

241
2e)



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

CONSIDERACIONES SOBRE LA JUSTICIA
CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO
COMPARADO

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

ISMAEL ESLAVA PEREZ

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



MEXICO, D. F.

1994



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

TESIS CON FALLA DE ORIGEN



UNIVERSIDAD NACIONAL
AVENIDA DE
MEXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO
CONSTITUCIONAL Y DE AMPARO

OF.SCA/122/94.

SR. ING. LEOPOLDO SILVA GUTIERREZ
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.

P R E S E N T E.

Muy Distinguido Señor Director:

El compañero ISMAEL ESLAVA PEREZ, inscrito en el Seminario de Derecho Constitucional y de Amparo a mi cargo, ha elaborado su Tesis Profesional intitulada "CONSIDERACIONES SOBRE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN - EL DERECHO COMPARADO", bajo la dirección del Licenciado Jorge Madrazo Cuéllar, para obtener el grado de Licenciado en Derecho.

El Licenciado Madrazo Cuéllar en oficio de fecha junio 16 y el Licenciado Andrés Banda Ortiz mediante dictamen de junio 29 ambos del presente año, me manifiestan haber revisado y aprobado la referida tesis por lo que con apoyo en los artículos 18, 19, 20, 26 y 28 del vigente Reglamento de Exámenes Profesionales, suplico a usted ordenar la realización de los trámites tendientes a la celebración de dicho Examen Profesional.

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D.F., junio 30 de 1994

DR. FRANCISCO VENEGAS TREJO.



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO
CONSTITUCIONAL Y DE AMPARO

Lic. Jorge Madrazo

México, D.F., 15 de junio de 1994.

Sr. Dr. Francisco Venegas Trejo
Director del Seminario de Derecho Constitucional
y de Amparo de la Facultad de Derecho
de la UNAM.
Presente.

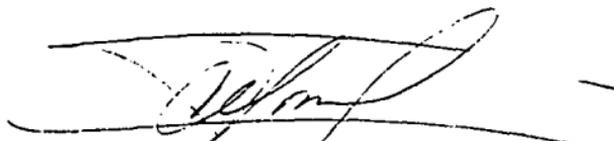
Muy distinguido señor Director:

Por medio de la presente, me permito informar a usted que, bajo mi dirección, el señor Ismael Eslava Pérez, estudiante de la Facultad de Derecho, con número de cuenta 8021671-3, ha concluido su tesis para obtener el título de licenciado en derecho, intitulada **CONSIDERACIONES SOBRE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO COMPARADO**

Después de haber revisado cuidadosamente el trabajo de referencia, me permito expresar mi Voto Aprobatorio, en los términos que regula el Reglamento de Exámenes Profesionales de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Encuentro que la tesis aborda un tema extraordinariamente importante y actual como es el de la justicia constitucional en el derecho comparado. La bibliografía utilizada es, en mi concepto, suficiente y adecuada; el trabajo se encuentra bien redactado y alinadamente organizado y las conclusiones están debidamente articuladas y, desde luego, resultan sugerentes, representando la originalidad de su trabajo.

Por lo antes expuesto, al ratificar mi Voto Aprobatorio, le reitero a usted las muestras de mi más atenta y distinguida consideración.



Profesor de la materia de Derecho Constitucional
por Concurso de Oposición



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Cirujano Maestro Mario de la Cueva, Ciudad Universitaria
Delegación Coyoacán, 04510 México, D. F. FAX (52 5) 665-21-93

México, D.F. 28 de Junio de 1994.

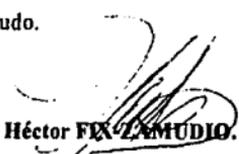
Sr. Ing. Leopoldo Silva Gutiérrez
Director General de la
Administración Escolar.
Presente.

Muy estimado señor Director:

Se me ha sometido para su dictamen la tesis redactada por el pasante señor **ISMAEL ESLAVA PÉREZ**, intitulada **CONSIDERACIONES SOBRE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO COMPARADO**, con el objeto de presentar su examen profesional de licenciatura en la Facultad de Derecho de esta Universidad.

Después de haber leído cuidadosamente dicho trabajo recepcional **FORMULO VOTO APROBATORIO**, con una felicitación especial para el sustentante, en virtud de que dicho estudio implica una verdadera investigación jurídica, sobre un tema de gran actualidad, que se elaboró con apoyo en un abundante aparato documental y bibliográfico y constituye una aportación a la bibliografía jurídica mexicana. Por todo lo anterior la citada tesis cumple de manera satisfactoria con los requisitos reglamentarios.

Reciba Ud., señor Director, un atento saludo.


Dr. Héctor **FELIX ZAMUDIO**.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO
CONSTITUCIONAL Y DE AMPARO.

SR. DR. FRANCISCO VENEGAS TREJO
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE
DERECHO CONSTITUCIONAL Y DE
AMPARO.

P R E S E N T E.

Distinguido Maestro:

Con toda atención me permito informar a Usted que he revisado completa y satisfactoriamente la Tesis Profesional intitulada "CONSIDERACIONES SOBRE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO COMPARADO", elaborada por el compañero ISMAEL ESLAVA PEREZ, la cual denota en mi opinión una investigación exhaustiva y en consecuencia el trabajo profesional de referencia reúne los requisitos que establecen los artículos 18, 19, 20, 26 y 28 del vigente Reglamento de Exámenes Profesionales.

Aprovecho la oportunidad para reiterar a Usted las seguridades de mi consideración más distinguida.

A T E N T A M E N T E.
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D.F., junio 29 de 1994.

LIC. S. ANDRES BANDA ORTIZ.
PROFESOR ADSCRITO AL SEMINARIO
DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y DE AMPARO.



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO
CONSTITUCIONAL Y DE AMPARO

SABO/elsv.

**CONSIDERACIONES SOBRE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL
EN EL DERECHO COMPARADO**

**A mi señor padre, Doctor Agustín Eslava
Santana. *In memoriam.***

**Por su infinito cariño y por haberme dado la
invaluable oportunidad de estudiar.**

**A mi señora madre, Raquel Pérez López, por
su amor, comprensión y apoyo, quien
siempre está a mi lado.**

**A mis hermanos: Irma, Alicia, Martha
Raquel, Silvia Patricia, Rogelio y María del
Carmen, como testimonio de mi cariño y
agradecimiento.**

**A mi querido maestro Don Héctor Fix-Zamudio, por su
invaluable apoyo y extraordinaria caldad humana.**

**A mi querido maestro y amigo, Don Jorge Madrazo,
quien ha significado y significa en mi vida un segundo
padre. Gracias, pero mucha gracias Jorge.**

A Araceli, quien es copartícipe de este trabajo y por ser una mujer extraordinaria.

A José Luis, por su amistad y apoyo invaluable.

I N D I C E

Introducción

VI

CAPITULO PRIMERO

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y LA DEFENSA DE LA CONSTITUCION

I. Introducción	1
II. Generalidades	2
1. Concepto de defensa de la Constitución	13
A) La protección constitucional	16
B) Las garantías constitucionales	44
III. La Justicia Constitucional	59
1. Concepto. Como instrumento de defensa de la Constitución	59
2. Defensa, control, justicia y jurisdicción constitucionales. Una cuestión terminológica	60
3. El derecho procesal constitucional	63

2. Jurisdicción constitucional orgánica	147
3. Jurisdicción constitucional de carácter internacional y comunitaria	150
III. Sistemas o modelos de justicia constitucional en el derecho comparado	152
1. Sistema americano de revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes	153
2. Sistema europeo o austriaco	155
3. Sistema mixto	156
4. Sistema socialista	156

CAPITULO TERCERO

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL SISTEMA JURIDICO MEXICANO.

I. Consideraciones preliminares	158
II. Evolución histórico de las garantías constitucionales en México	161
III. Las garantías constitucionales en el derecho positivo mexicano	183
1. El juicio de amparo	184
2. La facultad de investigación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación	202
3. Las controversias constitucionales	204

4. El juicio de responsabilidad política	206
5. Declaratoria por parte del Senado, de que ha llegado el caso del nombrar un gobernador provisional	211
6. Competencia del Senado para resolver en términos de la fracción VI del artículo 76 constitucional, las cuestiones políticas que surjan entre los poderes de una entidad federativa	213
7. El <i>Ombudsman</i>	214
Conclusiones	227
Bibliografía	243

INTRODUCCION

Una vez que la Constitución es comprendida, propicia en los hombres un aumento de su propia autoestima; este conocimiento lo hace sentir, en su debilidad ante el poder, la fortaleza de quien se sabe protegido.

El pueblo (el lego), valora la eficacia de su ley suprema en la medida en que ésta represente un recurso contra el poder arbitrario y un mecanismo que rescate la dignidad humana.

Los Derechos Humanos son, posiblemente, el capítulo de la Constitución más conocido entre la gente. Sus mecanismos jurídicos y procesales de protección, a caso los menos conocidos.

Una ley es eficaz en la medida en que sirve a los gobernados; la Constitución debe procurar y garantizar que otras leyes sirvan a la sociedad civil.

La época de sacrificio que dio origen a nuestra actual Constitución de 1917 aparentemente ha sido superada. Hoy día, el respeto y la obediencia a la Carta Magna debe partir de valores diversos, acordes con nuestras realidades y dispuesto siempre a vigorizarse.

No se trata de despertar fanatismos radicales que entorpecerían el progreso del país, sino de convicciones sanas y firmes ideales de justicia y de paz.

Con tal convicción, el presente estudio pretende abordar; desde el ámbito del derecho comparado, uno de los temas más apasionantes y, al mismo tiempo, más complejos en el campo de la joven disciplina del derecho procesal constitucional: *La justicia constitucional en el derecho comparado.*

Estoy convencido de que la justicia constitucional, integrada por los instrumentos jurídicos y procesales que se han establecido para preservar las normas constitucionales, prevenir su violación e impedir su desconocimiento, así como lograr el desarrollo y evolución de las propias disposiciones constitucionales, buscando su paulatina adaptación a la realidad político-social y su transformación en virtud de las normas programáticas de la propia

Ley Fundamental, constituye la más bella y eficaz garantía constitucional.

En el primer capítulo de estas reflexiones, se analizan los dos sectores que integran la defensa de la Constitución: la protección constitucional y las garantías constitucionales.

Analizamos la evolución histórica de las garantías constitucionales hasta llegar al concepto preciso y técnico de dicha expresión, misma que se consolida en virtud de las ideas del ilustre maestro de la escuela de Viena, Hans Kelsen, cuyos estudios fructificaron en la creación del Tribunal o Corte Constitucional.

Destacamos, asimismo, la incorrecta utilización de los términos defensa, control, justicia y jurisdicción constitucional y, finalmente, establecemos la diferencia entre el derecho procesal constitucional y el derecho constitucional procesal.

En el segundo capítulo, y partiendo del concepto técnico de garantías constitucionales, abordamos los tres sectores que integran la justicia constitucional en el derecho comparado, esto es, la jurisdicción constitucional de la libertad, la jurisdicción constitucional orgánica y la jurisdicción constitucional de carácter internacional y comunitario.

Resaltamos las tres categorías que integran la jurisdicción constitucional de libertad en materia de protección de los Derechos Humanos, es decir, los remedios indirectos, complementarios y los específicos.

Por ser los remedios específicos los que de manera pronta, eficaz y directa protegen los Derechos Humanos, además de que en la mayoría de los casos el efecto es reparador, es decir, restituyen al particular en el goce de sus derechos infringidos, son los que con mayor detenimiento estudiamos.

De igual forma, analizamos estos instrumentos específicos partiendo de su predominio, aunque no exclusividad, en los diversos ordenamientos jurídicos contemporáneos, esto es, los que prevalecen en el sistema americano, tales como el hábeas corpus y la revisión judicial de constitucionalidad de las leyes; los imperantes en ordenamientos iberoamericanos como la acción de amparo, el *mandado de seguridad*, la acción popular de inconstitucionalidad, además de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes y de cierta influencia del sistema europeo caracterizado por la existencia de una jurisdicción especializada; los prevalecientes en gran parte de los sistemas constitucionales de Europa continental, tales como el recurso constitucional y la instancia judicial especializada para la declaración de inconstitucionalidad de las leyes; la figura de la *procuratura*

en los entonces países socialistas y la solución originalmente escandinava del *Ombudsman*.

Finalmente, destacamos las características de los cuatro sistemas o modelos de justicia constitucional en el derecho comparado: el americano, el europeo o austriaco, el mixto y el llamado socialista.

En el tercero y último capítulo, hacemos referencia a las garantías constitucionales que integran la justicia constitucional en el sistema jurídico mexicano, esto es, el juicio de amparo, la facultad investigadora de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las controversias constitucionales, el juicio de responsabilidad política y el *Ombudsman*, que cobra vida en la Comisión Nacional de Derechos Humanos y en las Comisiones de las Entidades Federativas, que en su conjunto, integran el Sistema de Protección No Jurisdiccional de los Derechos Humanos.

Adicionalmente, nos referimos a las facultades del Senado para resolver las cuestiones políticas que surjan entre los poderes de una Entidad Federativa y la declaratoria de que ha llegado el caso de nombrar un Gobernador provisional, porque han desaparecido los poderes constitucionales de un Estado, mismas que han sido consideradas también como garantías constitucionales.

No podemos soslayar en esta introducción la notable influencia que ha permeado en el desarrollo de esta investigación, los estudios profundos del ilustre procesalista y maestro de muchas generaciones, Don Héctor Fix-Zamudio, así como los interesantes trabajos y, sobre todo, la amplia experiencia profesional de Don Jorge Madrazo. Para ellos mi profunda gratitud.

CAPITULO PRIMERO

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL COMO MECANISMO DE DEFENSA DE LA CONSTITUCION

Sumario: I. Introducción. II. Generalidades. 1. Concepto de defensa de la Constitución. A) La protección constitucional. B) Las garantías constitucionales. III. La justicia constitucional. 1. Concepto. Como instrumento de defensa de la Constitución. 2. Defensa, control, justicia y jurisdicción constitucionales. Una cuestión terminológica. 3. El derecho procesal constitucional.

I. Introducción.

El tema general de la presente investigación es la justicia constitucional como mecanismo de defensa de la Constitución. Analizaremos, así sea superficialmente, el órgano especializado de control de constitucionalidad de leyes y los instrumentos procesales de protección de los Derechos Humanos. Ambos aspectos se pueden agrupar bajo la denominación de "garantías constitucionales".

También nos referiremos, así sea superficialmente, a la participación del Tribunal Constitucional en la protección de los Derechos Humanos, a través del control de constitucionalidad de las leyes, y a los instrumentos concretos de protección de dichos derechos en el ámbito del derecho comparado.

Para tal efecto, hemos tomado como punto de partida la realización de una investigación comparativa que, sin atender a un criterio semántico, sí responde a un criterio geográfico y a la importancia que han venido mostrando tan nobles instituciones jurídicas y procesales en algunos países de América y de Europa.

Por otra parte, hemos considerado conveniente reservar los dos primeros capítulos de este trabajo, para realizar un encuadramiento general de tales instituciones en el marco general de la justicia constitucional. En el tercer capítulo, abordaremos la justicia constitucional en el sistema jurídico mexicano. En este sentido, resulta necesario precisar cómo la justicia constitucional constituye el más importante de los mecanismos jurídicos de defensa de la Constitución.

