en su artículo 4° expresa lo siguiente: “Se prohíbe dar publicidad o difundir datos sensibles de personas que sean explícitamente individualizadas o individualizables. Se consideran datos sensibles los referentes a pertenencias raciales o étnicas, preferencias políticas, estado individual de salud, convicciones religiosas, filosóficas o morales; intimidad sexual y, en general, los que fomenten prejuicios y discriminaciones, o afecten la dignidad, la privacidad, la intimidad doméstica y la imagen privada de personas o familias”.

Debe señalarse también que, en salvaguarda de los derechos a la intimidad, a la privacidad y a la imagen privada, la autoridad interviniente en el allanamiento de un recinto privado, sea juez, fiscal o agente policial, no está investida de la facultad de autorizar la entrada de periodistas a la

---

<sup>20</sup> M. J. Risso Ferrand, “Algunas reflexiones sobre los derechos al honor, a la intimidad, a la propia imagen y la libertad de prensa”, en Konrad Adenauer Stiftung, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, 2002, p. 300.

“morada, local comercial, despacho oficial u otro ámbito cerrado” (Art. 141 C. P.) objeto del cateo. La inviolabilidad de los recintos privados consagrada por la Ley Suprema (Art. 34 Cn.) no cede en este aspecto y la posibilidad de ingreso de la prensa depende de “que el consentimiento del que tiene derecho de admisión haya sido declarado expresamente o sea deducible de las circunstancias” (Art. 141 C. P.). En caso contrario, se comete el delito de violación de domicilio castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa.

En lo que se refiere a la protección de la dignidad, el honor y la reputación, nos remitimos a lo señalado al comentar el artículo 23 de la Constitución, que se refiere a la prueba de la verdad.

## INHABILIDADES

*No pueden ser candidatos a senadores ni a diputados:*

*... 9) los propietarios o copropietarios de los medios de comunicación ... (Art. 197 Cn.).*

*Son inhábiles para ser candidatos a Presidente de la República o Vicepresidente:*

*... 8) los propietarios o copropietarios de los medios [masivos] de comunicación ... (Art. 235 Cn.).*

*... Las inhabilidades para candidatos a gobernadores serán las mismas que para Presidente y Vicepresidente de la República ... (Art. 162 Cn.).*

La Ley Suprema inhabilita a los propietarios o copropietarios de medios masivos de comunicación social para ser candidatos a senador, diputado, presidente de la república, vicepresidente o gobernador. Esta inhabilidad se estableció pensando en la gran influencia que estas personas pudieran ejercer sobre el electorado, mediante la utilización de los medios de que son propietarios.

Este fundamento es sumamente inconsistente. El mal de una indebida influencia sobre el electorado, e incluso su manipulación, no se subsana impidiendo que los propietarios puedan ser candidatos; la acción perniciosa puede ser realizada a favor de un tercero.

Creemos que la solución al problema no es ésta, sino una adecuada regulación del empleo de dichos medios que contemple la prohibición de uso antes del período de campaña electoral, la limitación de uso durante el mismo y el acceso a ellos en condiciones de igualdad, tal como lo establece el Código Electoral en las disposiciones que se transcriben seguidamente.

## DISPOSICIONES DEL CÓDIGO ELECTORAL

En el Código Electoral están contenidas algunas disposiciones que afectan el funcionamiento de los medios masivos de comunicación social en períodos electorales. Son las siguientes:

Art. 290, 4° pfo.: *La propaganda electoral a través de los medios masivos de comunicación social se extenderá por un máximo de sesenta días, contados retroactivamente desde dos días antes de los comicios. En los comicios internos de los partidos políticos la propaganda electoral no podrá exceder de treinta días.*

Art. 299. *Los medios masivos de comunicación social, una vez dictada la convocatoria a elecciones, están obligados, en un lapso no mayor de ocho días, a remitir al Tribunal Electoral de la circunscripción, sus tarifas ordinarias por los espacios de publicidad que venden.*

*En ningún caso tales tarifas tendrán variación, en más, en relación con las ordinarias para publicidad comercial. En el supuesto de que establecieren tarifas superiores a las normales, serán sancionados como más adelante se establece.*

Art. 301. *La propaganda estará limitada, por partido, movimiento político o alianza, a no más de media página por edición o su equivalente en número de centímetros de columna, en cada uno de los periódicos y revistas. En lo que respecta a la propaganda por televisión o radio, cada partido, movimiento político o alianza tendrá derecho a un máximo de cinco minutos por canal o radio, por día.*

## INMUNIDAD DE OPINIÓN Y LIBERTAD DE PRENSA

Muchos periodistas y medios creen que, al igual que los legisladores, están investidos de inmunidad de opinión y, por tanto, no pueden ser sometidos a proceso alguno sobre la base de las publicaciones que realizan ya que de ellas no puede derivar responsabilidad alguna. Están profundamente equivocados.

La inmunidad de opinión de que gozan los legisladores significa efectivamente que no pueden ser sometidos a proceso penal por las opiniones que viertan en el ejercicio de sus funciones (Art. 191 Cn.). En otras palabras, queda vedada la posibilidad de instaurar contra ellos una querrela por calumnia, difamación, injuria, etc. (Arts. 150 y sigtes. del C. P.), cuando las opiniones sean emitidas en la circunstancia señalada. Tampoco se puede promover una acción civil por indemnización de daño moral.

Las opiniones que emitan los legisladores en el ejercicio de sus funciones no generan responsabilidad alguna. Además, la protección que se les da es definitiva, perpetua o vitalicia respecto de las opiniones emitidas siendo legislador. Por tanto, el hecho de dejar de serlo no habilita la posibilidad de promover acciones que se refieran a tales opiniones.

La situación de los periodistas es diferente pues no gozan de inmunidad de opinión y las opiniones que viertan en el ejercicio de su profesión pueden generarles responsabilidades ulteriores, es decir, luego de su difusión pública.

La libertad de prensa sin censura previa, sólo garantiza que cualquier periodista o medio pueda publicar lo que desee y del modo que le plazca, sin que nadie pueda impedirsele. Pero este es el punto hasta el cual llega el derecho: la publicación libre de censura.

Pero no se trata de que de una publicación no pueda derivar responsabilidad penal o civil. El respeto a la libertad de prensa sin censura previa está plenamente cumplido al no impedirse la publicación. El hacer efectiva una eventual responsabilidad de periodistas, directores o propietarios de medios masivos, en sede judicial, mediante el correspondiente proceso, en modo alguno puede considerarse un atentado a la aludida libertad, si ello se da de conformidad con la legislación vigente.

### CRÍTICA DE FALLOS JUDICIALES

La Constitución establece que la crítica de los fallos judiciales es libre (Art. 256 Cn.). Esto significa que cualquier persona puede cuestionar los fundamentos de un fallo, sostener que los mismos son inconsistentes, afirmar que el fallo no se ajusta a lo alegado y probado en el juicio, aseverar que no ha sido dictado de conformidad con las normas aplicables al caso, etc. Esta crítica puede ser realizada también por medios masivos de comunicación.

Pero la crítica basada en elementos no contenidos en el fallo, aunque eventualmente pudieran constituir el entorno en el cual se lo dicta, supera los límites de la libertad de crítica de las decisiones judiciales y puede conducir a la comisión de los delitos de calumnia o difamación. En efecto, sostener, por ejemplo, que “sospechosamente” los juzgadores estudiaron un expediente de varios tomos en un tiempo relativamente breve, o afirmar que en el dictamiento de un fallo hubo injerencia política, no pueden constituir criterios amparados por la libertad de crítica de los fallos judiciales. Es más, *prima facie* pueden servir de base para los mencionados hechos punibles y para la eventual responsabilidad derivada de ellos, más aún considerando que es admisible la prueba de la verdad y de la notoriedad en estos casos.

## CONCLUSIONES

Las conclusiones que formulamos a continuación tienen carácter provisional y parcial. Además, dan por sentada la posibilidad de introducir todas las modificaciones constitucionales y legales que fueren necesarias para que las mismas sean llevadas a cabo.

Elas son las siguientes:

Es necesario regular jurídicamente la actividad de los medios masivos de comunicación. Incluso con las actuales disposiciones constitucionales ello es posible en cuanto a varios aspectos, como se ha señalado más arriba.

Es necesario que se establezca con claridad que se puede proceder a la incautación de cualquier publicación con posterioridad a su puesta en circulación, en virtud de una decisión judicial y siempre que aquella incurra en abuso a la libertad de prensa. La reiteración de los hechos podría dar lugar a la suspensión del medio e incluso a su clausura, en todos los casos con intervención judicial.

Es necesario que se determine claramente que la renovación de la autorización para el uso del espectro electromagnético, está sujeto a la apreciación de la actuación anterior del medio por la autoridad administrativa, siempre con posibilidad de recurrir a instancias judiciales. En efecto, no existe razón alguna para mantener un medio que en forma reiterada ha incurrido en excesos a la libertad de prensa, previstos legalmente y determinados con intervención judicial en cada caso concreto. Del mismo modo se podría llegar a la clausura del medio.

Es necesario que los órganos jurisdiccionales actúen con independencia y firmeza, no cediendo al poder mediático, en la determinación de la responsabilidad civil y penal de los medios masivos y de las personas vinculadas a ellos.

## Bibliografía

Carpizo, Jorge, "Los medios masivos de comunicación y el estado de derecho, la democracia, la política y la ética", en Bazán, Víctor (coordinador), *Defensa de la Constitución. Garantismo y controles*, Buenos Aires, Ediar, 1ª. Ed., 2003.

Fernández Segado, Francisco. *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992.

Mercado Luna, Ricardo, "Invocación de la doctrina de la real malicia: ¿monopolio de los medios de comunicación?", en Bazán, Víctor

(coordinador), *Defensa de la Constitución. Garantismo y controles*, Buenos Aires, Ediar, 1ª. Ed., 2003.

Rallo Lombarte, Artemi. *Pluralismo informativo y Constitución*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000.

Risso Ferrand, Martín J., “Algunas reflexiones sobre los derechos al honor, a la intimidad, a la propia imagen y la libertad de prensa”, en Konrad Adenauer Stiftung, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, 2002.

## LEGISLACIÓN

Código de la Niñez y la Adolescencia

Código Penal

Código Procesal Penal

Constitución de 1844.

Constitución de 1870.

Constitución de 1940.

Constitución de 1967.

Constitución de 1992.

Constituciones de los países de la Comunidad Europea

Constituciones latinoamericanas

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU.

Ley de responsabilidad social en radio y televisión, Venezuela, 2004.

Ley Fundamental de la libertad de expresión, Suecia, 1994.

Ley N° 1682/01 “Que reglamenta la información de carácter privado”.

Ley N° 1969/02.

Ley sobre la libertad de prensa, Suecia, 1994.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU.



## LA GARANTÍA DEL HÁBEAS CORPUS

Juan Carlos MENDONÇA BONNET\*

### LOS ANTECEDENTES

Juntamente con las declaraciones de derechos, en las Constituciones modernas, aparecen las garantías procesales que permiten la vigencia de esos derechos. Suele decirse que aquellas son los “remedios procesales” que hacen posible la efectiva reparación de los derechos consagrados en la Constitución, cuando ellos son desconocidos de alguna manera<sup>1</sup> o, incluso, hasta pueden convertirse en la vía para evitar de manera preventiva dicha violación. Su importancia es tal que sin esas garantías la declaración de derechos podría tener un carácter meramente simbólico o retórico; así, se convierten en el eficaz instrumento que otorga verdadera relevancia a los derechos fundamentales enumerados en la Constitución.

En el capítulo correspondiente a las Garantías Constitucionales (Arts. 131 a 136), nuestra ley fundamental enumera explícitamente a las siguientes: la Inconstitucionalidad, el Hábeas Corpus, el Amparo y el Hábeas Data. No debe olvidarse, sin embargo, que el Artículo 17 consagra otra garantía: la del Debido Proceso.<sup>2</sup> Es posible que también el Artículo 12

---

\* Abogado, Licenciado en Diplomacia y Filosofía, Miembro del Instituto Paraguayo de Derecho Constitucional, Vice Director del Centro de Estudios Constitucionales, Catedrático Universitario.

<sup>1</sup> No está demás señalar que la Garantías Constitucionales no son el único medio de hacer efectivos los derechos consagrados en una Constitución. En efecto, la violación de estos derechos puede ser reparada también por la vía de las acciones judiciales ordinarias o de denuncias hechas a otros órganos del Estado tales como la Defensoría del Pueblo, el Congreso, etc. Lo que queda fuera de toda duda es que la Garantías Constitucionales constituyen el medio específico y más eficaz para hacerlo.