De igual forma, debemos considerar que los Derechos Humanos en la mayoría de los países, tanto de América como de Europa, se encuentran consagrados constitucionalmente, de tal suerte que la transgresión a algunos de estos preceptos da origen a un conflicto constitucional, que es resuelto por un órgano especializado: el Tribunal o la Corte Constitucional.

II. Generalidades.

Si bien es cierto que a partir de la primera posguerra existe una notable preocupación -que se extiende hasta nuestros días- por el estudio de la defensa de la Constitución, ⁽¹⁾ también lo es que con ello no pretendemos

1) Baste señalar, a guisa de ejemplo, que tal preocupación se ve reflejada en los trabajos de Carl Schmitt en su clásico libro *Der Hüter der Verfassung* (literalmente: *El protector de la Constitución*), traducción de Manuel Sánchez Sarto, Barcelona, Ed. Labor, 1981.

significar que tal preocupación se inicie en los primeros años del presente siglo. Por el contrario, la defensa de la Constitución es heredera de una larga y profunda tradición.

No es el momento de recordar aquí, detalladamente, el pensamiento histórico sobre la defensa de la Constitución; sin embargo, es necesaria una acotación. Como es de todos sabido, la referencia e institucionalización de la salvaguarda de las disposiciones constitucionales se remonta a las organizaciones políticas de la antigua Grecia, tal y como lo demuestran ejemplos como los siguientes: la monarquía doble y los Eforos en Esparta, ⁽²⁾ el Aerópago, ⁽³⁾ los Nomoflacos, la acción penal *graphé paranomón* -acusación criminal dirigida

Recientemente fue traducido al italiano con el título *Il custode della costituzione*, Milán, Giuffrè, 1981, y la réplica formulada por el maestro de la escuela de Viena, Hans Kelsen, con el título *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* (¿Quién debe ser el protector de la Constitución?), publicada en *Die Justiz*, 1930-1931, cuaderno 11-12, vol. 11, pp. 576-628, traducida al italiano con el título "Chi dev'essere il custode della costituzione?" en la obra del mismo Kelsen *La giustizia costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1981, pp. 231-291. Ambos trabajos sentaron los postulados de la teoría general de la defensa de la Constitución. También en los años treinta apareció el clásico libro del jurista mexicano Reyes, Rodolfo, *La defensa constitucional*, Madrid, 1934. Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "La Constitución y su defensa (ponencia general)" en obra del mismo nombre, México, UNAM, 1984, p. 11. Recientemente se han celebrado encuentros académicos sobre este tema, como el Congreso Internacional sobre la Constitución y su defensa, celebrado en la ciudad de México, en agosto de 1982, en el cual se presentaron diversas ponencias en torno al tema, mismas que pueden consultarse en la memoria *La Constitución y su defensa*, México, UNAM, 1984.

2) Dichas instituciones tenían como finalidad que los altos funcionarios se ajustaran exclusivamente a las atribuciones que se les habían asignado. Fix-Zamudio, Héctor, "Introducción al estudio de la defensa de la Constitución", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año 1, número 1, enero-abril de 1968, p. 90.

3) El custodio de la Constitución era precisamente el Consejo de Aerópago, ante el cual podían acudir los ciudadanos, víctimas de la injusticia, presentando denuncia y especificando la ley violada. Esta institución, de origen aristocrático, vio disminuidos sus poderes con el advenimiento de la Democracia. Cfr. Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución*, 2a. edición, México, UNAM, 1986, pp. 260 y 261.

contra los ciudadanos que hubieran resuelto la aprobación de una ley considerada contraria a las normas constitucionales (*Nomoi*); y como aconteció en Atenas, en donde se distinguió entre las normas superiores (*Nomoi*) y los decretos ordinarios (*Psefismata*). (4)

También la doble magistratura, el Senado y el tribunado en la República romana, así como la superioridad de la ley divina y natural sobre el derecho positivo del medievo, (5) son ejemplos de tal preocupación.

A lo anterior habría que agregar que la defensa de las normas constitucionales se ha convertido en uno de los temas de mayor interés entre los estudiosos del derecho constitucional y de la ciencia política, dando lugar con ello -como lo indica el distinguido jurista Fix-Zamudio-, (6) a una controversia sobre la

4) La distinción entre las normas *nomoi*, que podrían calificarse de constitucionales en sentido moderno, y los *Psefismata*, éstas últimas equiparables a las disposiciones legales ordinarias, expedidas entonces por la Asamblea o *Ecclesia*, resultaba manifiesta en el derecho ateniense no solamente porque las primeras regulaban la organización del Estado, sino además porque se requería un procedimiento especial para su modificación o reforma. Tales eran las características, que podíamos considerarlo -en términos modernos- como un auténtico procedimiento de revisión constitucional. En cambio, el contenido del *Psefismata* era diverso. Podía contener normas generales y abstractas que se imponían con carácter obligatorio a todos los ciudadanos. Una característica esencial debían poseer: ser legales o, en términos modernos, estar acorde con las normas constitucionales o *nomoi*. Cfr. Cappelletti, Mauro, *El control de constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, traducción de Cipriano Gómez Lara y Héctor Fix-Zamudio, México, 1966, pp. 21-22. También en obra del mismo autor *Justicia constitucional. Estudios comparativos*, 2a. edición, traducción de Luis Dorantes Tamayo, México, UNAM, Facultad de Derecho, 1986, pp. 48-52. También consultar Enrico Paoli, Ugo, "Nomothetai", *Nuovo Digesto Italiano*, Torino, UTET, 1939, T. VIII, p. 1049. Del mismo autor, *Studi sul processo attico* (literalmente: *Estudio sobre el proceso ático*), Padova, Cedam, 1933.

5) Para el estudio del pensamiento medieval sobre la superioridad del derecho divino y natural sobre el derecho positivo, consultar Cappelletti, Mauro, *op. cit.* pp. 23-27.

6) Fix-Zamudio, Héctor, "La Constitución y su defensa", en *op. cit., supra*, nota 1, p. 12.

superioridad de los instrumentos políticos o los de naturaleza judicial en la protección de las normas fundamentales. Antes de pasar al análisis de tales instrumentos, resulta necesario hacer algunas precisiones.

En primer lugar, requerimos partir de un concepto de Constitución, tarea por demás complicada, toda vez que los estudiosos de la materia suelen hablar de Constitución desde diversos puntos de vista.⁽⁷⁾ Sin pretender profundizar al respecto, nos limitamos a señalar que entendemos a la Constitución en sentido formal, es decir, como norma jurídica, como ley fundamental y suprema que se caracteriza por su relevancia jurídica en relación con las demás normas del ordenamiento jurídico, y que adquiere un carácter rígido o

7) Así, por ejemplo, Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, traducción de Francisco Ayala, Madrid, Alianza Universitaria de Textos, 1982, pp. 29-62, nos habla de cuatro acepciones distintas de Constitución: en sentido absoluto (considera a la Constitución como un todo unitario), relativo (considera a la Constitución como una pluralidad de leyes particulares, es decir, se atiende a un criterio formal), positivo (considera a la Constitución como decisión de conjunto sobre modo y forma de la unidad política) e ideal (porque atiende a los distintos idearios que sostienen los partidos políticos). Por su parte, Lasalle, Fernando, *¿Qué es una Constitución?*, Buenos Aires, 1964, p. 63, considera que la Constitución es la suma de los factores reales de poder. Sobre las críticas a las ideas de Schmitt y Lasalle consultar la obra de Mejía Gómez, Carlos, *Teoría de la Constitución*, Bogotá, Temis, 1967, pp. 21-23. Heller, Herman, *Teoría del Estado*, México, FCE, 1963, pp. 267 y ss., nos habla de cinco acepciones: dos sociológicas y tres de carácter jurídico. García Pelayo, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Revista de Occidente, 1964, pp. 33 y ss. nos habla de un concepto racional normativo, uno histórico-racional y uno sociológico, de los cuales sólo el primero es el más importante para la ciencia del derecho constitucional. Carpizo, Jorge, *Estudios constitucionales*, México, La Gran Enciclopedia Mexicana-UNAM, 1983, pp. 52-53, realiza un interesante estudio, en el cual señala: "La Constitución real de un país de Constitución escrita no es ni la realidad, ni la hoja de papel, sino el punto en el cual la realidad jurídica valorada y el folleto se interfieren". En tanto que en un país de Constitución consuetudinaria "...la Constitución real lógicamente no puede ser la interferencia de la realidad y el folleto, sino la costumbre; es decir, la realidad jurídica que interfiere en la realidad entendida en sentido amplio, y viceversa". Por ello afirma: "...la Constitución de un país no es ni ser ni deber ser, sino es ser deber ser".

de permanencia ya que su modificación o reforma requiere de un procedimiento especial. ⁽⁸⁾ Esto último nos permite señalar que, además de la justicia constitucional que, parafraseando al jurista Jorge Carpizo, constituye la mejor garantía de efectividad de todo el orden jurídico y de su norma cúspide: la Constitución, ⁽⁹⁾ la defensa de la Constitución comprende otros temas de suyo interesantes, entre otros, la reforma constitucional y los estados de excepción. ⁽¹⁰⁾

También, todo estudio que se realice respecto de la defensa de la Constitución debe descansar en un principio fundamental: la supremacía constitucional. ⁽¹¹⁾

8) Para un estudio profundo del procedimiento de reforma o modificación de la Constitución, consultar la bibliografía citada, *infra*, notas 87 a 90.

9) Carpizo, Jorge, prólogo a la obra *La Constitución y su defensa*, *cit. supra*, nota 1, p. 9.

10) *Vid supra*, nota 8.

11) Existen autores que señalan otros principios sobre los cuales descansa el estudio de la defensa de la Constitución. Así, por ejemplo, Vega, Pedro de, "De la Constitución y su defensa: Algunas peculiaridades del ordenamiento español", *La Constitución y su defensa*, *cit. supra*, nota 1, pp. 206-214, nos habla de los principios democrático y liberal; en tanto que García Laguardia, Jorge Mario, *La defensa de la Constitución*, México, UNAM, 1983, pp. 3-5, se refiere al principio de imperatividad constitucional, que consiste en la operatividad inmediata de la Constitución, esto es, la vinculación de los principios y valores de la Constitución para gobernantes y gobernados, con independencia de si las normas fundamentales son programáticas u operativas, es decir, las normas constitucionales -dice García de Enterría- poseen valor normativo inmediato y directo. Sobre este último principio ver la obra de Brewer Carías, Allan R., *La defensa de la Constitución*, Colección de Monografías Jurídicas, número 10, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1982, pp. 18-24.

A través de este principio se significa que la Constitución es la ley suprema, (12) la norma cúspide de todo el ordenamiento jurídico.

A decir del brillante constitucionalista mexicano Jorge Carpizo: "Supremacía constitucional significa que una norma contraria -ya sea material o formalmente- a esa norma superior, no tiene posibilidad de existencia dentro de ese orden jurídico". (13)

Por su parte, el creador de la teoría pura del derecho, Hans Kelsen, concibió la idea de la unidad de todo el ordenamiento jurídico representado por la Constitución, el cual no conforma un sistema de normas coordinadas a un mismo nivel. Por el contrario, existe una estructura jerárquica de preceptos legales que van desde las normas constitucionales, pasando por las leyes

12) Fue en los siglos XVII y XVIII, durante los cuales se mantiene la doctrina del *heureuse impuissance* -surgida en Francia- del rey de no violar las leyes constitucionales so pena en caso de emitir un acto contrario, de que el mismo sea nulo, cuando se acuña el término *lex fundamentalis*. Sin embargo, los aforismos romanos aún existentes para ese entonces: *omnia iura habet Princeps inpectore suo, quod Principi placuit legis habet vigorem, error Principis facit jus*, por mencionar algunos, respondieron más a la realidad que al comportamiento del monarca derivado de la interpretación del concepto *lex fundamentalis*. Recordemos también, que en el *Instrument of Government* inglés de 1653, se percibe también como postulado fundamental del gobierno, la existencia de una ley fundamental que es la Constitución. A partir de entonces se habló de leyes fundamentales, pero en realidad se carecía de una idea certera de lo que eran, como lo demuestra el hecho de que en ocasiones se le hacía coincidir con la ley divina. No fue sino hasta con la redacción de las primeras Constituciones modernas cuando la concepción de ley suprema empieza a adquirir vigencia y realidad histórica al colocar en un plano de igualdad a gobernantes y gobernados. Las consecuencias jurídico-políticas de esta idea, son acuñadas por García de Enterría, Eduardo, citando a Kaegi, cuando expone: "Lo fundamentalmente nuevo del Estado constitucional frente al mundo del autoritarismo es la fuerza vinculante bilateral de la norma, esto es, la vinculación a la vez de las autoridades y de los ciudadanos, en contraposición a toda forma de Estado de privilegios. La Constitución jurídica transforma el poder desnudo en legítimo poder jurídico. El gran lema de la lucha por el Estado constitucional ha sido la exigencia de que el (árbitro) *government by men* debe disolverse en un (jurídico) *government by laws*. Cfr. Vega, Pedro de, *op. ult. cit.*, pp. 213-214.

13) Carpizo, Jorge, *Estudios constitucionales, cit. supra*, nota 7, p. 3.

ordinarias y reglamentos, hasta llegar a las sentencias judiciales y a los negocios jurídicos, ⁽¹⁴⁾ y en donde la relación existente es de *supra* y subordinación.

En la pirámide jurídica de que habla Kelsen, la validez de la norma inferior deriva de la superior. El mismo Kelsen señala en su *Teoría general del derecho y del Estado*:

La unidad de esas hállase constituida por el hecho de que la creación de una norma, la de grado más bajo, se encuentra determinada por otra de grado superior, cuya creación es determinada, a su vez, por otra todavía más alta. Lo que constituye la unidad del sistema es precisamente la circunstancia de que tal *regressus* termina en la norma de grado más alto, o básica, que representa la suprema razón de validez de todo el orden jurídico... La estructura jerárquica del orden jurídico de un Estado puede expresarse toscamente en los siguientes términos: supuesta la existencia de la norma fundamental, la Constitución representa el nivel más alto dentro del derecho nacional. ⁽¹⁵⁾

Ahora bien, independientemente de la conformidad o no con la tesis kelseniana, la enunciación del principio de supremacía constitucional -en los términos indicados- resulta importante en el desarrollo de la presente investigación, ya que partimos del principio de que la norma constitucional es la base de todo el restante conjunto de preceptos legales.

Dicho lo anterior, la pregunta es: ¿Cuándo surge la necesidad de defensa de las normas fundamentales?. La respuesta lógica y sencilla sería en el

14) García Laguardia, Jorge Mario, *op. cit. supra*, nota 11, p. 9.

15) Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, traducción de Eduardo García Máynez, México, UNAM, reimpresión de 1983, pp. 146-147.

momento mismo en que se vulneran los valores jurídicos insitos en la Constitución; sin embargo, tal respuesta nos impediría conocer el porqué del empleo de mecanismos jurídicos distintos de defensa de la Constitución. La respuesta, consideramos, es aún más profunda. Por tal motivo, hemos preferido realizar una distinción entre la situación prevaleciente en el constitucionalismo en América y en Europa con anterioridad a la irrupción de las primeras constituciones del mundo moderno.

Por principio de cuentas, diremos que la situación que prevalecía en Europa, al momento de irrumpir las primeras constituciones, se caracterizó por sociedades convulsas en lo económico, social e ideológico; situación ésta, que motivó ataques políticos a la Constitución -como consecuencia de las tensiones existentes entre la aristocracia y la burguesía- que pretendieron desvirtuar los valores y principios democráticos y liberales que en el plano jurídico pretendía establecer el constitucionalismo. Robespierre lo señaló categóricamente:

En medio de las tormentas promovidas por las innumerables facciones a quienes se concedieron medios y tiempo para fortificarse; en medio de las divisiones intestinas pérfidamente combinadas con la guerra, exterior, fomentadas por la intriga y la corrupción, favorecidas por la ignorancia, por el egoísmo y por la ingenuidad, es preciso que los buenos ciudadanos tengan un punto de apoyo y una señal de aislamiento. Ese punto y esa señal no pueden ser otros que la defensa de la Constitución. ⁽¹⁶⁾

16) *Cit. por Vega, Pedro de, vid supra, nota 11, p. 223.*

De esta manera, la defensa de la Constitución fue concebida, inicialmente en Europa, como un mecanismo político de defensa de la legitimidad constitucional (17) y no como un conjunto de instrumentos jurídicos y procesales de defensa de los valores jurídico-políticos incorporados a la Constitución. (18)

Situación distinta es la que se presentó en América, en donde como consecuencia de la ausencia de tensiones importantes en la estructura sociopolítica, los valores jurídicos no eran discutidos ni atacados y, por tanto, no tenían por qué ser defendidos.

Esta situación es calificada por el tratadista español Pedro de Vega, como de *utopismo constitucional mágico*, o a decir de Von Stein *del clásico y verdadero constitucionalismo*. (19)

17) Entendemos por legitimidad constitucional, la situación en virtud de la cual una Constitución es reconocida de hecho y como ordenación jurídica, porque su fuerza y autoridad, que descansa en el Poder Constituyente, es reconocida. A decir de Linares Quintana, el problema de la legitimidad constitucional "...es de naturaleza esencialmente política y debe resolverse remontándolo hasta la naturaleza del acto constituyente. Para que la Constitución sea legítima, el acto constituyente debe ser la expresión de la genuina voluntad del pueblo, surgida de una libre determinación mayoritaria, y no hallarse viciado por el fraude, el soborno y la violencia". *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, Buenos Aires, Editorial Alfa, 1953, vol. II, pp.139-141. Por su parte Schmitt, Carl, *op. cit. supra*, nota 7, pp. 104-107, nos habla de los tipos de legitimidad constitucional que históricamente se han distinguido, esto es, la dinástica y la democrática, según se atiende a los sujetos del Poder Constituyente: el príncipe o el pueblo.

18) Este aspecto ha sido desarrollado por García de Enterría, Eduardo, en su libro *La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1984.

19) *Op. cit. supra*, nota 11, pp. 223-224.

La misma situación aconteció en Europa en gran parte del siglo XIX, como consecuencia de la pacificación entre la aristocracia y la burguesía, entre el monarca y el pueblo. (20)

El mismo autor en cita lo señala categóricamente cuando escribió:

La aceptación de la ideología constitucional en Europa por las fuerzas políticas conservadoras, a través de la configuración de la doctrina del *pouvoir neutre, intermédiaire y régulateur* de los monarcas, llevó a pensar, al igual que sucedió en América, que la Constitución, por haberse quedado sin enemigos, no necesitaba defenderse. La utopía constitucional se había realizado en la historia. (21)

Empero, el hecho de que los valores y los principios de la Constitución no se discutan, no significa que en la realidad política tengan plena efectividad y aplicación.

Recordemos aquí que una de las causas que motivó la crítica y la crisis del Estado liberal del siglo XIX, fue precisamente la disociación entre la norma constitucional y la realidad política, es decir, la consagración en el plano teórico de los principios que caracterizaron al Estado liberal del siglo XIX no se tradujo en realidades concretas; luego entonces, se trataba de hacer coincidir la realidad de la norma constitucional con la realidad política. Es

20) *Ibidem*, p. 224.

21) *Idem*.

entonces cuando la defensa de la Constitución pasa, a decir de Pedro de Vega:

... a entenderse no como defensa abstracta de la norma, sino como defensa de los valores cuya realización establece la norma. Lo cual significa que si en el primer momento del constitucionalismo moderno lo que se propicia en Europa es una defensa de la legalidad constitucional con medios políticos lo que se va a propiciar ahora es una defensa de los valores políticos por medios y mecanismos jurídicos. (22)

Con base en lo anterior, estamos en posibilidad de señalar que los principios y valores jurídicos incorporados a la Constitución fueron entendidos, en América y en Europa, de manera distinta, acorde con la situación histórica prevaleciente, lo cual explica, a su vez, la distancia entre la justicia constitucional en América, basada en la *judicial review* que se inicia con la famosa y célebre sentencia del juez Marshall en 1803, en el caso Marbury versus Madison, (23) y la justicia constitucional europea o austríaca,

22) *Ibidem*, pp. 224-225.

23) Una de las partes más significativas de la ejecutoria de Marshall, en donde se aprecia que la Constitución es la ley suprema y, por tanto, todo acto contrario a ella es inválido, es aquella que dice: "Es demasiado simple para ser controvertido, que la Constitución controla todo acto legislativo repugnante a ella; o que la legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre estas alternativas no hay término medio. La Constitución es, o bien una ley suprema, inmodificable por medios ordinarios, o está en el mismo nivel que los actos legislativos ordinarios, y como las otras leyes es modificable cuando la legislatura quiera modificarla. Si la primera parte de la alternativa es exacta, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución no es una ley; si la segunda parte es exacta, entonces las constituciones escritas son tentativas absurdas por parte del pueblo para limitar un poder que en su propia naturaleza es ilimitable. Evidentemente todos los que han elaborado constituciones escritas las consideran como la ley fundamental y suprema de la nación, y consecuentemente la teoría de cada uno de tales gobiernos debe ser la de que un acto de la legislatura repugnante a la Constitución, es inválido". *Cit.* por Carpizo, Jorge, *op. cit. supra*.

que se inicia con la creación del tribunal o corte constitucional austriaca en 1920, bajo la tutela intelectual de Hans Kelsen.

1. Concepto de defensa de la Constitución

Elaborar un concepto de defensa de la Constitución resulta particularmente importante, entre otras razones, porque los diversos sectores que la integran suelen ser estudiados de manera dispersa, además de la confusión existente que se manifiesta por la utilización indistinta de las denominaciones *garantías* y *control constitucionales* como sinónimos de defensa de la Constitución.

Buscando establecer un orden al respecto, recurrimos al conocimiento autorizado del jurista Héctor Fix-Zamudio -autor que será mencionado de manera constante a lo largo de esta investigación-, quien señala:

...la defensa de la Constitución está integrada por todos aquellos instrumentos jurídicos y procesales que se han establecido tanto para conservar la normativa constitucional como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento y, lo que es más importante, lograr el desarrollo y evolución de las propias disposiciones constitucionales en un doble sentido: desde el punto de vista de la Constitución formal lograr su paulatina adaptación a los cambios de la realidad político-social y desde el ángulo de la Constitución material, su transformación de acuerdo a las normas programáticas de la propia carta fundamental. (24)

nota 13, p. 16. El texto íntegro de la sentencia puede consultarse en *Revista Mexicana de Derecho Público*, número 3, enero-marzo de 1947, pp. 317-343.

24 Fix-Zamudio, Héctor, "La Constitución y su defensa (ponencia general)", *cit. supra*, nota 1, pp. 15-16.

Coincidimos con Fix-Zamudio, en el sentido de que la conjugación de esos dos sectores a los que nos referimos en el párrafo anterior, constituye el binomio Indisoluble que representa la verdadera, real y fundamental defensa de la Constitución. El mismo autor expone: "...una verdadera defensa constitucional es la que puede lograr la aproximación entre estos dos sectores, que en ocasiones pueden encontrarse muy distanciados: la Constitución formal y la Constitución material". (25)

José Almagro Nosete refiriéndose a la defensa de la Constitución, señala: "...denota el conjunto de actividades encaminadas a la preservación y reparación del orden jurídico establecido por la Constitución, y en particular, de la Constitución misma, que en cuanto ley suprema vincula a los ciudadanos y a los poderes públicos...".

En sentido restringido -sigue diciendo el autor citado- "...la defensa constitucional significa el conjunto orgánico y funcional de instituciones y actividades que tienen por fin directo remediar los agravios generales y particulares que se cometan contra la Constitución...". (26)

José Afonso da Silva señala que la permanencia del ordenamiento constitucional -defensa de la Constitución-, depende de factores extrínsecos -de carácter sociológico y psicológico- e intrínsecos. Estos últimos se refieren a las técnicas que las mismas normas constitucionales consignan para garantizar su estabilidad y durabilidad. A este respecto, dicho tratadista

25) *Ibidem*, p. 16.

26) Almagro Nosete, José, *Justicia constitucional (Comentarios a la ley orgánica del Tribunal Constitucional)*, Madrid, 1980, p. 4.

brasileño menciona lo expuesto por su compatriota, Pontes de Miranda, quien afirmó que:

La Constitución por el hecho de existir, es ley. Como ley impuesta. Las leyes o son infringidas por los individuos, o por los propios órganos del Estado. Defenderlas, es uno de los propósitos técnicos. La defensa de la Constitución, debe pasar sobre cualquier ley, por ser la ley que constituye el Estado, después de construido. Además de ser defendidas contra las violaciones, opone la Constitución contra las tentativas de cambio que no atiendan las reglas sobre su reforma. (27)

Estas normas que establecen las técnicas de defensa constitucional, son llamadas por Da Silva "normas de estabilización constitucional", mismas que nos indican: "a) las técnicas y los medios para la defensa de la Constitución; b) a quién le corresponde defenderla y protegerla; c) contra quién se dirigirá la defensa y protección". Todo ello, en su conjunto, integra el sistema de defensa de la Constitución. (28)

Por su parte, Luis Carlos Sábica destaca una significación ambivalente de la defensa de la Constitución. Por un lado implica el sostenimiento del mecanismo protector de las libertades; por el otro, el reforzamiento del régimen político vigente, amén de que en un sentido más amplio la integridad y la supremacía de la Constitución se protege mediante un adecuado mecanismo reformista que la mantenga actualizada; por la utilización de medios correctivos que rectifiquen los errores de su normatividad en desarrollos legislativos y en aplicaciones administrativas incorrectas, así como

27) Silva, José Afonso da, "Sistema de defensa de la Constitución Brasileña", traducción de Víctor Martínez Bullé Goyri, *La Constitución y su defensa*, cit. supra, nota 1, p. 244.

28) *Ibidem*, pp. 244-245.

por instrumentos de excepción. Por ello, SÁCHICA afirma que los mecanismos jurídicos más usuales de defensa constitucional son la reforma constitucional, los controles políticos y judiciales de la constitucionalidad de las leyes, así como las situaciones de excepción. (29)

De las opiniones expuestas, se aprecia con claridad que dichos autores coinciden en señalar que el tema que nos ocupa implica la necesaria preservación, prevención y reparación, en su caso, de la normativa constitucional. Pero el concepto de Fix-Zamudio y las ideas de SÁCHICA van más allá de dicha conservación, puesto que reprimir su desconocimiento y procurar la evolución y desarrollo de las normas constitucionales, también son fines primordiales de la defensa de la Constitución.

Luego entonces, la defensa de la Constitución no solamente comprende la justicia constitucional, sino a todos aquellos instrumentos establecidos para limitar los abusos del poder, buscando el sometimiento a los lineamientos que se establecen en la Constitución.

A) La protección constitucional

A efecto de poder describir brevemente los instrumentos de defensa de la Constitución los agruparemos, siguiendo las enseñanzas de Fix-Zamudio, en dos categorías importantes: *la protección constitucional y las garantías constitucionales*. La primera se integra por todos aquellos instrumentos

29) SÁCHICA, Luis Carlos, "La Constitución y su defensa (Colombia)", *La Constitución y su defensa*, cit. *supra*, nota 1, pp. 329-330.

políticos, económicos, sociales y de técnica jurídica que han sido establecidos, vía normas constitucionales, e incorporados a los textos constitucionales, cuya finalidad consiste en la limitación del poder, buscando que los titulares del mismo se sometan o acaten los principios consagrados constitucionalmente. En síntesis, tales instrumentos procuran el equilibrio y la marcha adecuada de los poderes públicos y de todo órgano de autoridad. Este sector es calificado gráficamente por Fix-Zamudio como el *aspecto fisiológico* (30) del texto supremo, puesto que busca el buen funcionamiento de los órganos de poder.

Veamos ahora, así sea someramente, cuáles son los instrumentos que integran esta categoría.

El primer instrumento, de carácter político, se apoya en el principio de la separación de poderes (terminología empleada por Carl Schmitt) o de la división de poderes formulada entre la época de la Ilustración y la teoría política del liberalismo, esto es, durante los siglos XVII y XVIII.

La importancia de este instrumento no consiste en el principio de la división de poderes en sí mismo, sino en la finalidad que se persigue al encomendarse funciones distintas a órganos distintos, es decir, evitar la concentración del poder mediante una clara y manifiesta limitación recíproca entre los titulares del mismo, procurando una racionalización en el ejercicio del poder. A decir de García Laguardia, la orientación de este principio consiste en contener a los

30) En su excelente monografía "La Constitución y su defensa (ponencia general)", *cit. supra*, nota 1, p. 17; *id.*, "Introducción al estudio de la defensa de la Constitución", *cit. supra*, nota 2, p. 92.

diversos poderes dentro del ámbito de sus respectivas competencias, al mismo tiempo que se limita el ejercicio el poder. (31)

No serán parte de este estudio los pormenores del principio de la división de poderes, por cierto actualmente en crisis, baste tan sólo señalar que el mismo, en su concepción actual, al decir del tratadista español Manuel García Pelayo, contribuye a la racionalidad del Estado democrático, toda vez que introduce factores que diferencian y articulan el ejercicio del poder. (32)

Como una derivación de la separación o división de funciones pueden mencionarse los controles intraórganos e interórganos de carácter constitucional, a que hace alusión Karl Loewenstein en su *Teoría de la Constitución*.

Entre los primeros podemos señalar la división del Poder Legislativo en dos cámaras, el refrendo ministerial, la votación calificada y el escalonamiento de los tribunales de distinta jerarquía en el organismo judicial.

31) García Laguardia, Jorge Mario, *op. cit. supra*, nota 11, p.13.

32) Precisamente García Pelayo, Manuel, "El Estado social y sus implicaciones", *Transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, 1977, p. 60, destaca la nueva orientación del pensamiento moderno en relación con el principio de la división de poderes, cuando menciona la teoría del tratadista alemán W. Steffani, quien distingue cinco categorías de distribución del poder. La primera, de la división territorial, coincide con la teoría tripartita clásica. La segunda, de la división temporal, es decir, la duración limitada y la rotación en el ejercicio del poder, la tercera, de la división vertical o federativa, es la relativa a la distribución del poder entre la instancia central y las regionales o locales. La cuarta, la relativa a la división decisoria, es decir, la división de las decisiones de los órganos del poder. Finalmente, Steffani se refiere a la división social de poderes entre los estratos o grupos sociales.

Respecto de los controles interórganos destacan el veto presidencial, los informes ministeriales y las comisiones investigadoras de la administración para disolver el órgano legislativo en caso de disputa infranqueable con el gobierno. (33)

Relacionando dichos controles con la protección constitucional, Fix-Zamudio escribe:

Estos mecanismos de pesos y contrapesos..., deben de considerarse como la versión moderna del viejo principio liberal de la división de poderes y que... varios destacados tratadistas prefieren estudiar a través del concepto de los controles constitucionales, los cuales en nuestra opinión..., poseen una acepción genérica que abarca tanto este sistema de pesos y contrapesos, es decir, de instrumentos de protección constitucional, como también a las garantías constitucionales en sentido estricto... (34)

Otros instrumentos que coadyuvan a la protección de las normas constitucionales al buscar su correcta y eficaz aplicación, son los de carácter económico y financiero. Al respecto, conviene destacar que los lineamientos o reglas económicas y financieras que constituyen las disposiciones económicas fundamentales, al mismo tiempo que integran el régimen económico de un país, han sido consagradas en la mayoría de las constituciones

33) Para el estudio pormenorizado de los controles intraórganos e interórganos *cfr.* Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, traducción de Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, Ariel, 1965, pp. 232 y ss. Relacionado con el tema de la protección constitucional *cfr.* Fix-Zamudio, Héctor, "La Constitución y su defensa", *cit. supra*, nota 1, pp. 21-26. También García Laguardia, Jorge Mario, *op. cit. supra*, nota 11, pp. 14-18.

34) Fix-Zamudio, Héctor, *op. ult. cit.*, pp. 21-22.

contemporáneas llegando, inclusive, algunas de ellas, a contemplar capítulos especializados en la materia.

Por su importancia destacan los relativos a la determinación de las categorías impositivas; los referentes a las inversiones públicas y privadas, así como aquellos que se refieren a la explotación de los recursos naturales renovables y no renovables, por mencionar algunos.

A lo anterior habría que agregar los sistemas tradicionales de examen y aprobación anual, por el órgano legislativo, de los presupuestos de ingresos y egresos, así como el análisis y, en su caso, la aprobación del gasto y deuda públicos.

Dichos instrumentos protegen las disposiciones fundamentales al evitar la utilización discrecional de los recursos económicos y financieros por parte de los órganos de poder, fundamentalmente del Ejecutivo a quien, como regla general, se encomienda la dirección de la política económica y financiera del Estado.

No podemos dejar de mencionar que no obstante la loable finalidad de tales mecanismos, su implantación y aplicación resulta compleja, sobre todo en aquellos países en los que se ha instituido una descentralización territorial, ya sea en los regímenes federales o en los de regiones autónomas, toda vez que la distribución de recursos resulta complicada por la tendencia a la concentración de los mismos por parte de las autoridades centrales, lo cual, por otra parte, va en detrimento de las locales. Esta situación ha dado lugar a que las normas constitucionales contemplen complejos mecanismos técnicos

de redistribución, que entre otras denominaciones ha recibido la de *federalismo corporativo*. (35)

De esta forma, al contemplar las disposiciones fundamentales aspectos de carácter técnico, coincidimos con Fix-Zamudio en el sentido de que la protección de las mismas, sólo desde el punto de vista político, como acontece en países socialistas de control popular, resulta insuficiente. (36)

Tomando en consideración lo anterior, Fix- Zamudio escribe:

Tenemos el convencimiento de que los instrumentos que pueden tutelar con mayor eficacia las disposiciones económicas fundamentales son los organismos técnicos permanentes que reciben los nombres de *tribunales de cuentas y contralorías generales*, pues no obstante el nombre de las primeras, sus funciones no son jurisdiccionales sino en mínima parte, ya que su actividad está dirigida al análisis de los recursos económicos y financieros que manejan los organismos políticos. (37)

Ciertamente los órganos técnico-jurídicos como los indicados, coadyuvan en la protección de las normas fundamentales al realizar el examen, análisis y fiscalización de las cuentas y gestión económica del Estado. Este tipo de instancias dependen del órgano legislativo y, en la mayoría de los casos, gozan de autonomía. Es el órgano legislativo ante quien rinden informes detallados sobre las infracciones y, en su caso, las responsabilidades en que

35) Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit. supra*, nota 1, p. 28.

36) El modelo soviético, a través de su Ley Federal de Control Popular, expedida el 30 de noviembre de 1979, constituye un ejemplo de la insuficiencia del control político.

37) Fix-Zamudio, Héctor, *op. ult. cit.*, p. 29.

hayan incurrido los funcionarios públicos en el manejo de los recursos del Estado.

La operatividad de los referidos órganos es claramente visible. El hecho de que hayan sido regulados constitucionalmente en algunos países de América y de Europa, es prueba de su importancia. (38)

38) Así tenemos que en América Latina figuran ambos órganos técnicos de tutela de las disposiciones económicas fundamentales. Son ejemplos, la regulación en las constituciones de la República de Bolivia (artículos. 154 y 155); Costa Rica (artículos. 183 y 184); Ecuador (artículo 116); Guatemala (artículos. 232 a 243); Nicaragua (artículos. 154 a 157); Panamá (artículo 275); Perú (artículos. 81 y 82) y Venezuela (artículos. 234 a 239). Mención especial merece la Contraloría General de la República de Chile, la cual, además de las funciones inherentes a su naturaleza, posee la importante facultad de pronunciarse sobre la constitucionalidad y legalidad de los decretos supremos del Ejecutivo. Dice el artículo 87: "Un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República ejercerá el control de la legalidad de los actos de la Administración, fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás organismos y servicios que determinen las leyes; examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades; llevará la contabilidad general de la Nación, y desempeñará las demás funciones que le encomienda la ley orgánica constitucional respectiva." Y el artículo 88: "En el ejercicio de la función de control de legalidad, el Contralor General tomará razón de los decretos y resoluciones que, en conformidad a la ley deben tramitarse por la Contraloría o representará la ilegalidad de que puedan adolecer; pero deberá darle curso cuando, a pesar de su representación, el Presidente de la República insista con la firma de todos sus Ministros, caso en el cual deberá enviar copia de los respectivos decretos a la Cámara de Diputados. En ningún caso dará curso a los decretos de gastos que excedan el límite señalado en la Constitución y remitirá copia íntegra de los antecedentes a la misma Cámara." Corresponderá, asimismo, al contralor general de la república tomar razón de los decretos con fuerza de ley, debiendo representarlos cuando ellos excedan o contravengan la ley delegatoria o sean contrarios a la Constitución.

Si la representación tuviere lugar con respecto a un decreto con fuerza de ley o una reforma constitucional por apartarse del texto aprobado, o a un decreto o resolución por ser contrario a la Constitución, el Presidente de la República no tendrá la facultad de insistir, y en caso de no conformarse con la representación de la Contraloría deberá remitir los antecedentes al Tribunal Constitucional dentro del plazo de diez días, a fin de que éste resuelva la controversia. Sin embargo, tal facultad puede verse debilitada por el hecho de que el presidente de la República es quien nombra al contralor general, de conformidad con el segundo párrafo del artículo 87. En relación con el tema, consultar el excelente estudio de Silva Cimma, Enrique, "La

También los factores sociales -grupos de interés, grupos de presión y partidos políticos-(39) constituyen un instrumento de defensa constitucional. En efecto, estos factores se orientan a la preservación de las normas fundamentales, puesto que al tener reconocimiento y regulación constitucional, se les dota de los mecanismos jurídicos para la defensa de sus derechos consagrados constitucionalmente.

En este sentido, podemos sentirnos orgullosos de que nuestra Carta Magna de 1917 haya iniciado la etapa del constitucionalismo social (40) al elevar a normas fundamentales los derechos y personalidad de los grupos más débiles,

Contraloría General de la République Chilienne" en *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étrangère*, París, marzo-abril de 1961.

Entre los países latinoamericanos que regulan el Tribunal o Corte de Cuentas, destacan: Brasil (artículo 72 y 73), República Dominicana (artículos 78 a 81); El Salvador (artículos 195 a 199); Paraguay (artículo 265) y Uruguay (artículos 208-213). También en Europa se ha regulado constitucionalmente el Tribunal de Cuentas, ejemplo de ello es la Constitución de la República Federal de Alemania (artículo 114, inciso 2); la de Italia (artículo 100); Portugal (artículo 219) y España (artículo 136), principalmente.

39) Recientemente se ha publicado una obra colectiva relativa a los grupos de presión, y tomando en consideración que la bibliografía al respecto es prolífica, nos remitimos a la citada en tal publicación. *cfr. Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, México, año II, número 5, mayo-agosto de 1987. En relación con los partidos políticos, fue materia central en el II Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, cuya diversidad de artículos y bibliografía en la materia, puede consultarse en la primera parte del *Anuario Jurídico IX*, México, 1982, pp. 19-337. Para el análisis conjunto de las particularidades que presentan ambos tópicos, consultar dos excelentes trabajos: Key, V. O. Jr., *Política, partidos y grupos de presión*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962, y Haas, Ernest B., *Partidos políticos y grupos de presión en la integración europea*, traducción de Néstor Nieguez, Buenos Aires, Instituto para la Integración de América Latina, 1966.

40) Sobre esta corriente de pensamiento de introducir en la estructura constitucional principios sociales, consultar el excelente trabajo de Sayeg Helú, Jorge, *El constitucionalismo social mexicano. La integración constitucional de México (1808-1986)*, 2a. edición, México, 1987, T. I.

(41) es decir, de los campesinos y trabajadores agrupados en sindicatos y comunidades agrarias. (42)

Dos años más tarde, la Constitución de Weimar de 1919, consagró los derechos sociales de los sectores más débiles de la sociedad. Pero no fue sino

41) El texto constitucional de 1917 rompe con las ideas tradicionales del constitucionalismo clásico, al incorporar en su seno normas protectoras de los grupos sociales más débiles. Así, los derechos sociales quedaron incorporados, por primera vez en un texto fundamental, en la Constitución mexicana de 1917, en sus artículos 3º, relativo al derecho de todo individuo a recibir educación a nivel primaria, y que prescribe que ésta deberá ser laica y gratuita; el 27, que rompe con el principio clásico de la propiedad, sujetando su existencia a las modalidades que dicte el interés público. Determina la propiedad de la nación sobre sus recursos naturales y limita la existencia de la propiedad agrícola estableciendo tres tipos de tenencia de la tierra: la pequeña propiedad, la propiedad comunal y el ejido explotado colectivamente o en forma parcelada o individual; el 123, que establece un verdadero catálogo de disposiciones sociales para los trabajadores: jornada máxima de ocho horas, descanso semanal obligatorio, obligación de los patrones de pagar salario mínimo, etcétera. A estos derechos se le suman los consagrados en el artículo 4º, que establece la igualdad jurídica entre el varón y la mujer; el derecho de la familia a decidir de manera libre e informada el número y espaciamiento de sus hijos; el derecho a la protección de la salud; el derecho a una vivienda digna y decorosa, etcétera. También debe considerarse en el marco del Estado social de derecho, las reformas de febrero de 1983 a los artículos 16, 25, 26, 27 y 28 constitucionales, que introducen una serie de lineamientos que ordenan la vida económica del Estado, encauzando la lucha por la justicia social dentro del marco de libertades que la misma Constitución establece. Sobre el nacimiento y desarrollo de los derechos sociales en la Constitución mexicana de 1917, ver el excelente trabajo de Fix-Zamudio, Héctor, "La Constitución y el Estado social de derecho", *El constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX. La Constitución mexicana 70 años después*, México, UNAM, 1988, pp. 73-117. Del mismo autor, consultar la excelente bibliografía que consigna en "Estado social de derecho y cambio constitucional", en *Memoria del III Congreso Nacional de Derecho Constitucional (1983)*, México, UNAM, 1984, p. 337; *id.*, "La Constitución...", *cit. supra*, nota 1, p. 31.

42) Sobre la defensa jurídica de los campesinos y trabajadores agrupados en sindicatos y organismos agrarios, en el ordenamiento mexicano, consultar el excelente estudio de Fix-Zamudio, Héctor, "La protección jurídica y procesal frente a los grupos de presión" *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, México, año II, número 5, mayo-agosto de 1987, pp. 366-372.

a partir de la segunda posguerra cuando las constituciones del mundo occidental (43) reconocieron a los grupos sociales y sus correspondientes derechos, al establecer los mecanismos que procuren una redistribución de bienes y servicios, configurando con ello lo que se ha dado en llamar Estado social, (44) Estado benefactor, promotor, *manager*, etcétera, y su equivalente en el lenguaje jurídico-político angloamericano: el *Welfare State*. (45)

Lo anterior pone de manifiesto el espíritu social o la nueva orientación social de la ciencia jurídica. A este respecto, el jurista Sergio García Ramírez apunta:

...El carácter ético, equiparador, tutelar, del derecho contemporáneo, cesa ya de ver individuos aislados para volver la mirada a los grupos y clases, que desconoce el primado de la

43) En los países socialistas también existe un reconocimiento constitucional de los grupos sociales pero con un matiz diferente, pues lo que se busca es lograr la homogeneidad social de la sociedad, según se desprende del artículo 19 de la Constitución soviética. De igual forma, el artículo 7, destaca la participación de sindicatos, cooperativas, la Unión Comunista Leninista de la Juventud y demás organizaciones sociales, en la dirección de negocios estatales y sociales y en la decisión de cuestiones políticas, económicas y socioculturales. Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "La Constitución y su defensa", *cit. supra*, nota 1, pp. 31-32.

44) Para un estudio más profundo sobre este tópico, consultar los excelentes estudios y la amplia bibliografía citada por Fix-Zamudio, Héctor, "Estado social de derecho y cambio constitucional", *cit. supra*, nota 41, pp. 337-369; *id.*, *La Constitución y el Estado social de derecho, El constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX. La Constitución mexicana 70 años después*, *cit. supra*, nota 41, pp. 73-117.