<sup>2</sup> Si las garantías han de ser definidas como instrumentos de orden procesal, entonces debería aceptarse sin mayores discusiones que tanto el Artículo 12 como el 17 constituyen verdaderas garantías ya que, sin lugar a dudas regulan un procedimiento a ser seguido para



constituya una garantía más de las consagradas en nuestra Constitución, aunque no se encuentre entre las expresamente enumeradas en el Capítulo correspondiente.

La más antigua de todas las garantías constitucionales es la conocida bajo el nombre de *Habeas Corpus*. Se señala que la misma tiene su origen remoto en el Derecho Romano, apareciendo de manera embrionaria en el Digesto bajo el nombre de Interdicto de *Homine Libero Exhibendo*. Luego, en la Inglaterra medieval surge el *Writ of Habeas Corpus*, que se convierte en derecho legislado en la Carta Magna de 1215, aunque toma real trascendencia con el Acta de *Habeas Corpus* de 1641, en la que la garantía adquiere las características básicas que conserva hasta hoy día. Hay que señalar, no obstante, que sigue evolucionando con interesantes modificaciones en el *Habeas Corpus Act* de 1679 y en el *Statute* de 1816.

Se trata de una institución tan importante que solamente tres países de latinoamérica carecen de mención expresa en sus Constituciones; ellos son: Cuba, México<sup>3</sup> y Venezuela.<sup>4</sup>

Hay que indicar que el Hábeas Corpus tal como ha sido concebido en nuestra Constitución tiene características que hacen difícil encontrar en la legislación comparada una consagración más amplia y acabada de la garantía.<sup>5</sup> Si bien la redacción en algunos casos no es la mejor, no cabe duda alguna acerca de la intención del legislador constitucional por regular la institución de manera que sea capaz de proteger eficazmente el derecho de fondo que asegura; esto es, la libertad física consagrada en los Artículos 9° y 11 de la Constitución. Hay que agregar que nuestro Hábeas Corpus no se limita a proteger la libertad física de manera preventiva y reparadora, ya que el Hábeas Corpus Genérico (Artículo 133.3) también protege la seguridad personal y la integridad física y psíquica de la persona, cuyos derechos de fondo se hallan previstos en los Artículos 4° y 5° de la Constitución. Así, en nuestro sistema los derechos que caen bajo la égida del Hábeas Corpus son la libertad, la seguridad y la integridad física y psíquica. De este modo, el

---

garantizar la plena vigencia de ciertos derechos consagrados en la Constitución, principalmente, el derecho a la libertad física.

<sup>3</sup> Hay que indicar que si bien la Constitución Mexicana no se refiere expresamente al Hábeas Corpus, sin embargo se entiende que el derecho a la libertad puede ser protegido por la vía del Amparo, previsto en los Arts. 103 y 107.

<sup>4</sup> En el estudio de la legislación constitucional comparada nos limitaremos a los países de América y a España y Portugal.

<sup>5</sup> Es importante recordar que el Paraguay es adherente del Pacto de San José de Costa Rica (Convención Americana sobre Derecho Humanos), que regula la materia en el Art. 7.6.

Hábeas Corpus adquiere una inusual, aunque no inédita amplitud. Decimos que es inusual ya que pocos son los países que le han conferido a la institución semejante alcance a nivel constitucional. Algunos admiten el Hábeas Corpus reparador y el genérico (Honduras 182); otros el reparador y el preventivo (Nicaragua 45); la gran mayoría sólo admite el reparador; y muy pocos admiten tanto el reparador, como el preventivo y el genérico (Argentina 43, Guatemala 263 y Paraguay 133). De lo dicho queda en claro que nuestro sistema constitucional reconoce expresamente en el Artículo 133 tres tipos de Hábeas Corpus: 1) Preventivo; 2) Reparador, y; 3) Genérico.

A continuación haremos algunas apreciaciones generales que pueden ser aplicadas a cualquiera de los tres tipos, para luego adentrarnos en el análisis de cada uno.

### LA LEGITIMACION ACTIVA

El referido artículo 133 de la Constitución comienza por establecer que la garantía puede ser interpuesta de oficio, por el afectado, por sí o por interpósita persona, sin necesidad de poder. Lo cual nos indica, a las claras, que la legitimación activa en el Hábeas Corpus es extremadamente amplia y que, en ningún caso cabrá discutirla. Llegándose al extremo de que el órgano jurisdiccional no requiere siquiera de denuncia alguna, pudiendo iniciar el procedimiento de oficio. A continuación el texto constitucional agrega “*por cualquier medio fehaciente*”<sup>6</sup>; como el párrafo no se separa del anterior por signo de puntuación alguno, crea una lamentable ambigüedad. En efecto, no queda claro si la mención a “*cualquier medio fehaciente*” se refiere a la presentación en sí misma o a la justificación de la representación. De la lectura de las actas de la Convención Constituyente surge que el “*medio fehaciente*” guarda relación con la presentación y no con la representación. Aquí hay que decir que tal vez haya habido un retroceso con relación al texto propuesto originariamente, el cual decía simplemente “*por cualquier medio*”, siendo la intención que la garantía pudiese plantearse incluso oralmente. Al agregarse la exigencia de que el medio sea “*fehaciente*”<sup>7</sup> se impuso una condición que -si se la tomara

---

<sup>6</sup> Dice el texto: “*Esta garantía podrá ser interpuesto (sic!) por el afectado, por sí o por interpósita persona, sin necesidad de poder por cualquier medio fehaciente, y ante cualquier Juez de Primera Instancia de la circunscripción judicial respectiva*”.

<sup>7</sup> *Fehaciente* significa que hace plena fe o es fidedigno. Jurídicamente, pues, es aquel instrumento que se define como público.

literalmente- resulta en extremo gravosa, ya que esto exigiría documentos tales como telegrama colacionado, autenticación notarial, instrumento público o similar.

### LA COMPETENCIA

A continuación la norma constitucional dispone que la garantía puede plantearse ante cualquier Juez de Primera Instancia de la circunscripción respectiva. Aquí también ha habido un cambio importante respecto del proyecto original, ya que, para comenzar, no se hablaba de *Juez de Primera Instancia*, sino simplemente de *Juez*, con lo cual se habría la posibilidad de que el Hábeas Corpus fuese iniciado incluso ante Jueces de Paz o de Justicia Letrada. Luego de discutido el tema se limitó la competencia a los Jueces de Primera Instancia. Pero esto no fue todo, se agregó también que tal Juez debía ser el de la circunscripción judicial respectiva<sup>8</sup>. Esto obviamente puede causar problemas de competencia territorial que irían en detrimento de la eficacia de la garantía. Puede imaginarse una situación de una persona que es privada de su libertad de manera ilegal y que es trasladada inmediatamente a otro lugar de la República; difícil será decidir si es competente el juez del domicilio del afectado, o el del denunciante, o el del lugar en que se produjo la detención, o el del lugar donde se halla actualmente el detenido, o el del domicilio de la autoridad (si hay tal) que ordenó la privación de libertad ilegal. El trámite del Hábeas Corpus nos induce a pensar que el competente será el Juez de la Circunscripción donde se halla actualmente el detenido (cuando se trate del Hábeas Corpus reparador), lo que puede tropezar con la dificultad de que no sea posible para el denunciante determinar dónde se encuentra la persona en el momento de la interposición de la garantía. Desde ya resulta un obstáculo, que en algunos casos puede resultar insalvable, exigirle a un tercero que se traslade a otro lugar de la República a radicar la denuncia de que alguien ha sido ilegalmente privado de su libertad. La ley reglamentaria (1500/99 QUE REGLAMENTA LA GARANTIA CONSTITUCIONAL DEL HABEAS

---

<sup>8</sup> El adjetivo *respectivo/va* es relativo, ya que siempre guarda relación o correspondencia con algo más. Así, no puede adquirir pleno significado sino en relación con aquello a lo cual se remite. En el caso que analizamos no es posible determinar con precisión - ni en el texto ni en el contexto- a qué es "*respectiva*" la circunscripción judicial.

CORPUS)<sup>9</sup> ha tratado de resolver, al menos parcialmente, el problema planteado. Así dice que el procedimiento de Hábeas Corpus se iniciará ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, o ante cualquier juez de primera instancia, “según las reglas que determinan su competencia territorial, salvo que el supuesto acto ilegítimo tuviese o pudiese producir sus efectos en todo el territorio de la República o en lugares no determinables de él, en cuyo caso no regirá esa limitación”. Como puede observarse el texto de la ley ayuda poco o nada para determinar la competencia, ya que se limita –de manera muy obscura- a remitir a *las reglas que determinan su competencia territorial*; en suma nos está diciendo que es competente el que resulte ser competente por razón del territorio; lo que resulta ser una explicación circular sin mayor contenido<sup>10</sup>. Agrega, que si el supuesto acto ilegítimo tuviese o pudiese tener efectos en todo el territorio de la República, o en lugares no determinables, entonces no rige la limitación. Lo que sigue sin decir es quién será en este caso el Juez competente. Queremos inferir, aunque sin mucho sustento, que será competente cualquier Juez de Primera Instancia de la República. La última parte del Artículo 3° de la Ley 1500/99 dispone que “cuando un mismo acto prima facie afectase el derecho de varias personas, entenderá en todas las acciones el juzgado que hubiese prevenido, el cual dispondrá, en su caso, la acumulación de autos”. Dice también el referido artículo que la negativa de un juez a intervenir, siendo competente, constituirá causal de enjuiciamiento por mal desempeño, y en su caso, de remoción; con lo cual se trae al Hábeas Corpus la disposición contenida en el Artículo 136 de la Constitución, la cual es aplicable, de manera genérica a todas las garantías constitucionales.

Es interesante remarcar que la Ley 1500/99 comienza el Artículo 3° mencionando la competencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia para entender en el Hábeas Corpus, lo cual tiene su explicación en lo dispuesto en el Artículo 259.4 de la Constitución que dice respecto de las atribuciones de la Corte Suprema de justicia: “conocer y resolver, en instancia original, los hábeas corpus, sin perjuicio de la competencia de otros jueces o tribunales;”. Esta competencia superpuesta posiblemente

---

<sup>9</sup> La Ley 1500/99 tuvo su antecedente en un proyecto remitido por el Poder Ejecutivo, que sufrió numerosas modificaciones, al cual nos vamos a referir como “el Proyecto del Ejecutivo”.

<sup>10</sup> El Proyecto del Ejecutivo disponía, con mayor claridad, que era competente el juez de primera instancia de la circunscripción judicial en la que el acto ilegítimo **tuviese o pudiese tener sus efectos**, agregándose que la limitación no regía cuando el acto tenía o podía tener efectos en todo el territorio de la República.

tenga su explicación en la tradición de que la Corte Suprema ha sido en el pasado el órgano competente en la materia; así, no se le quiso privar de tan importante función, pero también se quiso facilitar la interposición de la acción.

Esta doble competencia de jueces tan disímiles, de primera instancia por un lado y de la Corte Suprema por el otro, dio lugar a una situación curiosa en un caso dado. Habiéndose tramitado un Hábeas Corpus ante un Juzgado de Primera Instancia la Sala Constitucional de la Corte Suprema resolvió “avocarse” el caso en una acción de inconstitucionalidad y resolver la cuestión de manera opuesta, revocando la decisión del inferior dictada en el Hábeas Corpus. Hay que indicar que el Hábeas Corpus no llegó ni podía llegar hasta la Corte en circunstancias normales.<sup>11</sup> Como fundamento de dicho “avocamiento” la Sala Constitucional dijo en su Ac. y Sent. N° 706/97:

*La posibilidad de avocamiento de la Corte Suprema de Justicia en un caso de hábeas corpus encuentra su fundamento en la propia Constitución, sin requerirse para el efecto una ley reglamentaria. ...*

*Lo que es evidente es que la Constitución de 1992 no quitó a la Corte esta competencia originaria en materia de Habeas Corpus sino que la mantuvo “sin perjuicio de la competencia de otros jueces o tribunales”. En esas condiciones nos parece claro que la Corte puede recuperar esa competencia como lo hace la Corte Suprema de los Estados Unidos. En efecto, el art. III, Sección 2 de la Constitución de ese país, establece en su segundo párrafo “En todos los casos que afecten a Embajadores, otros ministros públicos y cónsules y aquellos en los que el Estado (de los Estados Unidos) sea parte, la Corte tendrá Jurisdicción originaria.*

La disposición constitucional invocada para justificar el “avocamiento” dice textualmente:

---

<sup>11</sup> El Juzgado de Primera Instancia había hecho lugar al pedido de Hábeas Corpus; recurrida la resolución el Tribunal de Apelaciones declaró mal concedidos los recursos, con lo que la resolución de la instancia inferior quedó firme. Planteada la inconstitucionalidad contra la misma, la Sala Constitucional solicitó el expediente y decidió: “ASUMIR su competencia originaria y en mérito de ello avocarse al conocimiento y decisión de la causa ...”