45) En relación a las características y desarrollo del *Welfare State*, pueden citarse, entre otros, los siguientes trabajos: Furniss, Norman, *Futures for the Welfare State*, Indiana, University Press, 1985; Harris, David, *Justifying State Welfare: The New Right versus the Old Left*, Nueva York, 1987; Howe, Irving, *Beyond the Welfare State*, Shocken books, Nueva York, Basil Blackwell, 1986; Jordan, Bill, *Rethinking Welfare*, New York, Basil, Blackwell, 1987, y Room, Graham, *The Sociology of Welfare-Social Policy Stratification and Political Order*, Oxford, England, Basil, Blackwell, 1986.

autonomía de la voluntad para abrazar el control social de la libertad que cercena los derechos absolutos para reorientarlos en sentido social; que acude a la defensa del débil -la mujer, el niño, el trabajador, el campesino, el anciano, el enfermo... en la abigarrada complejidad que tienen los destinatarios de este nuevo derecho-, para dotarlos de las armas necesarias a fin de que sea verdad posible, y no simplemente grotesca, su lucha por la vida; que introduce el dirigismo contractual y crea nuevos órdenes jurídicos: el laboral, el agrario, el de la seguridad social, se multiplican y abarcan gran diversidad de campos, al modo que es fuertemente expansiva y penetrante la preocupación que las genera, nutre e impregna: el propósito tutelar que provoca la socialización del derecho. ⁽⁴⁶⁾

Y la no menos importante opinión de Fix-Zamudio:

...el sector social de la democracia contemporánea es aquel que pretende canalizar los intereses de los distintos grupos sociales, procurando su armonización al coordinar los distintos intereses, frecuentemente encontrados de los citados grupos; para ello resulta necesario establecer disposiciones constitucionales que tutelen dichos intereses, de manera que los organismos públicos intervengan activamente en los fenómenos económicos, sociales y culturales para lograr los fines de la llamada justicia social. ⁽⁴⁷⁾

Por cuanto a los mecanismos de participación en el proceso del poder, por parte de los grupos de interés y de presión en defensa de sus derechos, éstos resultan complejos. Por su importancia, Fix-Zamudio ⁽⁴⁸⁾ destaca dos: el primero, relativo a las instituciones de democracia semidirecta y, el segundo, concerniente a los consejos económicos y sociales. Entre los primeros destaca el referéndum y la iniciativa popular.

46) García Ramírez, Sergio, "Tres textos precursores en el constitucionalismo social", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año 1, números 2-3, mayo-diciembre de 1968, p. 470.

47) Fix-Zamudio, Héctor, "El Estado social de derecho la Constitución mexicana", en *La Constitución mexicana. Rectoría del Estado y economía mixta*, México, Porrúa, 1985, p. 83.

48) "La Constitución...", *cit. supra*, nota 1, pp. 32-33.

A través del referéndum constitucional, (49) los sectores más débiles, organizados en cuerpo electoral, participan en el proceso de desarrollo de las funciones públicas, es decir, los sectores sociales manifiestan su consentimiento o negativa respecto de la aprobación, modificación derogación y, en su caso, de la abrogación de las normas constitucionales. De esta manera, cuando los referidos sectores participan en la función constituyente, dan origen al referéndum constitucional, (50) decidiendo así la conservación o no de los valores jurídicos incorporados al texto constitucional.

49) El origen histórico del *referendum* data del siglo XVI y se encuentra estrechamente vinculado con la idea de moderna democracia y soberanía popular, ya que estos últimos conceptos fueron creando las condiciones que hacían factible su aparición y aplicación. Sin embargo, el término *referendum* -en el sentido actual con que lo conocemos- es producto del ideario republicano de los pensadores de la Revolución francesa, pues fue precisamente en la Convención Francesa de 1793, la que inspirándose en la idea de Rousseau, votó una resolución en virtud de la cual se exigía que toda Constitución debía ser aprobada por el pueblo; mecanismo que también fuera utilizado por Napoleón para aprobar las Constituciones de 1799, 1802 y 1804. Casi simultáneamente, la Constitución de Suiza, del 20 de mayo de 1802, elaborada por una asamblea de notables, fue sometida a la aprobación o repudio de los ciudadanos mayores de veinte años. Puede decirse que a partir de entonces el *referendum* fue visto, en gran parte de Europa y América, como una institución -por excelencia- de consulta popular que fomenta la participación del cuerpo de ciudadanos en las decisiones del Estado. Cfr. Ennis, Humberto María, "Referendum", *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1961, T. XXIV, pp. 191-195.

50) El *referendum* constitucional presenta dos modalidades importantes. La primera atiende a la decisión de una determinada forma de Estado, tal como sucedió en Italia el 2 de julio de 1946 y en Bulgaria el 8 de septiembre del mismo año. En ambos casos, tal procedimiento decidió sobre la conveniencia de establecer una monarquía o una República. La segunda se presenta una vez elaborado un documento constitucional por la asamblea constituyente, es decir, respecto de una reforma constitucional, sea ésta parcial o total. En este caso, el documento constitucional se somete a la aprobación del pueblo. *Ibidem*.

Otra institución de la democracia semidirecta es la iniciativa popular; ésta procura la defensa de los valores constitucionales y permite a los ciudadanos participar en las labores gubernamentales de una manera más inmediata que a través de la elección de representantes.

Mediante esta institución el cuerpo electoral no sólo participa de la actividad gubernamental, sino que orienta a los órganos del Estado en la toma de decisiones. En este sentido, coincidimos con García Laguardia cuando afirma: "Mediante la iniciativa popular, en vez de ejercer un simple control *a posteriori*, los ciudadanos pueden orientar en cierta medida la actividad gubernamental". (51)

Así, pues, la iniciativa popular consiste en la facultad que tiene la ciudadanía para promover la sanción de normas constitucionales o legales, ya sea para modificar las vigentes o para cubrir las lagunas de la legislación. (52) Por tanto, según la materia respecto de la cual se pronuncie el cuerpo electoral, la iniciativa popular podrá ser constitucional o legal, es decir, sobre el ordenamiento fundamental o la legislación ordinaria. (53)

51) García Laguardia, Jorge Mario, "Iniciativa popular" *Diccionario Jurídico Mexicano*, 2a. edición revisada y aumentada, México, Porrúa, 1988, T. III, p. 1724.

52) El tratadista francés León Duguit señala que la iniciativa popular "es el derecho de proponer resoluciones y hacer que se voten, transferido de la Asamblea ordinaria al cuerpo electoral". Cit. por Revidatti, Gustavo A., "Iniciativa popular en la formación de leyes", *Enciclopedia Jurídica Omeba*, cit., T. XV, p. 851.

53) También la iniciativa popular puede ser formulada o simple. La primera se caracteriza por ser un verdadero proyecto de ley o de reformas, en tanto que la segunda constituye una mera indicación general respecto de la ley que se pretenda se adopte o de la reforma que se pretenda se realice. Cfr. Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Derecho constitucional*, traducción de Pablo

En síntesis, la regulación y aplicación de instituciones de democracia semidirecta en algunas materias, representa una práctica sana en el desarrollo de las funciones de Estado, ya que permite una mayor vinculación entre la problemática que se presenta en el entorno social, vista por los que cotidianamente la viven y los depositarios de los órganos públicos. (54)

Lucas Verdú, 2a. edición, Madrid, Tecnos, Colección de Ciencias Sociales, 1982, pp. 421-422. En el mismo sentido lo señala Revidatti, Gustavo, *op. ult. cit.*, p. 852.

54) Adicionalmente, diremos que el veto popular y el plebiscito, se consideran también instituciones características del gobierno semidirecto. El primero es un mecanismo en virtud del cual el cuerpo electoral manifiesta su aceptación o rechazo respecto de una ley creada por el órgano legislativo o, en su caso, de un proyecto de reformas constitucionales elaborado por la asamblea constituyente, es decir, una vez que se crea una ley o un proyecto de reformas constitucionales, los ciudadanos pueden exigir que la misma sea sometida a la consideración del pueblo a fin de que éste determine su continuación o su no vigencia. Hamdan Amad, Fauzi, "Referéndum: institución genuinamente democrática que no debe circunscribirse su aplicación al Distrito Federal, sino hacerla extensiva al ámbito federal", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, año 4, número 4, 1980, p. 347, escribe: "Es la atribución que se concede a una fracción del cuerpo electoral... para exigir dentro de un plazo determinado que una ley ya aprobada y vigente, sea sometida a votación popular, haciendo depender del resultado de ésta, la continuación o no de la vigencia de la ley". Por su parte, Chanes Nieto, José, "Referéndum e iniciativa popular", *Revista de Teoría y Praxis Administrativa*, México, vol. I, número 3, julio-septiembre de 1987, p. 28, apunta: "El veto popular es en realidad el derecho de la ciudadanía para iniciar un *referendum* y no necesariamente, como su nombre parece indicarlo, el rechazo del pueblo a una ley aprobada por el Poder Legislativo. En efecto, durante un plazo determinado, un número definido de ciudadanos puede obligar a que la ley se someta a la consideración popular, pudiendo ser confirmada o rechazada". Respecto del "plebiscito", tiene su origen en la antigua Roma, en donde el *plebiscitum* era considerado como el conjunto de decisiones de la asamblea del pueblo que actuaba agrupado en tribus. Originalmente estas decisiones tenían fuerza de ley únicamente respecto de las tribus que las adoptaban, pero paulatinamente su fuerza se fue extendiendo a todo el pueblo romano. Esta primigenia concepción fue cambiando paulatinamente hasta llegar al lenguaje jurídico-político actual con que lo conocemos, y conforme al cual el plebiscito responde estrictamente a cuestiones de carácter político. Adolfo Posada, *cit.* por Osorio y Florit, Manuel, "Plebiscito", *Enciclopedia Jurídica Omeba*, T. XXII, p. 372. En el mismo sentido, Lions, Monique, "El *referendum*, la delegación del Poder Legislativo y la responsabilidad de los ministerios en América Latina", *Boletín Mexicano de Derecho*

Por otra parte, *los consejos económicos y sociales* cumplen con una función de salvaguarda de los derechos e intereses constitucionales de sus miembros frente a los poderes públicos. No obstante que tales consejos son de carácter estrictamente consultivo, sus opiniones y recomendaciones deben tomarse en cuenta -por los poderes públicos- antes que se tomen medidas que puedan afectarlos, como podría ser la expedición de disposiciones legislativas o de reformas constitucionales. (55)

En otro orden de ideas, la institucionalización jurídica de los partidos políticos se ha convertido en un instrumento de defensa constitucional. Primero, por su influencia decisiva en los sistemas de gobierno, convirtiéndose -a decir de Basave Fernández del Valle- en instrumentos esenciales para la estructuración y funcionamiento del Estado democrático, (56) y segundo, por la regulación jurídica que de este fenómeno social se ha venido realizando a través de disposiciones constitucionales.

Esta tendencia hacia la constitucionalización de los partidos políticos resulta particularmente importante en la defensa de las normas constitucionales, sobre todo si tomamos en cuenta que durante mucho tiempo los partidos

Comparado, México, nueva serie, año V, número 15, septiembre-diciembre de 1972, p. 465, expone: "...el plebiscito consiste para el cuerpo electoral en dar su confianza a un hombre y confirmar así la adhesión nacional a su política. Es, pues, una votación respecto de un hombre: no se trata de escoger entre varios candidatos sino de confirmar las orientaciones políticas de un gobernante".

55) *Cfr.* Fix-Zamudio, Héctor, "La Constitución y su defensa", *cit. supra*, nota 1, p. 33.

56) Basave Fernández del Valle, Agustín, "Partidos políticos y sistemas electorales", *Anuario Jurídico IX*, México, 1982, p. 30.

políticos no eran sujetos de regulación jurídica alguna, puesto que ninguna Constitución de los siglos XVIII y XIX se ocupó de éstos. Más aún, durante el siglo XIX, la prohibición y combate hacia los partidos políticos se convirtió en una característica común en los Estados. (57)

Esta tendencia al desconocimiento constitucional y legal de este fenómeno, se remonta a la Revolución francesa de 1789, y cuya *Ley Le Chapelier de 1791*, con una clara influencia del individualismo de Rousseau, proscribió la creación de partidos políticos. (58)

Al referirse a este desconocimiento constitucional, Herman Heller, expresó: "Así acontece que en la Democracia parlamentaria el partido es un fenómeno extraconstitucional... a pesar que la ordenación y los órganos de los partidos son algo imprescindible para la creación jurídica de aquella forma de Estado." (59)

57) Paradójicamente, en 1908, el presidente mexicano Porfirio Díaz, en la famosa entrevista Díaz-Creelman, manifestó su conformidad con la fundación de un partido opositor. Decía: "Si en la República llegase a surgir un partido de oposición lo miraría como una bendición y no como un mal; y si ese partido desarrollara poder, no para explotar, sino para dirigir, yo le acogería, le apoyaría, le aconsejaría y me consagraría a la inauguración feliz de un gobierno completamente democrático". Cfr. Horn, Hans-Rudolf, "Consenso real y partidos políticos", *Anuario Jurídico IX*, op. ult. cit., p. 122. El texto completo de la citada entrevista puede consultarse en Silva Herzog, Jesús, *Breve historia de la Revolución mexicana*, México-Buenos Aires, FCE, 1960, T. I, pp. 108-118.

58) Castro Borges, Arthur de y Jacques, Paulino, "Partidos políticos y sistemas electorales", *Anuario Jurídico IX*, op. ult. cit., p. 85.

59) *Teoría del Estado*, 2a. edición española, México, Fondo de Cultura Económica, 1947, p. 211. En las mismas palabras se expresa el constitucionalista Heinrich Triepel, cit. por Horn, Hans Rudolf, op. cit. supra, nota 57, pp. 121-122.

No es sino a principios de este siglo cuando el proceso de constitucionalización ⁽⁶⁰⁾ de los partidos políticos cobra vida, aun cuando no con el carácter de organizaciones políticas, sino más bien por su representación en el Parlamento. En este sentido, Pablo Lucas Verdú escribe: "La progresiva constitucionalización de los partidos políticos sugiere la idea de que la Constitución al asumirlos les domina, pero, en realidad, no parece ser esto cierto, sino lo contrario: la progresiva imposición de los partidos en el ordenamiento constitucional." ⁽⁶¹⁾

Esta tendencia a la constitucionalización de los partidos políticos -iniciada en la primera posguerra- ⁽⁶²⁾ respondió, entre otras razones, a la necesidad de "someter al derecho todo el conjunto de la vida colectiva", ⁽⁶³⁾ lo que en palabras de Mirkiné Guetzevitch sería la "racionalización del poder". El mismo Guetzevitch escribió:

60) Andrea Sánchez, Francisco J. de, "Régimen jurídico de los partidos políticos", *Memoria del III Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 1987, T. I, p. 15, considera que el proceso de constitucionalización de los partidos puede dividirse en dos subetapas. La primera, de constitucionalización indirecta, se dio cuando los partidos políticos se formaron al abrigo del derecho de asociación consagrado constitucionalmente, es decir, sin una mención expresa a los mismos. La segunda, constitucionalización directa, que va desde la simple mención en el texto constitucional hasta un tratamiento detallado de los partidos, esto es, cuando el término "partidos" se incorpora al texto constitucional; *id.*, "Los partidos políticos en la Constitución mexicana de 1917", *El Constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX. La Constitución Mexicana 70 años después*, México, UNAM, 1988, T. VI, pp. 375-376.

61) *Cit.* por Andrea Sánchez, Francisco J. de, "Régimen jurídico de los partidos políticos", *op. ult. cit.*, p. 14.

62) *Ibidem.* pp. 15-16.

63) Valencia Carmona, Salvador, "La reforma electoral mexicana", *Anuario Jurídico IX*, *cit. supra*, nota 56, p. 279.

Un partido político, como tal partido, quedaba hasta ahora fuera de la reglamentación jurídica. El proceso para la institución de los Parlamentos no incluía la totalidad de los fenómenos que lo constituyen, y aun cuando en los Parlamentos estuvieran representados los partidos políticos la ley no reconocía otra cosa que el elector y al diputado. La tendencia a introducir el partido en el Derecho Público es una de las líneas características del proceso de racionalización del poder y de la reglamentación máxima de hechos políticos por el derecho. (64)

En atención a lo expuesto, justo es señalar que el primer país en América Latina que hizo referencia en su Constitución a los partidos políticos y a la importancia de su participación en la vida del Estado, fue Uruguay en 1917. (65)

En este orden de ideas, conviene señalar que con el triunfo de la Revolución soviética, el partido comunista pasó de estar a espaldas de la ley al poder y a su reconocimiento en la Constitución de 1936, cuyo artículo 126, establecía:

Los ciudadanos más activos y más conscientes pertenecientes a la clase obrera, a los trabajadores campesinos y a los trabajadores intelectuales se unen libremente en el seno del partido comunista de la U.R.S.S., vanguardia de los trabajadores en su lucha por la construcción de la sociedad comunista y núcleo dirigente de todas las organizaciones de trabajadores, tanto de las organizaciones sociales como de las organizaciones estatales. (66)

64) *Cit. por Andrea Sánchez J. Francisco de, op. ult. cit., p. 16.*

65) "En lo que alcanza el conocimiento del autor, Uruguay fue la primera democracia constitucional que hizo el intento de integrar directamente a los partidos políticos en el proceso gubernamental. Esto ocurrió ya en la Constitución de Battle de 1917". Loewenstein, Karl, *op. cit. supra*, nota 33, p. 447.

66) *Cfr. Andrade Sánchez, Eduardo, Introducción a la ciencia política, México, Harla, Colección de Textos Jurídicos Universitarios, 1983, p. 99.*

Conviene precisar que el partido comunista en los países socialistas desempeñaba un importante papel en defensa de la normativa constitucional, (67) toda vez que no existían grupos políticos opositores y contradictorios al sistema, aunque desde un punto de vista teórico, algunas constituciones aceptaban la posibilidad de su formación. (68)

En síntesis, hasta antes de la Segunda Guerra Mundial, eran pocos los países en que se regulaba constitucionalmente a los partidos políticos; entre otros, figuran los siguientes: la Constitución alemana de 1919, artículos 124 y 130; la de Checoslovaquia, de 1920, artículo 19, reglamentada a su vez por la Ley de 20 de febrero de 1920, y la de Cuba, de 1940, artículo 102. (69)

Terminada la Segunda Guerra Mundial, varios textos constitucionales empezaron a contemplar disposiciones relativas a los partidos políticos. Entre

67) Sobre el papel del Partido Comunista de la Unión Soviética en el sistema político de la sociedad soviética. *Cfr.* Griogarián, L. Futafin, O. y Shevtsov, V., *Conocimientos básicos acerca de la Constitución soviética*, traducción de Esteban Sánchez y Angel Pozo, Editorial Progreso, 1980, pp. 34-39, y en términos generales todo el contenido de esta obra.

68) Fix-Zamudio Héctor, "La Constitución y su defensa", *cit. supra*, nota 1, p. 35, señala como ejemplos, la Constitución soviética de 1977, cuyo artículo 6º rezaba de la siguiente forma: "El Partido Comunista en la Unión Soviética es la fuerza que dirige y orienta a la sociedad soviética, el núcleo de su sistema político, y de las organizaciones estatales y sociales". Este artículo 6º fue modificado en los primeros meses de 1990, para suprimir el papel hegemónico del partido comunista soviético y dar paso a un posible pluralismo. También la Constitución de la República Popular de China, de 1978, en cuyo artículo 2º, afirma: "El Partido comunista de China es el núcleo dirigente de todo el pueblo chino. La clase obrera ejerce su dirección sobre el Estado a través de su destacamento de vanguardia, el Partido Comunista de China...".

69) Valencia Carmona, Salvador, *op. cit. supra*, nota 63, p. 279.

tales documentos figuran los siguientes : la Constitución de Italia de 1948, artículo 49; la de la República Federal de Alemania de 1947, artículo 21; la de Francia de 1958, artículo 6º, etcétera. (70)

Fix-Zamudio precisa el significado que representa el reconocimiento y regulación constitucional de los partidos políticos en relación con la defensa de las normas constitucionales.

...el bien por una parte los partidos son los instrumentos necesarios para la conducción de la vida política, al mismo tiempo pueden desvirtuar en la práctica los valores constitucionales, y por ello esta misma consagración plantea varios problemas de difícil solución... Así se produce la situación contradictoria de que si bien los partidos políticos pueden tutelar las disposiciones constitucionales, por otra parte es preciso proteger dichas normas contra la acción de los partidos, de manera que los preceptos fundamentales y las normas legislativas que los reglamentan han establecido principios concretos para el debido funcionamiento de los mismos dentro del cauce de los valores fundamentales de carácter constitucional... (71)

El mismo autor puntualiza cuáles son tales instrumentos cuando habla de la estructura y fines democráticos de los partidos, de su acceso a los medios de comunicación, y del financiamiento de sus actividades, a los cuales debe agregarse el conocimiento por parte de la opinión pública de su plataforma electoral, etcétera.

Precisamente, en atención a la notable influencia de los partidos políticos en este aspecto, se ha establecido, por ejemplo, en Alemania, una garantía para

70) Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *op. ult. cit.*, p. 35. También Andrade Sánchez, Eduardo, *op. ult. cit.*, pp. 100-101.

71) *Ibidem*, p. 36.

evitar las actividades nocivas de los partidos en relación con los valores insitos en la Constitución. Así, de conformidad con el artículo 21, párrafo segundo, en relación con los artículos 13, fracción 21, 43 a 47 de la ley reglamentaria, es el Tribunal Constitucional quien tiene la facultad de declarar la inconstitucionalidad de los mismos cuando "...por sus fines o por la actitud de sus seguidores tiendan a desvirtuar o derrocar el régimen fundamental de libertad y democracia, o poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania..." (72)

Finalmente, en el marco de la protección constitucional se encuentran dos instrumentos que no obstante pertenecer al campo de la técnica normativa, ejercen notable influencia en la protección de las normas fundamentales. Dichos instrumentos son la supremacía de la Constitución y el procedimiento dificultado de reforma, cuya consagración en la mayoría de las constituciones contemporáneas ha sido expresa. (73) Veamos brevemente en qué consisten estos principios.

Una de las características distintivas de la Constitución consiste en que es considerada como norma fundamental, como ley suprema. De ahí que la

72) Dos casos han sido resueltos por el Tribunal Constitucional al respecto. El primero relativo al Partido Socialista del Reich (S.R.P.) de corte neonazi, y el segundo concerniente al Partido Comunista Alemán (K.P.D), cuya inconstitucionalidad fue planteada por el gobierno federal en noviembre de 1951. En ambos casos, el Tribunal Constitucional declaró su inconstitucionalidad y, por tanto, su disolución. Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *op. ult. cit.*, pp. 37-38. No obstante lo anterior, en la actualidad participan en las elecciones diversas agrupaciones comunistas. Ver Horn, Hans Rudolf, "República Federal de Alemania: justicia y defensa de la Constitución", *La Constitución y su defensa, cit. supra*, nota 1, p. 573.

73) Fix-Zamudio, Héctor, "La Constitución y su defensa (ponencia general)" *cit. supra*, nota 1, p. 38.

jurisprudencia dogmática constitucional (74) derive la tesis de su supremacía. En efecto, la supremacía constitucional significa que en la cúspide del ordenamiento jurídico se encuentra la Constitución, establecida por decisión del poder constituyente y sólo modificable por éste.

Principio éste, que es básico de nuestro sistema jurídico (75) y de cualquier otro, tal y como lo ha demostrado el ilustre maestro Hans Kelsen. (76)

74) Iniciada en la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica con la concepción de la *supremacy constitution* en relación con las leyes ordinarias.

75) El artículo 133 constitucional que consagra el principio de supremacía, fue presentado al Congreso Constituyente 1916-1917, en la 54 sesión ordinaria celebrada el 21 de enero de 1917. Este principio no encuentra antecedente alguno en el proyecto de Constitución de Venustiano Carranza, pero sí en el artículo 128 de la Constitución de 1857, a su vez inspirado en el artículo VI, inciso 2, de la Constitución norteamericana. El citado artículo 133 dispone: "Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los Jueces de cada Estado, se arreglarán a dicha Constitución, Leyes y Tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que puedan haber en las Constituciones o Leyes de los Estados." Este principio reconocido en nuestra Constitución, implica que debe perdurar y ser respetada en todo tiempo y bajo cualquier circunstancia estando, por tanto, todos obligados a respetarla. Así, el artículo 128 constitucional prescribe la obligación de todo funcionario, antes de tomar posesión de su cargo, protestar su debido cumplimiento. También implica que ningún acto o ley podrán ser contrarios a la Constitución.

Para el estudio de los pormenores de este precepto constitucional consultar, entre otros, los siguientes trabajos: Cueva, Mario de la, *Teoría de la Constitución*, México, Porrúa, 1982, pp. 104-112; Carpizo, Jorge, *Estudios constitucionales*, cit. supra, nota 7, pp. 13-41; id., "La interpretación del artículo 133 constitucional", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año II, número 4, enero-abril de 1969, pp. 3-33; Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, "Artículo 133", en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1985, pp. 332-334 y Schmill Ordóñez, Ulises, *El sistema de la Constitución mexicana*, México, Editorial Manuel Porrúa, 1971, pp. 514-525.

76) Vid supra, nota 15.

Como ha quedado expuesto en párrafos precedentes, el origen de este principio se remonta a las antiguas organizaciones griegas, (77) pero es a partir del siglo XVII, cuando cobra fuerza en las decisiones judiciales. En efecto, en el año 1606, Sir Edward Cook, al resolver el caso *Bonham*, señaló que las reglas del *common law* debían prevalecer sobre las leyes dictadas por el Parlamento que le fueran contrarias. En este sentido, consideró que el *common law* implica el derecho natural elaborado por la razón de los jueces. Cook en dicho caso señaló expresamente:

Resulta de nuestras reglas que en muchos casos el *common law* limitaría las leyes del Parlamento, y algunas veces impondría su invalidez total; cuando una ley del Parlamento es contraria al derecho común y a la razón, o repugnante o imposible de ser aplicada, el *common law* la limita e impone su invalidez. (78)

Este criterio de interpretación fue ratificado en el caso *Day versus Savage* del año de 1616. (79)

De lo expuesto, se aprecia que ambas sentencias se refieren a la defensa de una Constitución no escrita y no rígida, no respecto de una Constitución escrita y rígida. Esto último nos lleva a plantear el criterio sustentado por Georges Burdeau, quien señala que la supremacía de la Constitución debe analizarse tanto para las no escritas y flexibles como para las escritas y

77) *Vid supra*, pp. 3-4.

78) *Cit. Cueva, Mario de la, Teoría de la Constitución, cit. supra*, nota 75, p. 98.

79) *Idem*.

rígidas. Por ello señala una doble especie de este principio: material o substancial y formal. (80)

La supremacía material deriva de la naturaleza intrínseca de las normas, toda vez que la legitimidad de todas las formas de actividad política derivan de ella. En otras palabras, sobre la Constitución descansa todo el orden jurídico restante al organizar los poderes y determinar competencias y, en consecuencia, es superior a las autoridades investidas por ella de atribuciones, lo cual significa que ninguna autoridad puede delegar la competencia que le fue asignada. Refiriéndose a esto último, el tratadista mexicano Rolando Tamayo escribió:

De esta manera, por el solo hecho de que la Constitución es entendida como manifestación del poder constituyente, la dogmática constitucional sostiene que los órganos constituidos (legisladores, gobernantes y jueces) no tienen, por sí mismos, derecho al ejercicio de sus funciones sino que su competencia deriva de la expresión de la soberanía popular. (81)

En el mismo sentido, De la Cueva señala: "... de la supremacía constitucional material puede decirse que es la consecuencia obligada del hecho de que la Constitución es la expresión originaria de la soberanía del pueblo, por lo que ninguna autoridad puede colocarse por encima de ella". (82)

80) Burdeau, Georges, *Traité de science politique*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1969, T. IV, pp. 192-194.

81) Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución*, cit. supra, nota 3, p. 252.

82) Cueva, Mario, de la, *op. ult. cit.*, p. 94.

La supremacía formal, por otra parte, es el reforzamiento de la supremacía material, pues es consecuencia del matiz de escrita y rigidez constitucional.

Esta segunda modalidad del principio que analizamos, surge también de las decisiones judiciales, concretamente a partir de la famosa sentencia del Juez Marshall, en el caso *Marbury versus Madison* en 1803, (83) la cual comentaremos más adelante al hablar del sistema americano de la *judicial review*, en la que aparece delineado el control de constitucionalidad de las leyes, el cual, por otra parte, se consolida con la enmienda XIV de la Constitución norteamericana (1868) y con la aplicación, en 1890, de la *rule of reasonableness*.

El notable constitucionalista argentino Germán Bidart Campos (84) destaca estos dos aspectos de la supremacía constitucional al señalar que en un primer sentido, propio de la Constitución material, la misma es el fundamento y la base de todo el orden jurídico-político de un Estado. En el otro sentido, propio de la Constitución formal, las normas y actos estatales y privados deben ajustarse a la Constitución, es decir, todo el orden jurídico-político de un Estado debe estar acorde con la Constitución.

En síntesis, la supremacía constitucional significa la relación de *supra* y subordinación en que se encuentra la Constitución en relación con las demás normas del ordenamiento jurídico, ya sea que se trate de sistemas de

83) *Vid supra*, nota 23.

84) *Manual de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Editorial Comercial, Industrial y Financiera (EDIAR), 1972, p. 55, capítulo IV, "De la supremacía de la Constitución".

Constitución escrita o de constituciones predominantemente consuetudinarias, ⁽⁸⁵⁾ y cuya importancia radica en el hecho de la influencia decisiva que tuvo en el establecimiento de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes en la mayoría de las constituciones latinoamericanas, y en Europa a partir de la Constitución austriaca de 1920, excepción hecha de la Constitución suiza de 29 de mayo de 1874, que la establecía aunque en forma limitada.

Por cuanto al procedimiento dificultado y riguroso de reforma de las disposiciones constitucionales, es consecuencia del principio de supremacía constitucional, toda vez que si las normas constitucionales se modifican a través de un procedimiento ordinario, se anula el principio de supremacía.