*Artículo 259. De los deberes y de las atribuciones*

*Son deberes y atribuciones de la Corte Suprema de Justicia:*

1) ...

4) *conocer y resolver, en instancia original, los hábeas corpus, sin perjuicio de la competencia de otros jueces o tribunales;*

En primer lugar, puede verse que la Constitución no habla de “*competencia originaria*” —como dice la resolución de la Corte—, sino de “*instancia original*”. La connotación de “*competencia originaria*” es la de que alguien tiene una competencia primera, fundamental o anterior a la de cualquier otro. La “*instancia original*” es una expresión mucho más simple y técnica; sólo significa que la acción puede iniciarse ante la Corte, como si fuese una Juzgado de Primera Instancia.<sup>12</sup> Pero nótese todavía que la Constitución agrega: “...*sin perjuicio de la competencia de otros jueces o tribunales*”. Lo cual significa, sin lugar a dudas, que la competencia de la Corte no puede perjudicar la competencia de los otros jueces. Esto no favorece precisamente la tesis de la “*avocación*”. Agréguese, además, que la cita del derecho comparado no ayuda a justificar la “*avocación*” ya que en Estados Unidos lo que se dice es que existen algunas cuestiones que son de exclusiva competencia de la Corte Suprema, exclusividad que ni la Constitución ni la Ley le han otorgado a nuestra Corte Suprema. Como queda claro, no compartimos la supuesta atribución de “*avocación*” que se auto otorgó la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. El antecedente que mencionamos explica que la Ley 1500/99 haya establecido en su artículo 4° que la competencia es exclusiva, dejando en claro que ni de oficio ni a petición de parte puede un órgano jurisdiccional intervenir donde otro ya lo hecho. Agrega todavía el artículo que la actuaciones y resoluciones de aquél serán nulas y de ningún valor.

Como la Constitución no establece de manera específica en qué casos será competente la Corte Suprema (ni cuál de sus Salas), debe entenderse que tal regulación ha quedado delegada a la ley común. Por esto, el Proyecto del Ejecutivo que, como tenemos dicho, sirvió de base a la Ley 1500/99, contenía algunas disposiciones en extremo interesantes en materia de competencia. Por ejemplo, establecía que si la acción de Hábeas Corpus era planteada alegándose la ilegitimidad de una orden judicial, sería

---

<sup>12</sup> La Constitución hace la aclaración para no dejar confusión acerca de que el Hábeas Corpus puede llegar a la Corte por la vía de la instancia original o primera, y no necesariamente por la vía del recurso como tribunal de instancia superior que es.

competente la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. La ley sancionada y promulgada eliminó la disposición, con lo cual dejó la sensación de que en ningún caso podrá impugnarse una resolución judicial por la vía del Hábeas Corpus. El argumento en el Senado<sup>13</sup>, fue que la disposición resultaba contraria a la Constitución.

#### EL HABEAS CORPUS CONTRA RESOLUCION JUDICIAL

La interpretación del Senado dio lugar a una disposición contenida en el Artículo 26 de la Ley 1500/99, que establece que si la persona está privada de su libertad en virtud de orden escrita de autoridad judicial, debe dictarse sentencia en el plazo de un día rechazándose el Hábeas Corpus.<sup>14</sup> Lamentamos profundamente el cambio hecho al Proyecto del Poder Ejecutivo y consideramos que la omisión de la norma proyectada, así como la inclusión de la nueva, fueron en grave detrimento de la garantía constitucional. En primer lugar, no vemos porqué el órgano jurisdiccional habría de estar exento de atentar de manera ilegítima contra el derecho a la libertad, la seguridad o la integridad física, psíquica o moral de las personas, que son los derechos protegidos por el Hábeas Corpus en nuestro sistema constitucional. Es más, si algún órgano corre el riesgo permanente, por la índole de sus mismas funciones, de violar estos derechos es, precisamente, el Poder Judicial. La garantía está dada para reparar el acto ilegítimo cometido por cualquier agente público o privado, según el propio texto constitucional, de modo que poco favor se le hace a la garantía cuando se saca del ámbito de su protección a todo un poder del Estado. El principio de supremacía constitucional hace que no exista acto que no sea revisable por algún órgano jurisdiccional;<sup>15</sup> por ello, resultaba razonable que si la violación le era atribuida a un Juez o Tribunal (al llegar en grado de apelación), la competencia en el Hábeas Corpus le estuviera dada a una de las salas de la Corte Suprema de Justicia. El argumento de la supuesta

---

<sup>13</sup> El Proyecto de ley se aprobó en la Cámara de Diputados sin discusión alguna.

<sup>14</sup> El Art 25 de la Ley establece la misma solución para el caso de que la privación de libertad sea en virtud de lo dispuesto en el Art. 239 del Cód. Pr. Penal.

<sup>15</sup> Con las obvias adaptaciones, son de aplicación aquí los comentarios que desarrollamos en el apartado de este trabajo referido a l Hábeas Corpus durante el Estado de Excepción. Allí se podrá observar cómo la garantía pierde eficacia frente a la orden de privación de libertad dictadas por órgano judicial o por el Presidente de la República durante el Estado de Excepción, en base al mismo criterio formal de que no se pueden revisar los aspectos materiales de la orden.

inconstitucionalidad de la norma proyectada se fundó en el último párrafo del Artículo 133.3 que dice: “...; *si hubiese orden escrita de autoridad judicial, remitirá los antecedentes a quien dispuso la detención.*”. Advertamos que la disposición regula el Hábeas Corpus Reparador. En primer lugar hay que hacer notar que la Constitución no dice en parte alguna que mediando orden de autoridad judicial el Hábeas Corpus debe ser rechazado. En la peor de las interpretaciones posibles habría que concluir que quien debe juzgar en el Hábeas Corpus es el mismo Juez que ordenó la detención, pero ni siquiera en ésta interpretación se da por hecho de que el Hábeas Corpus deba ser rechazado, tal como lo hace la ley 1500/99. Obviamente que no es de buena técnica hacerle decir a la Constitución lo que ella no ha dicho y menos aun cuando ello conlleva la negación de una garantía constitucional para ciertos casos. Partiendo de la base de que la Constitución no dice que el Hábeas Corpus Reparador debe ser rechazado,<sup>16</sup> sino solamente que deben remitirse los antecedentes a quien dispuso la detención; corresponde ahora determinar si es razonable que resuelva en el Hábeas Corpus aquél cuyo acto se halla impugnado. El principio elemental de que nadie puede ser juez y parte indica a las claras que tendrá que ser otro quien juzgue la cuestión. Remitir los antecedentes a quien dispuso la detención debe entenderse, pues -para darle sentido jurídico a la norma y coherencia al sistema-, como una manera de informar al Juez cuyo acto se impugna, que tal cosa está ocurriendo y que su resolución podría ser revocada. Hay que recordar, por otro lado, que la disposición del Proyecto del Ejecutivo que fuera eliminada -por la que se otorgaba competencia a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia para entender en el Hábeas Corpus planteado contra resoluciones judiciales-, se encontraba en la parte General, lo cual significa que era de aplicación no solamente al Hábeas Corpus Reparador, sino también al Preventivo y al Genérico. Y, tratándose de Preventivo y Genérico no puede siquiera invocarse la misma obligación de remitir los antecedentes a la autoridad judicial que dispuso la orden, ya que no hay una regla similar en la regulación constitucional de éstos. Al no haber una disposición análoga en estos dos casos, no cabe de manera alguna una interpretación de la Constitución -ni siquiera forzada- que permita sostener que no hay Hábeas Corpus Preventivo o Genérico contra orden

---

<sup>16</sup> Aun si se interpretara que la disposición constitucional ordena remitir el expediente al Juez que dictó la orden, esto de cualquier modo implicaría que el Juez ante quien se planteó el Hábeas Corpus ya no puede dictar resolución, puesto que por imperio de la ley habría perdido jurisdicción.



judicial.<sup>17</sup> Así, era saludable determinar que el órgano revisor en estos casos debía ser la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, ya que resulta poco razonable que sea otro Juez de igual grado quien tenga la atribución de revocar la resolución judicial violatoria de los derechos individuales. En suma, aunque más no fuera para que se aplicara a estos dos tipos de Hábeas Corpus, era bueno mantener la norma que establecía dicha competencia para la Sala Penal.

Ahora bien, veamos cómo se ha comportado en esta materia la Corte Suprema de Justicia, y en especial la Sala Penal. Hay que decir que en la gran mayoría de los casos, la Corte Suprema de Justicia ha sido muy renuente a admitir el Hábeas Corpus para revocar decisiones judiciales por las que se disponen restricciones de libertad.<sup>18</sup> Existen numerosos ejemplos al respecto, pero para citar solo algunos podemos empezar por mencionar el Ac. y Sent. N° 712/00 de la Sala Penal. En él se dice:

*“La jurisprudencia tiene establecido que los detenidos en virtud de un auto de prisión preventiva, no pueden beneficiarse -para cuestionar ese auto-, por un Habeas Corpus, debiendo impugnarse la resolución del juez penal en el expediente respectivo (CSJN, Fallos, 219:111, y 200: 351). El Habeas Corpus no autoriza a sustituir en las decisiones que les incumben, a los jueces propios de la causa, respecto de cuyas resoluciones, en caso de existir agravio constitucional, caben los recursos de ley (CSJN, Fallos, 233:105).”*<sup>19</sup>

En la misma resolución la Sala Penal de la Corte ha sostenido que de admitirse el Habeas Corpus contra pronunciamiento de jueces, se quebrantaría el orden de los juicios provocando la anarquía judicial. Y

---

<sup>17</sup> De hecho, resulta inadmisibile que si el agravamiento de las condiciones de la privación de libertad obedece a resoluciones judiciales, el Hábeas Corpus Genérico no pueda servir para subsanar la situación

<sup>18</sup> La idea se extendió incluso para el caso de arrestos disciplinarios dispuestos por otros órganos del Estado, como ocurrió en el Ac. y Sent N° 706/97 del Pleno de la Corte, que dice: *“El arresto disciplinario configura una situación muy diferente a la de la privación ilegítima de libertad prevista en el texto constitucional relacionado con el hábeas corpus preventivo; pues el procedimiento previsto para éste en la Constitución protege la privación ilegal de libertad, pero de ninguna manera cuando por esta vía se interfiere en una orden disciplinaria regulada en la ley.”*

<sup>19</sup> Curiosamente, las citas de fallos que se mencionan parecen pertenecer a la Corte Suprema Argentina.

agregó que por vía del Hábeas Corpus no está permitido el levantamiento de la detención, la anulación de una orden de captura, y el sobreseimiento libre de la causa.<sup>20</sup> Asimismo, en el Ac. y Sent. Sala Penal N° 249/01, la Corte ha dicho:

*“No corresponde ordenar la libertad ambulatoria del recurrente porque no se puede sustituir al Juez que entiende en la causa en decisiones que solamente a éste incumbe en una acción de hábeas corpus genérico, ya que es competencia del Juez estimar, previamente, las posibilidades del peligro de fuga o de obstrucción a la Justicia de parte del procesado (art. 245 del Código Procesal Penal), para luego decidir lo que corresponda conforme a la ley.”*

En el mismo sentido el Ac. y Sent. Sala Penal N° 875/01, resolvió:

*Cuando interviene un órgano judicial competente en la tramitación natural del proceso, no se puede (criterio invariable de la Sala Penal) anticipar ninguna solución por Hábeas Corpus.*

Como se advierte en los ejemplos mencionados –que pueden multiplicarse– la Corte no ha querido permitir el uso de ninguno de los tres tipos de Hábeas Corpus para revocar órdenes judiciales. El fundamento de la posición de la Corte puede resumirse en lo expuesto en el Ac. y Sent. Sala Penal N° 1149/01, en el que ha dicho:

*Dado que la orden de captura fue dispuesta por un representante del Ministerio Público, ratificada por resolución del Juzgado de Garantías y confirmada por el Tribunal de Apelaciones, no puede ser considerada ilegal, ilegítima ni arbitraria, consecuentemente tampoco puede alegarse que no se ha observado el debido proceso.*

---

<sup>20</sup> En el mismo sentido de que no cabe el Hábeas Corpus reparador contra órdenes judiciales, puede verse Ac. y Sent. de la Sala Penal N° 529/01, Ac. y Sent. de la Sala Penal N° 112/01 y que no cabe el preventivo en el Ac. y Sent. de la Sala Penal N° 875/01.

En suma, la tesis de la Corte ha sido que si la orden fue dictada por autoridad competente y, eventualmente, confirmada por otra, dicha orden ya no puede considerarse ilegal, ilegítima o arbitraria. La regla general ha quedado clara en el Ac. y Sent. Sala Penal N° 112/01, que afirma:

*El hábeas corpus reparador no procede contra decisiones de los órganos jurisdiccionales competentes.*

Esto nos indica que el criterio de legalidad utilizado es puramente formal y que la Sala Penal de la Corte se ha negado a revisar los aspectos materiales –de fondo y contenido– de la resolución impugnada<sup>21</sup>. Lo cual coincide con el criterio sustentado por la Ley 1500/99 respecto de las resoluciones judiciales.<sup>22</sup>

Esta posición puede haber tenido su inspiración en los antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales de la República Argentina donde se ha sostenido por mucho tiempo que la garantía era ajena a la cuestión de fondo. Según esta teoría, el Hábeas Corpus no es un procedimiento dirigido al examen de la legalidad de la sanción restrictiva de libertad, ni al control del procedimiento que le dio origen, sino que examina sólo la competencia y la forma de la orden de privación de libertad. Hay que remarcar que tal interpretación, tal vez estuviera justificada en la Constitución Argentina antes de su modificación, ya que ella no consagraba de manera expresa la garantía del Hábeas Corpus, a la cual se llegaba por la vía de la interpretación del artículo 18, que solo hacía referencia a la “orden escrita

---

<sup>21</sup> Hay que indicar que los criterios judiciales señalados en este trabajo corresponden a la integración anterior de la Corte Suprema de Justicia. Ahora la Corte tiene nuevos miembros que, tal vez, sustenten criterios diferentes. Será cuestión de aguardar nuevos fallos sobre la materia para poder determinar cual es la postura actual.

<sup>22</sup> Aquí se nota cierta incoherencia en la Ley 1500/99, puesto que en el artículo 18 ella establece que: “El Juez del habeas corpus no juzgará solamente la competencia de la autoridad de la cual emana el acto, sino también la legalidad del mismo”. En efecto, la disposición obliga al Juez a realizar el análisis del contenido material del acto y no a limitarse a verificar la competencia del órgano. Análisis que la misma ley se encarga de impedir cuando se trata de autoridad jurisdiccional. Estos criterios contradictorios en la ley se explican por el hecho de que el Art. 18 fue tomado del Proyecto del Poder Ejecutivo donde también los actos y decisiones el poder judicial podían ser revisados por la vía del Hábeas Corpus. La disposición tiene su explicación en el hecho de que jurisprudencia pacífica y constante de la Corte Suprema anterior a la vigencia de la Constitución de 1992 había sostenido que si la orden de privación de libertad emanaba del Poder Ejecutivo durante la vigencia del Estado de Sitio, bastaba con verificar la competencia, sin que le estuviera autorizado al Poder Judicial controlar el contenido del acto.

*de autoridad competente*".<sup>23</sup> No obstante, también en la Argentina ha habido un cambio a este respecto, admitiéndose en ciertas hipótesis que el Juez tiene la atribución de juzgar la razonabilidad del acto, sobre todo tratándose de arrestos dispuestos por el Poder Ejecutivo, Juntas Militares, el Congreso, etc.<sup>24</sup>

Nosotros, por nuestra parte, tal como lo tenemos adelantado, disentimos con la tesis formalista de que el Hábeas Corpus es ajeno a la cuestión de fondo. Resulta obvio que la mera comprobación de que la orden fue dictada por autoridad competente, no garantiza que dicha orden esté conforme a las reglas y normas constitucionales; por lo que negarse a analizar la cuestión de fondo, partiendo del supuesto –errado– de que los organismos judiciales no se equivocan y que no violan la Constitución, resulta finalmente en una denegación de justicia.

La tesis sostenida por la Ley 1500/99 y por la Sala Penal de la Corte Suprema en su anterior composición, ha llevado a situaciones absurdas como la que se ve en el Ac. y Sent. N° 460/01, en la que se reconoce la razón al peticionante, pero aun así se rechaza el Hábeas Corpus. Dice la referida resolución:

*Que en consecuencia, y en virtud de lo que dispone los Arts. 2° de la Ley 1.444/99 y 25 del Código Procesal Penal, es procedente la extinción de la acción penal promovida contra JULIO CÉSAR ESCOBAR ACOSTA.*

*Que, no obstante ello, el Hábeas Corpus Genérico planteado por el defensor del referido procesado no es el camino correcto y legal para modificar o corregir la situación creada por el rechazo del pedido de extinción de la acción penal,<sup>25</sup> desde el momento que las circunstancias procesales que rodean y afectan al susodicho procesado, no se hallan encuadradas dentro de las previsiones del Art. 133, inciso 3), de la Constitución Nacional.*

*Que siendo ello, corresponde desestimar el Hábeas Corpus Genérico planteado en esta Instancia en los autos mencionados.*

---

<sup>23</sup> Actualmente la Constitución Argentina regula expresamente el Hábeas Corpus en su Art. 43

<sup>24</sup> Ver SAGÜES, Néstor Pedro, "Hábeas Corpus". Ed. La Ley, Bs. As. 1981, p. 183 y sigtes.

<sup>25</sup> El énfasis es nuestro.

La buena doctrina enseña que la aplicación de las garantías constitucionales debe liberarse de todo formalismo y que esas garantías tienen que estar al servicio de la persona y no de solemnidades inútiles. La idea que subyace es la de que los derechos constitucionales deben ser protegidos de manera amplísima y sin otras limitaciones que las contenidas en la misma Constitución.<sup>26</sup> En general esta no ha sido la idea dominante en la aplicación de la garantía, puede citarse, por ejemplo el Ac. y Sent. Sala Penal N° 1148/01 que dice:

*“En resumen, la Acción de Hábeas Corpus, por ser un procedimiento especial, sumarísimo y de excepción, no se le debe otorgar una amplitud mayor de la que surja de sus normas y del espíritu de las normas que la rigen. Estas deben ser interpretadas, en todos los casos, con justeza, sin extenderla a situaciones que deben ser ventiladas en otros ámbitos formales del orden jurídico.”<sup>27</sup>*

No obstante la posición tan claramente sentada por la Sala Penal, hemos de señalar que existen algunos pocos casos en los que se ha atenuado la postura<sup>28</sup> y hasta se hecho lugar al Hábeas Corpus contra resoluciones judiciales.

Para comenzar, algunas veces la Sala Penal de la Corte Suprema ha dejado entrever que, si bien no cabe impugnar resoluciones por la vía del Hábeas Corpus, cabría, sin embargo, hacerlo por la de la Inconstitucionalidad. Así, ha dicho en el Ac. y Sent. Sala Penal N° 712/00:

*La jurisprudencia tiene establecido que los detenidos en virtud de un auto de prisión preventiva, no pueden beneficiarse -para*

---

<sup>26</sup> El principio está claro en el Art 133 de la Constitución que elimina todo obstáculo para la interposición del Hábeas Corpus.

<sup>27</sup> En el mismo sentido, y en términos casi literales, puede verse el Ac. y Sent. Sala Penal N° 190/01.

<sup>28</sup> Por ejemplo puede citarse el Ac. y Sent. Sala Penal (voto del Dr. W. Rienzi, que dice: *Aun así, estimo que podría darse el caso de ser utilizada la vía de la Inconstitucionalidad o la del Hábeas Corpus si el Juzgado inferior denegara, arbitraria o ilegalmente, una petición de libertad por compurgamiento de pena mínima, y se confirmara después esa resolución, también arbitraria o ilegalmente, en una instancia superior. En este caso lo entendería, pero no en la forma planteada en estos autos.*

*cuestionar ese auto-, por un Habeas Corpus, debiendo impugnarse la resolución del juez penal en el expediente respectivo (CSJN, Fallos, 219:111, y 200: 351). El Habeas Corpus no autoriza a sustituir en las decisiones que les incumben, a los jueces propios de la causa, respecto de cuyas resoluciones, en caso de existir agravio constitucional, caben los recursos de ley*<sup>29</sup>(CSJN, Fallos, 233:105).

Hay aquí, nuevamente, un formalismo que no podemos compartir ya que si se advierte violación de derechos constitucionales protegidos por el Hábeas Corpus, resulta poco razonable desestimarlos sólo porque según cierta opinión, el mecanismo sería el de la Inconstitucionalidad.<sup>30</sup> De existir agravio constitucional, precisamente debe hacerse lugar al Hábeas Corpus, que para eso está, y no obligarle al afectado a deambular por salas diferentes del mismo Tribunal.

En algunos pocos casos la Corte, Sala Penal ha resuelto, a pesar de todo, hacer lugar al Hábeas Corpus contra resoluciones judiciales.<sup>31</sup> En uno de ellos revocó la orden emanada de una Jueza del Menor que había impuesto restricciones a menores mendicantes, derivándolos a ciertas instituciones. En el otro, a través de un Hábeas Corpus Genérico revocó la orden de un Juez en lo Penal. En el primer caso la sala Penal dijo en su Ac. y Sent. N° 8/01:

*Los descuidos, omisiones e incumplimiento de obligaciones que se constatan en el procedimiento practicado por la jueza justifican la procedencia del hábeas corpus y la restitución inmediata de la menor a sus padres biológicos por considerarse una amenaza contra su seguridad personal la*

---

<sup>29</sup> El énfasis es nuestro.

<sup>30</sup> En el mismo sentido puede verse el Ac. y Sent. Sala Penal N° 454/01, que dice en la parte pertinente: *En este caso, existiendo un auto de prisión decretado por un Juzgado Penal de Garantías, no procede la concesión del recurso porque los nombrados procesados no se hallen "ilegalmente privados de su libertad". ... Que, finalmente, si en realidad cree que fueron violados los "derechos y garantías" de sus defendidos "consagrados en la CARTA MAGNA", tiene el camino para remediarlo y ese no es, precisamente, el del Hábeas Corpus.*

<sup>31</sup> Hay mayor cantidad de Hábeas Corpus contra resoluciones de Tribunales Militares, tales como los siguientes Acuerdos y Sentencias: N° 416/02, N° 969/02, N° 970/02, N° 971/02, N° 973/02, 2802/03 y 2804/03.

*separación dispuesta como consecuencia de dicho procedimiento.*

El caso paradigmático en el que excepcionalmente se hace lugar al Hábeas Corpus Reparador contra una orden judicial es el del Ac. y Sent. Sala Penal N° 1150/01 en el que se lee en la parte pertinente:

*... deducen a favor de los mismos la Acción de Hábeas Corpus Preventivo, “ante el dictamiento del A.I. N° 1258 del 24 de septiembre de 2.001, por el Juzgado ..., que hace lugar a la Prisión Preventiva...” de sus representados, “fundado en lo previsto en el artículo 133, numeral 1 y concordantes de la Constitución Nacional... Invocando a la vez la Ley 1.500/99 que reglamenta esta garantía constitucional. ... Y precisamente este auto interlocutorio, que dispuso la prisión preventiva de los encausados citados, es la causa que motiva el Hábeas Corpus Preventivo planteado, naturalmente, tratando de obtener la revocatoria de dicha medida cautelar y, por ende, se deje sin efecto la orden de captura contra los defendidos de los recurrentes. ... Pero, el procedimiento requerido por la representante del Ministerio Público, y seguido por el Juzgado referido (fs. 8, 11 y sgtes.), es indudablemente violatorio de claras y terminantes disposiciones de la Ley N° 1.444/99; concretamente del Art. 3°, ... el sumario instruido es nulo, pues, si la inobservancia de las formas y condiciones previstas en el Código Procesal Penal hacen que no se pueda “fundar una decisión judicial”, si nadie puede ser procesado sino en las condiciones fijadas en las leyes y ... Siendo la prisión decretada una consecuencia de una serie de actuaciones irregulares, procede el Hábeas Corpus planteado.<sup>32</sup>*

De manera similar la Sala Penal ha revocado por la vía del Hábeas Corpus Reparador una detención decretada por el Ministerio Público (también autoridad competente para hacerlo) en el Ac. y Sent. N° 01(bis)/01, por los siguientes fundamentos:

---

<sup>32</sup> El énfasis es nuestro.