Este principio ha dado lugar a la clásica teoría del jurista inglés James Bryce, quien señala que las constituciones escritas -la mayoría de los documentos

85) Las consecuencias de este principio son, a decir del tratadista argentino Humberto Quiroga Lavié, *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Depalma, reimpresión 1984, pp. 431-432, las siguientes: 1) surge el principio de unidad que implica la compatibilidad vertical y horizontal de las normas, es decir, las normas inferiores deben adecuarse a las normas superiores, y las normas de igual jerarquía no pueden contradecirse, pues la norma superior decide el conflicto; 2) surge el principio de control que debe hacerse efectivo, pues en caso contrario, la relación de *supra* y subordinación normativa no existiría; 3) surge el subprincipio de razonabilidad, que significa que las leyes deben ser medios adecuados a los fines establecidos por la Constitución; 4) necesidad de la rigidez de la reforma constitucional, es decir, la Constitución no puede ser reformada por procedimientos legislativos ordinarios, pues, en caso contrario, se convertiría en flexible; 5) distinción entre poder constituyente y poderes constituidos estableciendo, así, una distribución funcional de competencias dirigida a determinar quiénes crean los distintos niveles jurídicos, esto es, los poderes constituidos no pueden sublevarse contra la Constitución que deriva de un poder constituyente; 6) surge el ordenamiento jurídico como una gradación que va desde la Constitución hasta el acto de ejecución por parte del órgano público, y 7) asegura el Estado de derecho, al estar limitados los poderes constituidos por las determinaciones del poder constituyente.

constitucionales actuales- no pueden reformarse sino mediante un procedimiento dificultado y riguroso que difiere del que se sigue para reformar las disposiciones ordinarias; en tanto que las constituciones flexibles -dice el autor citado-, cuyo ejemplo más significativo lo constituye el ordenamiento británico, pueden reformarse mediante un procedimiento ordinario, es decir, a través del mismo procedimiento de expedición de las disposiciones ordinarias. (86)

Pero si esta es la teoría, la práctica política demuestra lo contrario. En efecto, como lo destaca el jurista mexicano Fix-Zamudio, en tanto que las instituciones políticas inglesas cambian muy lentamente, además de que con la creación de la Comunidad Británica mediante el *Estatuto de Westminster* expedido en el año de 1931, según el cual un sector importante de disposiciones constitucionales o consuetudinarias no pueden reformarse a través de un procedimiento legislativo ordinario, las constituciones escritas y rígidas se modifican con una gran facilidad y frecuencia. Ejemplo de esto último es la Constitución mexicana de 1917, que ha sido reformada en más de trescientas ocasiones, (87) aun cuando no en todas las constituciones de otros países ha sucedido lo mismo. Así, por ejemplo, en Norteamérica la rigidez en el procedimiento de reforma ha funcionado adecuadamente, ya que

86) Cfr. Bryce, James, *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, Madrid, 1952, pp. 17-22.

87) Sobre la problemática que presenta la reforma constitucional en el ordenamiento mexicano, cfr. Valadés, Diego, "Problemas de la reforma constitucional en México", en la obra *Los cambios constitucionales*, México, UNAM, 1977, pp. 191-208; *id.*, "La Constitución reformada", *Los derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, 2a. edición, México, 1979, T. XII. pp. 9-91. Existe una obra más reciente de Diego Valadés sobre *La Constitución reformada*, publicada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas, en 1989.

en sus casi 200 años de vigencia, sólo se han aprobado 26 enmiendas formales.

Mas aún, señala Fix-Zamudio -citando a Mauro Cappelletti-, la ley comunitaria de 1972 que regula el ingreso de la Gran Bretaña a las comunidades europeas y convenios sobre Derechos Humanos, implica la aceptación de dicho país de las leyes o principios comunitarios y jurisprudencia de la Corte Europea, entre los que figura el relativo a la supremacía jurídica comunitaria. (88)

Este segundo principio fue consagrado por vez primera en el siglo XVIII, en la Constitución norteamericana de 1787 (artículo VI), y sirvió de modelo para los sucesivos constituyentes de Hispanoamérica.

A este sistema se sumaría el modelo francés imperante en las constituciones de 1791, 1793 y de 1795, las cuales difundieron el atributo de rigidez de los documentos constitucionales en toda Europa. (89)

88) Fix-Zamudio, Héctor, "La Constitución y su defensa", *cit. supra* nota 1, p. 40. El destacado procesalista señala que también debe considerarse que en ordenamientos flexibles como los de Nueva Zelanda e Israel, se advierte una clara y manifiesta orientación hacia la consagración de sus normas constitucionales en documentos escritos y rígidos. Por otra parte, la rigidez parcial de las normas constitucionales británicas se ha acentuado con el ingreso de la Gran Bretaña al Mercado Común Europeo en 1982, ya que las normas comunitarias predominan sobre las internas.

89) Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Derecho constitucional, cit., supra* nota 53, p. 272. Un análisis concreto y preciso de las características que presentan los sistemas norteamericano y francés de reforma constitucional es el que ofrece Cueva, Mario, de la, *Teoría de la Constitución, cit.*, nota 75, pp. 129-134.

Ahora bien, tal ha sido la importancia que se le ha dado a este procedimiento dificultado y riguroso de reforma que algunos autores, entre ellos el tratadista español Pedro de Vega, lo consideran como la institución básica de garantía constitucional. (90) Inclusive, la Constitución italiana de 1948 que regula este procedimiento en su artículo 138, lo considera como una garantía constitucional puesto que se le sitúa en el título VI, relativo a las garantías constitucionales.

Independientemente de la conformidad o no con esta tesis, criticable en la actualidad, resulta importante tan solo para destacar que los aforismos "ley posterior deroga a la anterior" y "ley especial deroga a la general", son sustituidos por otra la "ley superior deroga a la inferior". Con esto último pretendemos significar que las únicas normas válidas contrarias al texto constitucional y posteriores a él, son aquellas que al tenor del procedimiento dificultado y riguroso de reforma de la Constitución, se presentan precisamente como reformas o revisiones constitucionales, lo cual significa a su vez, que la gran garantía de la Constitución, es decir, el Tribunal Constitucional, sólo tiene razón de existir en tanto se trate de una Constitución escrita y rígida, o dicho en otras palabras, en un sistema de Constitución flexible, el Tribunal Constitucional vendría a ser un irreal instrumento de defensa de la Constitución.

B) Las garantías constitucionales

Dentro de nuestro esquema de trabajo, el segundo sector de defensa de la Constitución lo integran las llamadas "garantías constitucionales", expresión que ha motivado confusión entre los estudiosos del derecho constitucional en aras de esbozar un concepto general de esta institución.

90) Vega, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1985, pp. 69-70.

La expresión "garantías constitucionales" conlleva al análisis de múltiples aspectos que integran su contenido, razón por la cual conviene precisar, desde este momento, que si bien es cierto que el contenido de este sector constituye la base sobre la cual descansa el desarrollo de esta investigación, también lo es que no abordaremos la totalidad de sus manifestaciones, sino solamente algunas de ellas, precisamente las que consideramos más importantes, es decir, los instrumentos jurídicos y procesales de protección de los Derechos Humanos consagrados constitucionalmente y el tema del control de constitucionalidad de las leyes.

Dicho lo anterior, pasemos a explicar brevemente la evolución que ha tenido, desde las declaraciones francesas de derechos hasta nuestros días, la expresión "garantías constitucionales".

La idea tradicional de garantías constitucionales se equiparó con la de los derechos de la persona humana consagrados constitucionalmente. Así, tenemos que la *Declaración Francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789*, en su artículo 12, dispuso: "La Garantía de los Derechos del Hombre y del Ciudadano necesita una fuerza pública; esta fuerza, pues, se halla instituida en beneficio de todos, y no para la particular utilidad de aquellos a quienes es confiada...". En este sentido, el artículo 16 de la citada Declaración señala: "Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución".

Según se desprende de la lectura de los artículos transcritos, la expresión "garantías" fue entendida en el sentido de asegurar, consagrar o salvaguardar

los derechos de la persona humana, amén de que la citada Declaración es el primer dato histórico en donde se aplicó dicho término al derecho público en los textos constitucionales". (91)

En el mismo sentido es empleado dicho término por la Constitución francesa de 1791, cuyo título segundo aparece con el rubro: "*Disposiciones fundamentales garantizadas por la Constitución*".

La Declaración Francesa de Derechos del Hombre, sancionada por la Convención Nacional el 29 de mayo de 1793, contempla una novedad en relación con la anterior, pues su artículo primero nos habla de una garantía social. Dice textualmente: "Los derechos del hombre en sociedad son: la igualdad, la libertad, la propiedad, la garantía social y la resistencia a la opresión". Pero, ¿qué entendía tal Declaración por garantía social? La explicación aparece en los artículos 24 y 25, que a la letra dicen: artículo 24: "La garantía social de los derechos del hombre consiste en la acción de todos para asegurar a cada uno el goce y la conservación de sus derechos. Esta garantía reposa sobre la soberanía popular". En tanto que el artículo 25 dispuso: "La garantía social no puede existir si los límites de las funciones públicas no están claramente determinados por la ley y si la responsabilidad de todos los funcionarios públicos no está asegurada".

91) Sánchez Viamonte, Carlos, *Los derechos del hombre en la Revolución francesa*, prólogo de Mario de la Cueva, México, UNAM, Ediciones de la Facultad de Derecho, 1956, pp. 67-68; *id.*, "Las garantías constitucionales", *Enciclopedia Jurídica Omeba*, *cit.*, T. XIII, p. 23; *id.*, *El constitucionalismo. Sus problemas*, Buenos Aires, 1957, pp. 109-110.

Esta innovación de la garantía social en los términos descritos, fue trasplantada a la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, votada por la Convención Francesa el 23 de junio de 1793, en sus artículos 23 y 24. Esta Declaración, en su artículo 1º, confirma la idea de garantía con la de los derechos de la persona humana, al disponer: "El gobierno es instituido para garantizar al hombre el goce de sus derechos naturales e imprescriptibles."

Por su parte, la Declaración de los Derechos y de los Deberes del Ciudadano que encabeza la Constitución del 5º fructidor, año III, reproduce el contenido de las anteriores en su artículo 22.

En la Declaración Francesa de Derechos, votada por la Cámara de Representantes el 15 de julio de 1815, encontramos una nueva aplicación del término "garantía". Dice su artículo 10: "La independencia de los tribunales está garantizada. Los jueces de las cortes de justicia y de los tribunales civiles son inamovibles y vitalicios..."

Finalmente, en este breve recorrido por los principales documentos franceses, la Constitución de 1852, en su artículo 11, reconoce, confirma y garantiza los principios proclamados por la de 1789.

A lo anterior habría que agregar los diversos puntos de vista que se produjeron en el campo doctrinal ⁽⁹²⁾ motivados por la idea tradicional de

92) Destacan los de Constant, Benjamín, en su obra *Reflexions sur les Constitutions et les garanties. Avec un esquisse de Constitution*, París, 1814; Daunou, P.C.F., *Ensayo sobre las garantías constitucionales*, traducción de Dean Gregorio Funes, Universidad de Córdoba, y Cherbuliez, A., *Theorie des garanties constitutionnelles*, París, editorial Cherbuliez, 1938, T. I.

garantía que se equiparó con la de los derechos de la persona humana, idea que fue transplantada a América Latina, en donde algunas constituciones la contemplaron expresamente. (93) Por su importancia destacan las opiniones de dos autores. El primero, el tratadista alemán Jorge Jellinek, quien en un intento por superar la concepción tradicional de garantías constitucionales realizó, en las postrimerías del siglo pasado y principios del actual, en su clásica obra sobre *Teoría del Estado*, un estudio interesante sobre los instrumentos de defensa de las normas constitucionales, a los que calificó como "garantías de derecho público". En su estudio, Jellinek clasifica tales instrumentos en sociales, políticos y jurídicos, abarcando con ellos los instrumentos que integran lo que el jurista Fix-Zamudio denomina *protección constitucional y garantías constitucionales* en sentido estricto.

Refiriéndose al análisis que realiza Jellinek en relación con los instrumentos jurídicos, Fix-Zamudio expresa:

...pero al analizar las garantías de carácter jurídico vislumbra ya la superación de la idea tradicional, en cuanto expresó que la extensión de la jurisdicción al campo del derecho público, se debía considerar como uno de los progresos más importantes de la Constitución del Estado en el curso del siglo XIX, en virtud de que, si bien en su época la propia jurisdicción se utilizaba para la protección del derecho objetivo, era eficaz en particular como garantía de los derechos públicos subjetivos de los individuos y de las asociaciones. (94)

93) Podemos mencionar, entre otras, la Constitución vigente de Argentina cuyo texto original data de 1853, y que utiliza como rubro de su primera parte las expresiones: "Declaraciones, derechos y garantías" (artículos 1 a 35), terminología que se introdujo en la Constitución de Uruguay de 1918 y que se mantiene en la vigente de 1966, con la única diferencia que la expresión derechos es sustituida por la de deberes (sección II, capítulo I, arts. 7 a 49). En el mismo sentido la Constitución chilena de 1925, si bien la actual de 1980 utiliza una terminología más correcta: "Derechos y deberes constitucionales" (capítulo III, arts. 19 a 23). Por su parte, la Constitución de Brasil de 1967, reformada en 1969, utiliza la desafortunada expresión de "Derechos y garantías individuales", y la Constitución mexicana de 1917, que en sus primeros 28 artículos consagra las llamadas "garantías individuales".

94) Fix-Zamudio, Héctor, "La Constitución y su defensa" *cit. supra* nota 1, pp. 43-44.

Dentro de esta tendencia, León Duguit da el concepto técnico de esta institución al dividirlas en "preventivas" y "represivas". Las primeras buscan evitar las violaciones de las disposiciones fundamentales, pero si a pesar de éstas se violentara el ordenamiento constitucional, entonces serían las segundas las que, en determinados supuestos, frenarían la arbitrariedad del Estado, y cuyo conocimiento debe encomendarse a una alta jurisdicción de reconocida competencia. (95)

Estas críticas vertidas al concepto tradicional de "garantías constitucionales", procuraron el ambiente jurídico propicio para que Hans Kelsen, en su clásica obra *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, publicada en 1928, sistematizara las ideas que encarna tal expresión, ideas que lo llevaron a proponer la creación de la Corte Constitucional austriaca.

De la lectura de la obra citada, se aprecia la preocupación de Kelsen por asegurar la regularidad de las funciones estatales, mismas que implican actos de creación y aplicación de Derecho. Por ello, señala que las funciones estatales que tradicionalmente se distinguen, esto es, legislación y ejecución, no constituyen funciones coordinadas, sino que se presentan a la vez como actos jerarquizados de creación y aplicación de derecho. Dice Kelsen textualmente:

Si la Constitución regula en lo esencial la confección de las leyes, entonces la legislación es, frente a la Constitución, aplicación del derecho. Por el contrario, frente al reglamento y frente a otros actos subordinados a la ley, la legislación es creación del

95) *Idem.*

derecho. Asimismo, el reglamento es aplicación del derecho frente a la ley, y creación del derecho frente a la sentencia y frente al acto administrativo que lo aplican. Éstos, a su vez, son aplicación del derecho, si se mira hacia abajo, esto es, hacia actos a través de los cuales la sentencia y el acto administrativo son ejecutados... (96)

Dicho en otras palabras: "Cada grado del orden jurídico constituye a la vez una producción del derecho, frente al grado inferior, y una reproducción del derecho, ante el grado superior... La regularidad no es, entonces, sino la relación de correspondencia entre un grado inferior y un grado superior del orden jurídico". (97)

Ahora bien, si entendemos así el problema de la regularidad de las funciones estatales, entonces estaremos de acuerdo con Kelsen en que tan concebibles son las garantías de legalidad de los reglamentos y las de constitucionalidad de leyes, como lo son las garantías de regularidad de los actos individuales. (98)

Refiriéndose a las de constitucionalidad de las leyes, Kelsen afirma: "Garantías de la Constitución significa... garantías de regularidad de las normas

96) Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM. También en un sobretiro del *Anuario Jurídico* 1-1974, p. 473. El título original en francés es: "La garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle)", aparecida en la obra *Annuaire de l'Institut de Droit Public, Paris, Presses Universitaires de France*, 1929.