*El Juez Penal de FERIA de Misiones se inhibió en la causa, sin indicar motivo, y no habiendo otro Juez, remitió el expediente al Tribunal de Apelación de la Circunscripción para desinsacular de la lista de Abogados matriculados un Juez Ad-Hoc para la prosecución de los trámites. De este modo, transcurrió el término legal, no habiendo sido ejercida la jurisdicción por autoridad competente (un Juez). En efecto, el art. 240, numeral 3, 2º párrafo del Código Procesal Penal, dispone: “..en todos los casos la persona que haya sido detenida será puesta a disposición del Juez en el plazo de veinticuatro horas para que resuelva, dentro del mismo plazo, sobre la procedencia de la prisión preventiva, aplique las medidas sustitutivas, o decrete la libertad por falta de mérito”. En el caso, la fiscal cumplió su obligación, pero no así, el Juez cuya inhibición sin causa, dentro de un plazo perentorio creó esta situación.*

Los ejemplos que anteceden sirven para ilustrar convenientemente que no es buena la regla aquella que afirma que en ningún caso pueden revisarse las decisiones de autoridades judiciales, ya que la misma Corte se ha visto en la necesidad de violarla frente a lo que consideró privaciones de libertad ilegales emanadas de jueces o fiscales.

Resulta mucho más acorde con la protección otorgada por la Constitución admitir que las resoluciones judiciales también caen bajo el control de la garantía; debiendo la Corte, obviamente, ser muy cuidadosa al hacer lugar al Hábeas Corpus en estos casos, para evitar abusos de parte de los peticionantes. Por poner algunos ejemplos –inspirados en la jurisprudencia Argentina– en los que procedería el Hábeas Corpus aun mediando orden de autoridad judicial: 1) Detención o arresto que no se ajuste a lo dispuesto en el artículo 12 de la Constitución, como podría ser la incomunicación ordenada por Juez respecto del defensor; 2) Prisión preventiva que se prolongue más allá de los límites legales;<sup>33</sup> 3) Privación

---

<sup>33</sup> Así lo entendió la Sala Penal de la Corte Suprema en su Ac. y Sent. N° 47/03, en el que, curiosamente, dispuso la libertad de una persona pero a través del Hábeas Corpus Genérico. Dijo en dicho fallo: *Corresponde hacer lugar al hábeas corpus genérico, no obstante la improcedencia del hábeas corpus reparador planteado, en razón de que un análisis de la situación procesal del accionante revela que en el caso se han vulnerado derechos y garantías fundamentales: el tiempo de su detención preventiva ha sido excesivo, no existe calificación de su conducta delictiva, no obstante que obra en el expediente un dictamen del*



de libertad más allá del plazo de compurgamiento de la pena;<sup>34</sup> 4) Privación de libertad ordenada por Juez que carece de competencia; 5) Privación de libertad a una persona a quien se pretende encausar dos veces por el mismo delito; 6) Privación de libertad a una persona beneficiada por amnistía o indulto; 7) Privación de libertad a una persona favorecida por la prescripción de la acción o de la pena.<sup>35</sup>

Hacemos votos para que la Corte en su nueva composición modifique el criterio restrictivo anteriormente sustentado.

## LA URGENCIA Y LA AUSENCIA DE FORMALIDADES

Según tenemos dicho, la interposición de la garantía del Hábeas Corpus debe estar allanada de todo tipo de formalidad innecesaria, de manera que pueda alcanzar su máxima eficacia. A esto responden una serie de disposiciones contenidas en la misma Constitución y en la Ley 1500/99. Ya tenemos dicho que la Constitución admite su interposición por interpósita persona<sup>36</sup>, sin necesidad de poder y por cualquier medio (fehaciente). Además puede hacerse ante cualquier Juez de Primera Instancia o ante la misma Corte Suprema de Justicia. La ley agrega en su artículo 5° que el procedimiento será breve<sup>37</sup>, sumario<sup>38</sup> y gratuito. El carácter sumario guarda

---

*Ministerio Público que recomienda su libertad por compurgamiento de la pena mínima. De estas circunstancias resulta que la restricción de la libertad del procesado es manifestamente ilegítima, por lo que corresponde otorgar la garantía de hábeas corpus genérico. En el mismo sentido cuando la prisión preventiva se extiende más allá de los límites legales. Ver Ac. y Sent. N° 1588/03.*

<sup>34</sup> En esta circunstancia la Sala Penal en su Ac. y Sent. N° 383/03 ha sostenido que: *Se hace lugar al hábeas corpus y se dispone la inmediata libertad de los acusados, por haber compurgado en prisión preventiva la pena mínima fijada para el hecho punible de estafa, cuya perpetración se le adjudica a los recurrentes.*

<sup>35</sup> Véase el Ac. y Sent. N° 797/03 que establece: *Se hace lugar al hábeas corpus reparador cuando la causa que motivó la orden de detención del recurrente fue declarada prescripta en el año 1994 y comunicada a la Policía Nacional, en consecuencia su detención por el mismo motivo en el año 2003 por personal policial es innegablemente injusta e ilegal y debe ser reparada lo más pronto posible.*

<sup>36</sup> El Art. 6° de la Ley 1500/99 dice que puede hacerse por “cualquier persona” que invoque tener conocimiento del acto ilegítimo.

<sup>37</sup> Hay que señalar que a pesar de todas las previsiones de la Constitución y la ley reglamentaria, las acciones de Hábeas Corpus han durado mucho tiempo más del deseado, llegando a prolongarse hasta por tres o más meses. Circunstancia que debería ser rectificadas por la nueva Corte Suprema de Justicia.

relación con la eliminación de cualquier dilación propia del juicio ordinario, por lo que no estarán permitidas otras discusiones más que las que guarden estricta relación con la cuestión de fondo. La doctrina habla también de la urgencia, que puede equipararse a la brevedad establecida en nuestra Constitución, con lo cual se quiere establecer que el juicio debe ser en extremo rápido, siendo de responsabilidad del Juez dictar resolución en el menor tiempo posible. Se discute también si el procedimiento del Hábeas Corpus es unilateral o bilateral y, en su caso, en qué consistiría dicha bilateralidad.<sup>39</sup> En el caso de nuestro sistema consideramos que puede considerarse como un procedimiento bilateral, ya que el Art. 14 de la Ley admite recursos contra la resolución de primera instancia<sup>40</sup> y hasta inclusive la promoción de la acción de inconstitucionalidad contra las decisiones. Obviamente que si el procedimiento fuese unilateral no existiría la posibilidad de que las partes pudieran recurrir. No cabe duda alguna, sin embargo, de que el contradictorio en el Hábeas Corpus tiene características muy especiales y que se halla extraordinariamente limitado. En el caso de la parte actora a una presentación inicial breve y concisa; en el caso del denunciado se limita a un informe que debe ser evacuado en el plazo de veinticuatro horas. La verdadera bilateralidad surgirá, en rigor, en la instancia superior, donde cada parte podrá hacer oír sus argumentos. Es interesante señalar que la Ley 1500/99 ha omitido regular el trámite del recurso en la instancia superior. En efecto, el Art. 14 no regula el traslado que debe necesariamente correrse al apelado, ya que no sería admisible, so pena de indefensión, que si se hizo lugar al Hábeas Corpus el afectado no pueda hacer valer sus razones para que la Sentencia se mantenga. Por alguna razón incomprensible la Ley eliminó lo referente al traslado del recurso que contemplaba el Proyecto del Poder Ejecutivo, el cual establecía un traslado dentro del día siguiente y un plazo de dos días para que el Tribunal resolviera. Actualmente, pues, hay una laguna en esta materia ya

---

<sup>38</sup> A tal efecto la ley ha dispuesto en su artículo 11 que todos los plazos son perentorios e improrrogables, así como que quedan habilitados días y horas inhábiles por imperio de la ley. En el artículo 12 se dispone que las notificaciones pueden realizarse por cualquier medio fehaciente.

<sup>39</sup> La Sala Constitucional de Corte Suprema, en un fallo anterior a la vigencia de la Ley 1500/99, dejó establecido el criterio de que en este juicio no existen partes en el sentido técnico de la palabra (Ver Ac. y Sent. N° 562/96 de la Sala Constitucional)

<sup>40</sup> Si es la Sala Penal de la Corte Suprema la que entiende en instancia original, la resolución recaída es, obviamente, inapelable (Art. 14.d. de la Ley 1500/99)

que no se sabe por cuanto tiempo se dará el traslado. La ley establece, sí, que el Tribunal debe resolver en el plazo de tres días (Art. 14.e.).

Por otro lado, el referido artículo 5° establece que la errónea calificación del Hábeas Corpus no puede provocar su rechazo,<sup>41</sup> sino la rectificación de oficio por parte del órgano jurisdiccional. El mismo artículo dispone la posibilidad de la acumulación de los Hábeas Corpus preventivo y genérico,<sup>42</sup> así como la acumulación alternativa del reparador y el genérico.<sup>43</sup>

A su vez, el artículo 7° de la ley establece el contenido de la presentación inicial, pero agrega todavía que si el peticionante ignorase alguno de los datos mencionados, sólo debe proporcionar al órgano jurisdiccional las referencias necesarias para que éste mismo los recabe.

Por su parte, el artículo 8° de la Ley 1500/99 elimina la posibilidad de todo tipo de incidentes, excepciones o recusaciones, sin perjuicio de la obligación de los jueces de excusarse en caso de existir causa para ello. No obstante, la Sala Penal ha entendido que no se puede dar trámite al Hábeas Corpus cuando se ha planteado también la acción de inconstitucionalidad. En efecto, ha sostenido en el Ac. y Sent. N° 381/01,<sup>44</sup> que:

*Sin embargo, habiendo la acción de inconstitucionalidad, prevenido a la presentación de este Hábeas Corpus, corresponde esperar la decisión que sobre la suspensión de los efectos del A.I. impugnado, se solicitara a la Sala Constitucional. En caso contrario, estaríamos poniendo en riesgo todos los principios que rigen la congruencia y sistemática del orden jurídico y procesal.*

---

<sup>41</sup> Curiosamente, la Corte Suprema, Sala Penal rechazó el Hábeas Corpus Preventivo, porque debió plantearse como Genérico. (Ver Ac. y Sent. N° 1091/02). Se lee en la mencionada resolución: “No corresponde hacer lugar al hábeas corpus preventivo, en razón de que no es la vía más idónea para rectificar las circunstancias alegadas por el recurrente (acoso de las autoridades policiales desde que obtuvo su sobreseimiento provisional), más bien corresponde solicitar un hábeas corpus genérico.”

<sup>42</sup> La Sala Penal ha dicho en su Ac. y Sent. N° 1149/01, sin embargo, que: “Desde el momento que el recurrente planteó el hábeas corpus preventivo no es procedente el hábeas corpus genérico, el cual sólo puede demandarse o peticionarse cuando existen circunstancias a rectificarse no contempladas en el hábeas corpus preventivo ni reparador de conformidad con el art. 133 inc. 3° de la Constitución.”

<sup>43</sup> La única acumulación no admitida, por ser incompatible, es la del preventivo y el reparador.

<sup>44</sup> En el mismo sentido el Ac. y Sent. N° 758/01 y el Ac. y Sent. N° 980/02.

El artículo 9° inviste al Juez de amplias facultades instructorias y disciplinarias, con facultades para allanar cualquier recinto o remover los obstáculos que impidan su acceso al mismo; todo en concordancia con el artículo 5° que le permite adoptar cualquier recurso que sea conducente para el eficaz cumplimiento de sus mandatos; y también con el Art. 10 que le autoriza a dictar en cualquier estado del procedimiento medidas de urgencia o de mejor proveer. En suma, las atribuciones del Juez interviniente en el Hábeas Corpus son tan amplias que no tienen paralelo en ningún otro procedimiento regulado en nuestra legislación.

Es importante señalar la cláusula interpretativa contenida en el Art. 15 de la Ley, que manda dar el sentido más favorable a la concesión del Hábeas Corpus y a la amplitud de los medios de protección establecidos a favor de los derechos tutelados, en los casos en que se susciten dudas sobre la “*inteligencia*”<sup>45</sup> de las disposiciones de la ley o de las resoluciones recaídas.

### EL HABEAS CORPUS PREVENTIVO

En virtud del Hábeas Corpus preventivo la persona “*en trance inminente de ser privada ilegítimamente de su libertad física*”, u otra en su nombre, puede solicitar el examen de la legitimidad de las circunstancias que amenacen a su libertad y, en su caso, la cesación del acto ilegítimo. Como puede verse fácilmente, este Hábeas Corpus tiene por finalidad adelantarse al acto ilegítimo y evitar que llegue a producirse la privación de libertad. No se requiere, pues, que exista previamente la privación de libertad, sino la posibilidad inminente de que ello ocurra.

Durante la discusión en la Convención Nacional Constituyente se plantearon algunas cuestiones interesantes que permiten establecer más claramente el alcance de la norma. Por ejemplo, se planteó sustituir la idea de “*privación ilegal*” por la de “*sin orden escrita de autoridad competente*”; con lo que la disposición hubiese dicho; “*alguien que estuviera en trance inminente de ser privado de su libertad sin orden escrita de autoridad competente*”. Si la moción hubiese prosperado, obviamente que la amplitud del Hábeas Corpus preventivo se hubiese visto enormemente restringida. En efecto, las únicas circunstancias a ser

---

<sup>45</sup> Hubiese sido preferible que la ley utilizase los términos propios de “interpretación” o “significado”, en vez de “inteligencia”.

consideradas hubiesen sido; 1) la competencia de la autoridad, y; 2) la existencia de una orden escrita. Al rechazarse la moción, con los fundamentos pertinentes, quedó establecido que el Juez no habrá de someter a su revisión solamente esas dos circunstancias apuntadas, sino que queda facultado a juzgar cualquier otra circunstancia que pudiera afectar la legitimidad del acto. También se discutió si correspondía utilizar la palabra “ilegítima”, o más bien el término “ilegal”. Por otro lado, se hizo la propuesta de sustituir lo de “*trance inminente de ser privado ...*”, por “*peligro inminente ...*”. La propuesta no prosperó, pero la discusión sirvió para dejar en claro que se trata, en efecto, de un peligro, riesgo o amenaza, cierto, serio, actual y no meramente potencial o eventual. Así lo entendió la Corte Suprema, Sala Penal en su Ac. y Sent. N° 190/01, en el que afirma:

*Que, en principio, es menester señalar que el Hábeas Corpus Preventivo se concede a toda persona que se halle “en trance inminente de ser privada ilegalmente de su libertad física”; posible privación de la libertad que debe ser real y no presuntiva, a la vez que efectiva y categórica.*

Planteado el Hábeas Corpus preventivo el Juez tiene atribuciones para realizar el examen de la *legitimidad* del acto que amenace la libertad y aquí conviene notar el cambio de terminología ya que se utiliza, ahora sí, del concepto de “*legitimidad*” en sustitución de “*legalidad*”. Esto nos da a entender que la Constitución los utiliza como sinónimos.<sup>46</sup> Lo importante es que, de acuerdo con el texto constitucional, el Juez no se halla limitado a evaluar la validez formal del acto, sino a hacer juicio de razonabilidad o, en otras palabras, a juzgar el contenido mismo del acto. Como consecuencia, el magistrado queda facultado a ordenar la cesación del acto que amenace la libertad física del afectado.

Un caso interesante es el resuelto por la Sala Penal en su Ac. y Sent. N° 2125/03, según el cual:

*El hábeas corpus preventivo es acogido favorablemente cuando la afectada, sobre quien pesa una orden de captura, se*

---

<sup>46</sup> Algunos autores han querido encontrar una distinción entre ambos, atribuyéndole al vocablo “*legitimidad*” un alcance más amplio que a “*legalidad*”. Este último se limitaría a la concordancia con la ley en sentido formal, mientras que el otro abarcaría la conformidad con valores supremos del ordenamiento jurídico, tales como la justicia, la dignidad, etc.

*ve imposibilitada de ejercitar su defensa debido a que el expediente se encuentra materialmente desaparecido, ocasionado a la misma un verdadero estado de indefensión que puede ser reparado por esta vía.*

Para concluir, es interesante indicar que la Constitución no utiliza las expresiones “arresto”, “detención” u otras similares que han producido interminables discusiones en la doctrina y en la legislación comparada. En nuestro caso se habla de “privación de la libertad física”, con lo cual se ha apelado a la expresión más genérica de todas, por lo que su alcance es el más amplio posible. El comentario sirve igualmente para el siguiente tipo de Hábeas Corpus.

### EL HABEAS CORPUS REPARADOR

El presupuesto de éste Hábeas Corpus es que la persona se halle efectivamente privada de su libertad. En este caso el procedimiento se inicia con el llamado *Auto de Hábeas Corpus*, por el cual el Juez, inmediatamente y antes de ningún otro trámite, ordena la comparecencia del afectado para que sea presentado en el lugar que él indique dentro del plazo de veinticuatro horas. Dicho Auto no debe confundirse con la Sentencia que recaerá al final del procedimiento, haciendo o no lugar al Hábeas Corpus. En el mismo Auto ordena que quien es responsable de la privación de libertad, presente un informe detallado acerca de los motivos, momento, lugar, forma y condiciones de la privación de libertad.<sup>47</sup> Además, se le debe comunicar si se ha dado cumplimiento al último párrafo del Art. 239 del Código Procesal Penal y, en su caso, quiénes son el Juez y el Fiscal intervinientes; asimismo, si hay orden escrita de autoridad competente debe individualizarse a ésta y acompañarse copia de la orden. Si el destinatario del Auto no responde a la intimación, se presume la ilegitimidad de la privación de libertad, según el Art. 21 de la Ley 1500/99. El trámite descrito no es sino el desarrollo de lo previsto en el Art. 133.2 de la Constitución. Ahora bien, si el requerido no presenta al afectado, el Juez debe constituirse en el sitio en que se halle la persona privada de su libertad y en dicho lugar considerará la situación y, si fuese procedente, ordenará la inmediata libertad.

---

<sup>47</sup> Ver Art. 20 de la Ley 1500/99.

Un punto a poner de relieve tiene que ver con el sujeto pasivo del Hábeas Corpus reparador, ya que aquí se admite que quien es responsable de la privación de libertad puede ser un “*agente público o privado*”. Las situaciones en que el responsable sea un particular no serán obviamente las más comunes ya que las hipótesis no abundan, sin embargo, pueden citarse a modo de ejemplo los siguientes casos: retención de personas internadas en sanatorios u hospicios; retenidas por sectas religiosas; en internados o escuelas; menores retenidos por uno de sus padres, etc. En nuestra jurisprudencia pueden citarse los casos del Ac. y Sent. de la Sala Penal N° 01/01 y el Ac. y Sent, de la Sala Penal N° 171/02. En el primer caso ante la retención de un menor por uno de sus padres y en el otro ante actos de restricción de libertad por parte de una compañía de seguridad privada.

Es interesante señalar que en numerosos casos la Corte Suprema, Sala Penal ha hecho lugar a Hábeas Corpus Genéricos, pero para ordenar la libertad de personas, lo cual es, en realidad, propio del Hábeas Corpus reparador. Para poner solo algunos ejemplos pueden citarse los siguientes Acuerdos y Sentencias de la Sala Penal: 01/01, 08/01 y 643/02.

### HABEAS CORPUS GENERICO

Las hipótesis de procedencia son numerosas ya que el mismo tiene un carácter residual respecto de los otros dos. En efecto, cabe este Hábeas Corpus siempre que la restricción de libertad no esté contemplada en los casos anteriores. Además, puede interponerse en los casos de violencia física, psíquica o moral que agraven las condiciones de personas legalmente privadas de su libertad. Nuestro Hábeas Corpus Genérico ha reunido en uno lo que la doctrina ha distinguido como los Hábeas Corpus Restringido y Correctivo. El primero busca eliminar restricciones que se consideran secundarias a la libertad, que no constituyen propiamente una privación de libertad; o que amenacen la seguridad de la persona. En nuestra historia política se dieron esas restricciones bajo la forma de seguimientos policiales a políticos, o acosos también por parte de la policía. El Correctivo es el que busca poner fin a tratos indebidos en los locales de reclusión.

La jurisprudencia de nuestra Corte Suprema Sala Penal abunda en casos en los que se ha hecho lugar al Hábeas Corpus ante hostigamientos de parte de la policía a personas supuestamente sospechadas de estar involucradas en actos delictivos. En muchos de estos casos la policía negó dicho hostigamiento, sin embargo la Corte Suprema, aun sin la prueba clara de la acción ilegal, hizo lugar al Hábeas Corpus, haciendo valer el principio de la

duda a favor del peticionante. Como ejemplo pueden citarse los siguientes Acuerdos y Sentencias: 688/00, 725/00, 61/01.<sup>48</sup> Lo llamativo de estos casos es que a pesar de ser, claramente casos de Hábeas Corpus Genérico, se hizo lugar a ellos como si fuesen Preventivos. Con la lectura de la parte resolutive de uno de ellos se advertirá mejor cuanto decimos. Señala la Sala Penal en la parte resolutive de su Ac. y Sent. N° 725/00 cuanto sigue:

*HACER LUGAR, al Habeas Corpus Preventivo planteado en sentido de recordar a la autoridad policial que deben abstenerse de realizar control o vigilancia a la persona de ....., siempre y cuando no tenga fundamentos para ello, y ajustando sus actuaciones a las disposiciones de los arts. 296 al 300 del C.P.P.*

Evidentemente que el “control y vigilancia” son restricciones a la libertad que nada tienen que ver con la inminente privación de libertad que exige el Hábeas Corpus Preventivo, sino más bien con aquellas circunstancias residuales que guardan relación con el Hábeas Corpus Genérico.<sup>49</sup>

En cuanto al agravamiento de las condiciones de privación legal de libertad, el mejor ejemplo jurisprudencial está dado por el Ac. y Sent. N° 1536/02 de la Sala Penal, en el que se hizo lugar al Hábeas Corpus Genérico a favor de los reclusos del Penal de menores de Itauguá, a fin de que el Ministerio de Justicia y Trabajo arbitre los medios necesarios para proveer al citado Correccional en forma urgente, de conexión de agua potable en los pabellones, suministro permanente de alimentos, elementos necesarios de limpieza, y personal idóneo para la dirección, control y educación dentro del Centro.

También se ha considerado como agravamiento ilegítimo de las condiciones de detención el caso resuelto por la Sala Penal en su Ac. y Sent. N° 524/03,<sup>50</sup> que establece:

---

<sup>48</sup> En materia de apremios físicos y psicológicos dentro de la penitenciaría, puede verse el Ac. y Sent. N° 659/03.

<sup>49</sup> Este tipo de imprecisiones resulta frecuente en los fallos de la Sala Penal, en los que se advierte con cierta frecuencia que se utilizan los diversos tipos de Hábeas Corpus de manera indistinta, sin respetarse la naturaleza propia de cada uno. Puede recordarse en este sentido el Ac. y Sent. N° 47/03, mencionado anteriormente.

<sup>50</sup> En el mismo sentido el Ac. y Sent. N° 596/03 y 719/03.



*Corresponde hacer lugar al hábeas corpus genérico, en razón de que el peticionante quien se encuentra bajo cuidados médicos hospitalarios en tanto se tramita el recurso extraordinario de casación interpuesto contra su sentencia condenatoria, está compensado y a fin de no poner en riesgo su recuperación, los médicos tratantes recomiendan su traslado a un ambiente seguro y confortable, por lo que la alternativa aceptable es el traslado a su domicilio bajo segura custodia.*

Otro caso digno de ser mencionado es el del Ac. y Sent. N° 1572/02 de la Sala Penal, en el que se hace lugar la Hábeas Corpus Genérico, bajo el fundamento de que es procedente y en consecuencia, dispone la reclusión domiciliaria del recurrente en sustitución de la prisión preventiva, en razón de que sería el tratamiento más adecuado a su condición de persona no condenada, de conformidad con lo dispuesto por el art. 10 del Pacto de los Derechos Civiles y Políticas. En similar sentido se puede citar el Ac. y Sent. N° 315/03.

#### EL HABEAS CORPUS DURANTE EL ESTADO DE EXCEPCION

La Constitución dispone, expresamente, que:

*La ley reglamentará las diversas modalidades del hábeas corpus, las cuales procederán incluso, durante el Estado de Excepción. (Art. 133, in fine)*

*El Estado de Excepción no interrumpirá el funcionamiento de los poderes del Estado, la vigencia de esta Constitución ni, específicamente, el Hábeas Corpus. (Art. 288).*

La norma del Art. 288 parece innecesaria, ya que apenas unos párrafos más arriba establece claramente que durante la vigencia del Estado de Excepción el Poder Ejecutivo solamente puede ordenar: 1) la detención de personas indiciadas de participar en los hechos que motivaron la declaración de Estado de Excepción; 2) el traslado de esas personas de un punto a otro de la República, y; 3) la prohibición o restricción de reuniones públicas y de manifestaciones. Como la Constitución utiliza el adverbio "sólo" cuando se refiere a las medidas que puede adoptar el Poder Ejecutivo, de allí se sigue

por razonamiento *a contrario* que ningún otro derecho puede ser restringido por el Poder Ejecutivo durante el Estado de Excepción. Así, existe una suerte de vigencia limitada o funcionamiento anómalo únicamente de los derechos consagrados en los Arts. 11, 32 y 41 de la Constitución que se refieren -respectivamente-, a la privación de la libertad; la libertad de reunión y manifestación, y; el derecho al tránsito y a la residencia. Pero debemos insistir en que el resto íntegro del sistema jurídico, y principalmente el constitucional, resulta absolutamente incólume y en plena vigencia. Siendo esto así, queda claro que tanto la garantía del Hábeas Corpus, como la Inconstitucionalidad, el Amparo, el Hábeas Data, las garantías procesales, las referidas a la detención y al arresto<sup>51</sup>, el derecho a la inviolabilidad de los recintos privados y del patrimonio documental -sólo por mencionar algunos de los derechos que consagra la Constitución- y todos los demás, deben ser rigurosamente aplicados y respetados durante la vigencia del Estado de Excepción. De aquí resulta lo que decíamos al principio: es por completo innecesario reiterar en el Art. 288 que no se interrumpe la vigencia del Hábeas Corpus; aunque esto demuestra cierta voluntad inequívoca del legislador Constituyente.<sup>52</sup> Cuando el sistema tiene una redundancia como la que señalamos, puede pensarse que el legislador ha querido remarcar la importancia de la norma y no dejar lugar a posteriores interpretaciones mal intencionadas. Creemos que esto ha ocurrido en nuestro caso, puesto que en tiempos pasados cuando alguna persona interponía un Hábeas Corpus, la Corte Suprema de Justicia tenía sentado el principio de que era improcedente siempre que la persona estuviese detenida por orden el Presidente de la República, lo cual se prestó

---

<sup>51</sup> Aquí conviene distinguir entre la **facultad de detener** y las condiciones o **garantías** que rodean al acto mismo de la detención. Durante la vigencia del Estado de Excepción, existe una variación en cuanto a lo primero, ya que el Poder Ejecutivo adquiere la facultad de detener, pero ninguna variación puede haber acerca de las garantías que rodean al acto de la detención, ya que la Constitución no las deja en suspenso, manteniéndose plenamente la vigencia de su Art. 12.

<sup>52</sup> La redundancia se explica por la existencia de tres teorías que se resumen en: 1) Teoría de la suspensión, según la cual el Estado de Excepción suspende la vigencia del Hábeas Corpus; 2) Teoría de la suspensión parcial, de acuerdo con la cual el Estado de Excepción no suspende totalmente el Hábeas Corpus; y, 3) Teoría de la no suspensión, que admite la plena vigencia del Hábeas Corpus durante el Estado de Excepción. En otras legislaciones posiblemente sea necesaria una declaración expresa respecto de la vigencia del Hábeas Corpus, pero no en la nuestra ya que, como tenemos dicho, nuestra Constitución enuncia de manera taxativa los derechos suspendidos, entre los que no se encuentra la garantía del Hábeas Corpus.

a lamentables arbitrariedades ya que la detención en esas circunstancias escapaba al control jurisdiccional convirtiendo el tema en una suerte de cuestión política no justiciable. Dicho control jurisdiccional implica, necesariamente, el juzgamiento de la razonabilidad del acto; esto es, que el juez pueda revisar la decisión del Poder Ejecutivo -y en su caso revocarla- cuando no estén dados los presupuestos necesarios para su procedencia. Las condiciones que surgen del Art. 288 de la Constitución para la detención por el Poder Ejecutivo durante el Estado de Excepción, son las siguientes:

- 1) La vigencia del Estado de Excepción;
- 2) La existencia de un Decreto para cada caso específico;
- 3) La existencia de indicios<sup>53</sup> de participación en los hechos que dieron lugar a la declaración del Estado de Excepción, y;
- 4) El cumplimiento de los demás derechos constitucionales de la persona relativos, por ejemplo, a la detención y arresto (Art. 12 de la Constitución)<sup>54</sup>.

La ausencia de cualquiera de estas condiciones debería hacer procedente el Hábeas Corpus en favor del peticionante.

Ahora bien, el Artículo 27 de la Ley 1500/99 dice textualmente:

*Si, durante la vigencia del estado de excepción previsto en el artículo 288 de la Constitución Nacional, el informe a que se refiere el artículo 20 expresara que la persona se halla detenida en virtud de una orden del Poder Ejecutivo y acompañara copia autenticada del Decreto respectivo, el juez verificará si el Poder Ejecutivo dio cumplimiento a la*

---

<sup>53</sup> La expresión utilizada por la Constitución de "*personas indiciadas*" no es casual, puesto que ella conlleva la idea de que efectivamente existen indicios de participación, lo cual es una elemental garantía en favor de la persona y en contra de arbitrariedades aberrantes, ya que no se permite al Ejecutivo detener a personas inocentes o a meros adversarios políticos con fines represivos o amedrentadores. Hay que recordar que al promulgarse la Constitución del 67 se deslizó, en algún momento, un error en la expresión, consignándose "*personas indicadas*", en vez de "*personas indiciadas*".

<sup>54</sup> No debe olvidarse que, como tenemos dicho, todos los derechos y garantías constitucionales y legales siguen teniendo plena vigencia durante el Estado de Excepción, de manera que la persona detenida goza del derecho a: que se le exhiba la orden escrita que ordena su arresto (copia auténtica del Decreto); que se le informe la causa de su arresto, su derecho a guardar silencio y a ser asistida por un defensor de su confianza; que se comunique su arresto inmediatamente a sus familiares o persona que él indique; que se le mantenga en libre comunicación (ya que su incomunicación sólo es posible por mandado judicial competente y nunca rige para su defensor), que sea puesta en un plazo no mayor de veinticuatro horas a disposición del magistrado judicial competente; etc.

*pertinente información a la Corte Suprema de Justicia, y consultará a la persona si no desea hacer uso de la opción de salir del país; luego de lo cual, dentro del plazo de un día, el Juzgado dictará sentencia definitiva rechazando el Hábeas Corpus reparador, ordenando en su caso la salida del país de la persona y comunicando todo ello a la Corte Suprema de Justicia.*<sup>55</sup>

<sup>55</sup> Con el fin de simplificar el contenido del artículo proponemos su descomposición en dos partes; la primera hasta el punto y coma, y la segunda a partir de allí. El primer párrafo – suprimida la cláusula explicativa que dice “durante la vigencia del estado de excepción previsto en el artículo 288 de la Constitución Nacional”- quedaría redactado del siguiente modo: “Si el informe a que se refiere el artículo 20 expresara que la persona se halla detenida en virtud de una orden del Poder Ejecutivo y acompañara copia autenticada del decreto respectivo, **entonces** el Juez verificará si el Poder Ejecutivo dio cumplimiento a la pertinente información a la Corte Suprema de Justicia, y consultará a la persona si no desea hacer uso de la opción de salir del país”. Así depurada la disposición legal, se advierte que estamos en presencia de un enunciado hipotético (con condiciones y consecuencias), que puede descomponerse con mayor claridad de la siguiente manera:

**Si:**

- 1) El informe expresa que la persona se halla detenida en virtud de una orden del P. E. y,
- 2) Se acompaña copia autenticada del Decreto respectivo;

**entonces:**

- 1) El Juez verifica que el P.E. informó la detención a la Corte Suprema de Justicia y,
- 2) Consulta a la persona si desea hacer uso de su derecho de opción.

A partir del antes referido punto y coma, aparece una disposición legal de forma categórica (que, a diferencia de la primera parte, no contiene condición de aplicabilidad alguna), que dice: “luego de lo cual, dentro del plazo de un día, el Juzgado dictará sentencia definitiva rechazando el Hábeas Corpus reparador, ordenando en su caso la salida del país de la persona y comunicando todo ello a la Corte Suprema de Justicia”. Este párrafo indica una secuencia temporal (no lógica), ya que expresa que “luego de lo cual, dentro del plazo de un día, ...”, por lo que no puede pensarse que todo lo anterior sea una condición lógica de lo que viene a continuación, debiendo entenderse que estamos en presencia de una norma autónoma e incondicionada, que dispone que el Juzgado debe dictar sentencia rechazando el Hábeas Corpus reparador y ordenando la salida del país ( si hizo uso de su derecho de opción) y comunicando a la Corte Suprema de Justicia.

Creemos que el Artículo 27 de la Ley 1500/99 debe interpretarse del modo que proponemos a continuación. 1) El presupuesto es que se halle en vigencia el Estado de Excepción previsto en el art. 288 de la Constitución; 2) Existe un trámite que el Juez debe realizar antes de dictar sentencia, que corresponde a la norma hipotética que aparece en la primera parte del artículo (hasta antes del punto y coma); 3) Realizado dicho trámite el Juzgado tiene que dictar sentencia rechazando el Hábeas Corpus y ordenando la salida del país de la persona (si usó de su derecho de opción) y comunicando a la Corte Suprema de Justicia. Existen, pues, un presupuesto (vigencia del Estado de Excepción) y dos normas, una de procedimiento y la otra de fondo que manda rechazar el Hábeas Corpus apenas se haya cumplido el procedimiento. La distinción es importante, ya que la violación de una regla de procedimiento condiciona la

De aquí surge que, si la persona está detenida por orden del Ejecutivo durante el Estado de excepción, el Hábeas Corpus resulta por completo ineficaz, tal como sucedía en tiempos pasados durante la vigencia de la Constitución de 1967, con la diferencia de que en aquél entonces la solución se debía a una reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, y ahora se debe al texto expreso de la ley, lo cual significa una manifiesto retroceso.<sup>56</sup> En una interpretación caritativa del artículo 27 de la Ley 1500/99 -que en rigor no se ajusta a su estructura-, alguien podría, tal vez, sostener que el Juez puede hacer lugar al Hábeas Corpus si el Ejecutivo no remite el informe con copia del Decreto y de la comunicación a la Corte Suprema de Justicia; lo cual no introduce una diferencia sustancial, ya que sólo se le exige al Ejecutivo el cumplimiento de meros trámites burocráticos (dos informes y la copia autenticada de un Decreto). Como puede advertirse tampoco en esta lectura existe la posibilidad de analizar las condiciones que anteriormente señalábamos como necesarias para la legitimidad de la detención.

Debemos concluir, pues, que el Hábeas Corpus no sirve para reparar la detención ilegal de una persona durante el Estado de Excepción y por orden del Poder Ejecutivo, ya que a éste le basta con el solo cumplimiento de meras formalidades; ello ocurre en razón de que el acto se considera discrecional y no justiciable, sustrayéndose la cuestión de un estricto juzgamiento.<sup>57</sup> Como puede verse claramente, se priva al Juez de la

---

validez de la resolución, provocando - eventualmente - su nulidad, pero la norma de procedimiento no otorga fundamento alguno para determinar el sentido de la resolución, de manera que cumplido con el procedimiento el juzgador apenas tiene garantía de que la resolución no será nula, pero no tiene datos acerca de la conformidad con la ley en la cuestión de fondo. En el caso que nos ocupa, el sentido de la resolución está dado imperativamente por la última parte del artículo, esto es, el Hábeas Corpus debe ser rechazado. De donde se sigue que al juez no le está dado someter a juicio de razonabilidad el acto del Poder Ejecutivo, ya que el sentido de la resolución está impuesto y predeterminado de antemano.

<sup>56</sup> Tal como en el caso de la privación de libertad por orden judicial, ha primado en nuestra ley el criterio estrictamente formal que no permite el análisis de la razonabilidad del acto.

<sup>57</sup> Coincide con esta interpretación el Dr. Evelio Fernández Arévalos, quien dice: “recordemos que el habeas corpus rige durante el estado de excepción, salvo que el Presidente de la República, mediante un decreto específico, ordene la detención o el traslado, de un punto a otro del país, del indiciado de participar en los hechos que motivaron la declaración de ese estado” (Ver Fernández Arévalos, Evelio. HÁBEAS CORPUS – REGIMEN CONSTITUCIONAL Y LEGAL EN EL PARAGUAY. Intercontinental Editora. Asunción, 2000. Pág. 127). Asimismo, dice el citado autor:

posibilidad de hacer *juicio de mérito* o, dicho en otras palabras, de juzgar la razonabilidad del acto del Ejecutivo. Al órgano jurisdiccional le es negada la posibilidad de examinar la legalidad de la detención cuando ella es ordenada por el Poder Ejecutivo durante el Estado de Excepción o, puede decirse también que la detención se considera legal, sin admitirse prueba en contrario, por el sólo hecho de haberse cumplido con las formas. Al no permitírsele la prueba de descargo al afectado (o al denunciante) se demuestra que no existe la posibilidad de juzgar el acto del Ejecutivo. De cualquier manera, esté o no motivado el Decreto que ordena la detención, no se les permite a los tribunales revisar dicha motivación. No hay control contra el ejercicio abusivo de la detención.

Esta posición obviamente va en contra de lo que enseña la mejor doctrina, tal como puede advertirse en Sagüés, quien al referirse a la operatividad del Hábeas Corpus durante el Estado de Sitio, dice:

*Es factible distinguir, en efecto, dos posibles campos de acción: a) el contralor judicial de las detenciones operadas por el Poder Ejecutivo, evaluación que versa tanto sobre la existencia de orden escrita del Presidente, como sobre la razonabilidad de la detención misma, ....*<sup>58</sup>

Obviamente nuestra ley se instala en la tesis de que los actos realizados por el Poder Ejecutivo durante el Estado de Excepción son discrecionales y propios del poder político, por lo que no son revisables por el órgano jurisdiccional. En contrapartida está la teoría del contralor judicial completo que, entre otros, cuenta con la adhesión de Germán José Bidart Campos. En la República Argentina esta teoría fue plenamente aceptada a nivel jurisprudencial en el caso Timerman.

---

“excepcionalmente esa garantía no podrá acogerse favorablemente (Art. 288, C.N.): cuando, vigente el estado de excepción, el Poder Ejecutivo expida un decreto ... Si el Poder Ejecutivo pretende hacer uso o hace efectivamente uso de su derecho de detener a una ‘persona indiciada’ de participar en algunos hechos, o de trasladarla de un punto a otro de la república, el decreto respectivo constituirá suficiente ‘orden de autoridad competente’ que legalizará esas medidas” (Ibídem, pág. 65). Todavía agrega: “De modo que durante el estado de excepción: -o la tutela del habeas corpus es irrestricta para todos los habitante: -o es restringida pero única y exclusivamente respecto de las personas indiciadas cuya detención o traslado haya ordenado el Poder Ejecutivo ...” (Ibídem, pág. 66).

<sup>58</sup> Ver Sagüés, Néstor P. HABEAS CORPUS. Ed. La Ley, Bs. As., pág. 129.

Así, la noble institución del Hábeas Corpus resulta por completo ineficaz en estas circunstancias y con pérdida de vigencia práctica a través de su regulación legal; lo cual resulta contrario a lo dispuesto en el Art. 288 de la Constitución, el que, a pesar de su redundancia resulta no lograr su objetivo.

Nosotros creemos, por el contrario, que debió dejarse al Poder Judicial plena libertad de juzgar la legalidad de la detención, revisando no solamente si existe el Decreto y los informes (en el mejor de los casos), sino analizando acabadamente todas las condiciones de fondo y forma: la precisa fundamentación del Decreto en cada caso; los indicios claramente establecidos que dieron lugar a la detención para que el juzgador revise, no sólo la presencia de los mismos, sino también su vinculación concreta, directa y estrecha con los motivos que dieron lugar a la declaración del Estado de Excepción; el cabal cumplimiento de las formas previstas en la Constitución para la detención de las personas, ya que una detención originariamente inconstitucional debe dar lugar a su reparación por la vía del Hábeas Corpus, independientemente de que sea o no bajo la vigencia del Estado de Excepción. El Estado de Excepción no autoriza al Ejecutivo a detener sin orden escrita previa, ni a incomunicar a las personas detenidas, ni a violar la norma que ordena que todo detenido debe ser puesto a disposición de un magistrado judicial competente en el plazo no mayor de veinticuatro horas, ni a ordenar la detención de personas que gozan de fueros (ya que estos no se suspenden durante la vigencia del Estado de Excepción), ni a violar recintos privados o el patrimonio documental o la comunicación privada.

Con el listado que antecede sólo queremos mostrar algunas de las variadas cuestiones que deberían ser objeto de juzgamiento por parte del Poder Judicial, y que no se le permite por razón de la imposición de rechazar el Hábeas Corpus que establece el Art. 27 de la Ley 1500/99. Ninguna detención que se realice en violación de las normas ejemplificadas, puede ser considerada como legítima y, reiteramos, debería poder ser objeto de revisión judicial. Conviene recordar que en la Argentina, por ejemplo, el juez que entienda en la Hábeas Corpus tiene competencia para comprobar la legitimidad de la misma declaración del estado de sitio o, de oficio, declarar la inconstitucionalidad de la orden de autoridad que contravenga la Constitución<sup>59</sup>.

---

<sup>59</sup> Ver Arts. 4° y 6° de la Ley 23.098, cuyo proyectista fue el entonces Senador De la Rúa.

Una de las materias que necesariamente debería quedar sometida a la revisión judicial es si la imputación ha sido concreta y no genérica, de manera que surja de modo verosímil el indicio contra la persona. Hay que hacer notar que la Constitución no le exige al Ejecutivo la prueba fehaciente de la vinculación del detenido con los hechos que han dado lugar al estado de Excepción, pero sí que existan, al menos, indicios al respecto, lo cual debería poder ser controlado por los jueces, ya que, de otro modo, la disposición constitucional pierde toda virtualidad. Obviamente esto implica que a los tribunales se les debe reconocer la atribución de evaluar la vinculación existente entre las razones de la detención y las causas del Estado de Excepción.

Además de otras mencionadas anteriormente, algunas materias que no pueden escapar al control judicial de la detención por parte del Poder Ejecutivo son: el allanamiento con orden judicial; el respeto a la correspondencia, comunicación y otros documentos particulares<sup>60</sup>; el respeto a la integridad física de la persona (no tortura ni malos tratos); la garantía efectiva de no obligársele a la persona a declarar contra sí misma ni contra las personas de las cuales se halla exonerado de hacerlo; la detención dentro del ámbito territorial en el cual rige el Estado de Excepción; el plazo eventual de la detención, que no puede ser superior al tiempo de vigencia del Estado de Excepción<sup>61</sup>, etc.

Conforme a la teoría consagrada en nuestra ley 1500/99, la detención queda legalizada por el solo hecho de que el Poder Ejecutivo tiene competencia para decretarla, lo cual constituye obviamente un grave error en vista de que la competencia es sólo *un* elemento de la legitimidad del acto, pasándose por alto todos los demás. El mismo error se advierte en el Art. 26 de la ley -tal como lo señalamos anteriormente- al rechazar toda revisión por vía de Hábeas Corpus cuando la orden de detención emane de autoridad judicial, olvidándose que el Juez, aun siendo competente, puede dictar ordenes de detención que sean flagrantemente inconstitucionales como, por ejemplo, si ordena de detención de un miembro del Congreso que se halla amparado por la inmunidad de arresto, o si ordena la incomunicación del imputado para con su defensor, o si manda guardar reclusión en un establecimiento inadecuado, etc.

---

<sup>60</sup> En el supuesto que los indicios que dieron lugar a la detención hubiesen sido obtenidos en violación de normas constitucionales o legales.

<sup>61</sup> Sagüés en la obra antes citada (pág. 259) menciona el caso "Moya", caso en que el Poder Ejecutivo dispuso la detención de una persona durante el Estado de Sitio por un plazo de **seis años**.



No podemos dejar de recordar que el Artículo 133.2) de la Constitución dice que “*toda persona que se hallase ilegalmente privada de su libertad puede recabar la rectificación de las circunstancias del caso*”. Lo que nos lleva a la necesidad de determinar el contenido preciso de la expresión “*ilegalmente*”. Pues bien, lo ilegal es todo aquello que sea contrario a la ley, de manera que la sola competencia o el mero cumplimiento de formas vacías (presentación de dos informes y de la copia autenticada del Decreto) no son suficientes para satisfacer la prescripción constitucional, que hace procedente el Hábeas Corpus frente a cualquier ilegalidad. Esto tiene su confirmación unos párrafos más adelante del mismo artículo, que dice:

*Si el requerido no lo hiciese así (no presenta al detenido y el informe), el Juez se constituirá en el sitio en el que se halle recluida la persona, y en dicho lugar hará juicio de mérito y dispondrá su inmediata libertad, igual que si se hubiere cumplido con la presentación del detenido y se haya radicado el informe. Si no existiesen motivos legales que autoricen la privación de su libertad la dispondrá de inmediato ...*

De aquí se sigue claramente que, presentado o no el informe (cualquiera sea la autoridad requerida, incluso el Poder Ejecutivo), el Juez debe en todos los casos hacer juicio de mérito<sup>62</sup> y, en su caso, disponer la inmediata libertad. Además, queda absolutamente claro que la detención debe estar motivada y fundada en la ley, de no ser así, el Juez debe disponer la inmediata libertad del detenido. De modo que resulta más que evidente que suprimirle al magistrado la facultad de revisar los motivos legales de la detención es absolutamente inconstitucional, aun cuando ella fuese decretada por el Poder Ejecutivo durante el Estado de Excepción, ya que la Constitución no hace excepción alguna al respecto. Obviamente dos informes y la copia de un Decreto no pueden considerarse como “*motivos legales*” que autoricen la privación de libertad de una persona.

Por otra parte, de haberse previsto un control efectivo de la detención de las personas durante el Estado de Excepción y a través del Hábeas Corpus, el mismo debió estar dado a la Corte Suprema de Justicia y no a un juez de primera instancia, puesto que en estos casos se hallan en juego los principios fundamentales de separación de poderes, equilibrio y mutuo control. En vista de que se trata de una atribución privativa del Presidente de

---

<sup>62</sup> Hacer *juicio de mérito* significa, obviamente, someter la cuestión a revisión judicial.

la República es necesario que el control de la detención ordenada en dichas circunstancias le quedara reservado al árbitro máximo de control que es la Corte Suprema de Justicia.

En suma, consideramos que el Artículo 27 de la Ley 1500/99 es inconstitucional y en algún momento debería plantearse su declaración ante la Corte Suprema de Justicia, ya sea por vía de acción o excepción, según el caso.

#### EL DERECHO DE OPCION

No queremos terminar el presente trabajo sin hacer una breve referencia al derecho de opción regulado en el artículo 27 de la Ley 1500/99. Lo primero que debe decirse es que -a pesar de su obvia buena intención-, puede crear problemas de interpretación por su impropia ubicación sistemática. En efecto, el derecho de opción de salir del país corresponde a la institución del Estado de Excepción y no a la del Hábeas Corpus, ya que se halla regulado en aquella y se goza de él solo durante la vigencia del Estado de Excepción y cuando la detención fue ordenada por el Poder Ejecutivo en virtud de los indicios de participación en los hechos que dieran lugar a la declaración del mismo. Así como se encuentra ahora regulado, pareciera que para poder hacer uso del derecho de opción es necesario plantear previamente el Hábeas Corpus reparador, lo cual implica la detención previa de la persona por orden del Poder Ejecutivo. Consideramos que el derecho de opción no puede estar vinculado ni subordinado a la promoción del Hábeas Corpus, ya que se trata de un derecho autónomo e independiente, del cual la persona puede hacer uso en cualquier momento y por cualquier medio, si bien es verdad que en caso de que el mismo sea negado por el Poder Ejecutivo, el remedio será el Hábeas Corpus.

## BIBLIOGRAFIA

FERNANDEZ AREVALOS, Evelio. “Hábeas Corpus. Régimen Constitucional y Legal en el Paraguay”. Intercontinental Editora, Asunción, 2000.

SAGÜES, Néstor Pedro, “Hábeas Corpus. Régimen Constitucional y Procesal en la Nación y Provincias”. Ed. La Ley, Bs. As., 1981.

SAGÜES, Néstor Pedro, “Derecho Procesal Constitucional, Hábeas Corpus”. Ed. Astrea, Bs. As., 1998.

CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL PARAGUAY

LEY 1500/99

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Se terminó de imprimir  
En el mes de Febrero de 2012  
En los talleres gráficos de la  
**IMPRESA DEL PODER JUDICIAL**  
Asunción - Paraguay