97) *Ibidem*, pp. 477-478.

98) *Ibidem*, p. 474.

inmediatamente subordinadas a la Constitución, es decir esencialmente garantías de la constitucionalidad de las leyes". (99)

El mismo Kelsen considera que la mejor garantía, la principal y eficaz, es aquella que teniendo por objeto garantizar la regularidad de las funciones estatales, procura la anulación del acto inconstitucional, y cuyo conocimiento debe encargarse a un órgano distinto del Legislativo como creador del derecho en sentido tradicional, independiente de él. Ese órgano es la jurisdicción o tribunal constitucional. (100)

Coincidimos con Kelsen en el sentido de que el control de constitucionalidad de las leyes es una garantía de la Constitución, pero no participamos de que sea la mejor ni la principal. Por el contrario, existen otras de igual importancia, tales como el hábeas corpus, el juicio de amparo, etcétera. Y desde ahora señalamos que las garantías constitucionales las entendemos en un doble sentido. El primero, relativo a la protección de los Derechos Humanos consagrados constitucionalmente y, el segundo, relativo al control de constitucionalidad de leyes, de lo cual nos ocuparemos más adelante. Por ahora, nos interesa resaltar que el pensamiento kelseniano influyó de manera decisiva tanto en la doctrina como en el derecho positivo vigente, en la elaboración del concepto estricto de garantías constitucionales, puesto que a partir de sus ideas, los estudiosos del derecho constitucional y del derecho procesal han procurado esbozar y, en su caso, incorporar a los textos constitucionales el concepto estricto de dicha expresión; en la materia figuran

99) *Idem*.

100) *Ibidem*, pp. 489-490.

los estudios realizados por autores argentinos. Así, por ejemplo, el tratadista Juan Carlos Rébora señala:

Así, pues, las garantías cuya doctrina exponemos no son otra cosa que los diversos medios de defensa, de protección o de reintegración de los derechos, de las libertades o de las condiciones de existencia que constituyen el reducto individual. Son, en cierto modo, respecto de esos derechos, libertades o condiciones, como la gestión que el titular de una relación jurídica puede emprender para efectividad del objeto contenido de ésta o como la acción que, en caso de desconocimiento, de agravio o de retardo, puede interponerse (101)

En el mismo sentido, Juan Francisco Linares expone:

Garantías constitucionales son, así, todas las estructuras constitucionales que ponen un límite jurídico a la actividad del Estado, en protección de cierto grado de libertad jurídica, considerando como justo o solidario... según la cosmovisión que profese la colectividad nacional. De este modo, es garantía constitucional tanto la Constitución escrita, rígida como el *habeas corpus*... (102)

Se apreciará del concepto anterior, que Linares pareciera considerar al procedimiento dificultado y riguroso de reforma de la Carta Fundamental como una garantía constitucional, ya que como lo hemos indicado, una Constitución escrita y rígida necesariamente implica un procedimiento dificultado y riguroso de reforma, lo cual, por otra parte, sería incorrecto considerarlo como una garantía constitucional, como lo hemos indicado en párrafos anteriores.

101) Rébora, Juan Carlos, *El estado de sitio y la ley histórica del desborde institucional*, Ed. Universidad de la Plata, 1935, p. 99.

102) Linares, Juan Francisco, *El debido proceso como garantía innominada en la Constitución argentina*, Buenos Aires, Depalma, 1944, p. 144.

Por su parte, Sánchez Viamonte escribió: "Garantía es la institución creada en favor del individuo, para que, armado con ella, pueda tener a su alcance inmediato el medio de hacer efectivo cualquiera de los derechos individuales que constituyen en conjunto la libertad civil y política." Ejemplificando lo anterior, dice el autor citado, si la libertad personal es el derecho declarado, entonces el hábeas corpus es la garantía que asegura su efectividad. (103)

De lo expuesto por los autores precedentemente señalados, se deduce que entienden a las garantías constitucionales como un mecanismo protector - instrumentos procesales- de los Derechos Humanos, si bien éstos se encuentran consagrados en la Constitución. Pero en sus definiciones no hacen alusión a las restantes garantías de la Constitución, entre ellas el control de constitucionalidad de las leyes, (104) razón por la cual consideramos que conciben a la institución en estudio al tenor de una visión parcial.

Más profundo resulta el concepto vertido con posterioridad por Sánchez Viamonte, en otra de sus obras.

103) Sánchez Viamonte, Carlos, "Las garantías constitucionales", *Enciclopedia Jurídica Omeba, op. cit.*, T. XII, pp. 35-36.

104) Siguen la misma línea de pensamiento los autores siguientes: Rouzaut, Adolfo R., *Las garantías constitucionales de la libertad civil*, Rosario, Argentina, Ed. Ciencia, 1941, p. 42, quien señala: "Garantía es la protección de esa libertad humana a que me he venido refiriendo. La libertad es del individuo, y a él le pertenece. La garantía es la protección que viene de los poderes públicos hacia el individuo, para que esa libertad humana sea siempre efectiva". También Bielsa, Rafael, *La protección constitucional y el recurso extraordinario*, 2a. edición, Buenos Aires, 1964, p. 325, señala: "Diferénciase el derecho de la garantía en que ésta sólo es medio genérico protector, en sentido lato, pero no siempre jurisdiccional, sino a veces solamente político. La lesión del derecho genera o funda el recurso contencioso, que es el medio de exigir algo de acuerdo con la regla del derecho; el recurso es corolario lógico de la garantía de protección jurisdiccional."

...garantía no es protección teórica o abstracta, sino protección práctica o concreta, y además amparo efectivo; no es el régimen institucional en su conjunto, en su condición de ordenamiento jurídico, sino una institución particular, determinada, creada para el amparo o protección de los derechos constitucionales afectados por ley o norma de carácter legal (reglamento, ordenanza, edicto, etc.), o por actos ejecutivos. Ese amparo o protección merece el nombre de garantía cuando logra el máximo de su eficacia práctica; consiste siempre, en una acción judicial. De esa suerte, garantía es una institución creada para la defensa concreta y práctica de la Constitución, en los casos particulares en que resulte afectada la vigencia y, también, la supremacía constitucional. (105)

El concepto anterior, sin duda alguna, resulta más amplio toda vez que hace referencia a todos los instrumentos que integran las garantías constitucionales, una visión diríamos, integral.

Más sintético y claro es el concepto del jurista mexicano Fix-Zamudio, quien después de hacer un breve pero agudo análisis de la evolución de la expresión que venimos estudiando, llega a la conclusión siguiente:

Entendemos, por tanto, que en virtud de la evolución tanto doctrinal como institucional de las garantías constitucionales en sentido estricto, éstas pueden describirse como los instrumentos jurídicos, predominantemente de carácter procesal, que tienen por objeto lograr la efectividad de las normas fundamentales cuando existe incertidumbre, conflicto o violación de las referidas normas. (106)

De esta forma, las garantías constitucionales en sentido estricto, se integran por los instrumentos adjetivos y no de carácter sustantivo, que procuran poner límite a los órganos del Estado, estableciendo para ello los procedimientos que el órgano de control constitucional debe observar para

105) Sánchez Viamonte, Carlos, "El constitucionalismo...", *cit.*, pp. 155-156. También puede consultarse en "Las garantías constitucionales", *op. ult. cit.* p. 43.

106) Fix-Zamudio, Héctor, "La Constitución y su defensa", *cit. supra* nota 1, p. 47.

reprimir las violaciones a las disposiciones fundamentales y, en su caso, reintegrar el orden fundamental infringido. (107)

Resumiendo lo dicho hasta este momento, la significación de la expresión *garantías constitucionales* -siguiendo al multicitado jurista Fix-Zamudio-, atravesó por cuatro etapas fundamentales:

La primera, en la cual se le consideró como sinónimo de los derechos de la persona humana consagrados constitucionalmente. A esta etapa pertenecen las declaraciones francesas.

En una segunda etapa, se consideró que las garantías constitucionales eran aquellas instituciones que por su importancia política y social, pero que sin tener vinculación con los derechos de la persona humana ni con la organización de los poderes públicos, se consagraron constitucionalmente. Son ejemplos, en el caso mexicano, la reforma agraria, la legislación laboral, etcétera.

En la tercera etapa, se les equiparó con el concepto general de la defensa de la Constitución, abarcando con ello los dos sectores de que hemos venido hablando, esto es, la protección constitucional y las garantías constitucionales en sentido estricto. A esta etapa pertenecen las críticas de Jorge Jellinek y León Duguit.

107) Adicionalmente, Fix-Zamudio, Hector, "La Constitución y su defensa", *cit. supra* nota 1, p. 18, considera que las garantías constitucionales cumplen con una actividad evolutiva en cuanto a la aplicación de las disposiciones fundamentales en un doble sentido. Primero, procuran la adaptación de los preceptos constitucionales a la realidad político-social y, segundo, proveen la modificación de la realidad en el sentido señalado por las normas programáticas consagradas en los textos constitucionales.

Finalmente, la cuarta etapa se caracteriza por la tendencia generalizada a desarrollar el concepto preciso y técnico de la institución en estudio, la cual se inicia con las ideas de Kelsen, ⁽¹⁰⁸⁾ y continuada por los estudios de diversos autores.

En este contexto, diversas constituciones, fundamentalmente las expedidas con posterioridad a la segunda posguerra, han consagrado el concepto estricto de *garantías constitucionales*. Entre otras, la Constitución de Panamá de 1941, que consagró, aun cuando con una visión parcial y con una clara influencia del profesor Moscote, en su título decimoquinto, las instituciones de garantía, ⁽¹⁰⁹⁾ esto es, los instrumentos procesales de protección de los Derechos Humanos. Ideas que no trascendieron en las constituciones subsecuentes, aunque sí los mecanismos de control. También en la misma

108) Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Introducción al estudio de la defensa de la Constitución", en *op. cit. supra*, nota 2, pp. 104-118.

109) Así, el texto constitucional panameño de 1941 dispuso: en su artículo 188. "A la Corte Suprema se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, le corresponde decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos, ordenanzas y resoluciones denunciados ante ella como inconstitucionales por cualquier ciudadano, con audiencia del Procurador General de la Nación.

Todo funcionario encargado de impartir justicia, que al ir a decidir una causa cualquiera considere que la disposición legal o reglamentaria aplicable es inconstitucional, consultará, antes de decidir, a la Corte Suprema de Justicia para que ésta resuelva si la disposición es constitucional o no...".

El artículo 189 regula la procedencia del procedimiento de amparo como instrumento procesal de protección de los Derechos Humanos. Dice textualmente: "Toda persona contra la cual se expida o se ejecute por cualquier funcionario público, una orden de hacer o de no hacer, que viole los derechos y garantías que esta Constitución consagra, tendrá derecho a que la orden sea revocada a petición suya o de cualquier persona. La Ley determinará la forma de este procedimiento sumario de Amparo de las Garantías Constitucionales.

El recurso a que este artículo se refiere será siempre de competencia del Poder Judicial".

También consagró la jurisdicción administrativa, al disponer en su artículo 190, lo siguiente: "Establécese la jurisdicción contencioso-administrativa para decidir sobre la legalidad o ilegalidad de los actos, resoluciones, órdenes o disposiciones de todas las autoridades administrativas, entidades públicas descentralizadas o autónomas y autoridades provinciales o municipales...".

línea de pensamiento, las Constituciones italiana de 1948, ⁽¹¹⁰⁾ la portuguesa de 1976, ⁽¹¹¹⁾ la española de 1978, ⁽¹¹²⁾ la peruana de 1993, ⁽¹¹³⁾ por mencionar algunas.

En virtud de los anteriores señalamientos, y para efectos de nuestra investigación, como ha quedado expuesto en párrafos precedentes, el estudio de las garantías constitucionales debe realizarse tomando en consideración tanto los instrumentos procesales de protección de los Derechos Humanos

110) El título VI, sección primera, de la Constitución italiana, aparece con el rubro "Garantías constitucionales". Así, el artículo 134 dispone: "Sobre las controversias relativas a la legitimidad constitucional de las leyes y de los actos que tengan la fuerza de ley, del Estado y de las Regiones; los conflictos de atribución entre los poderes del Estado y los que surjan entre el Estado y las Regiones, así como los de las regiones entre sí;..." El artículo 135, se refiere a la composición del Tribunal Constitucional y, el artículo 136, nos habla de los efectos de la ilegitimidad constitucional. Dice a la letra: "Cuando el Tribunal declare la ilegitimidad constitucional de una norma de ley o de un acto con fuerza de ley, la norma cesará de tener eficacia a partir del día siguiente a la publicación de la decisión...". Finalmente, el artículo 137 se refiere a una ley constitucional que señalará los términos, condiciones y demás formas que deberán observarse al promoverse los juicios de legitimidad constitucional y las garantías de independencia de los jueces del Tribunal, así como de la ley ordinaria que establece las normas para la constitución y funcionamiento del Tribunal.

111) El título primero de la cuarta y última parte de la Constitución portuguesa, denominado "Garantía de la Constitución", se divide en dos capítulos dedicados, respectivamente, al control constitucional y a la Comisión Constitucional. El capítulo primero se refiere al control preventivo de constitucionalidad (artículo 277); a los efectos de la decisión (artículo 278), a la inconstitucionalidad por omisión (artículo 279), a la inconstitucionalidad por omisión (artículo 279), a la inconstitucionalidad por acción (artículo 280), y al control jurisdiccional de la constitucionalidad (artículo 282). El capítulo segundo nos habla de la Comisión Constitucional (artículo 283), de su competencia (artículo 284), y de su organización, funcionamiento y proceso (artículo 285). Un estudio interesante de estas materias, es el que realiza Campinos, Jorge, "La Constitución portuguesa de 1976 y su defensa"; traducción de Alicia Elena Pérez Duarte y Noroña, en la obra *La Constitución y su defensa*, cit. *supra* nota 1 pp. 527-568.

112) El título primero, capítulo cuarto, se denomina "Las garantías de las libertades y derechos fundamentales", que incluye los instrumentos procesales relativos al procedimiento ante los tribunales ordinarios, el recurso de amparo e, inclusive, la figura del defensor del pueblo (*Ombudsman*).

113) El título V aparece con el rubro "Garantías constitucionales, y en sus artículos 200 a 205, nos habla del *habeas corpus* como mecanismo protector de la libertad individual; de la acción de amparo que protege los restantes derechos de la persona humana reconocidos por la Constitución, y de la integración, organización y competencia del Tribunal de Garantías Constitucionales.

consagrados en la mayoría de los textos constitucionales, como el control de constitucionalidad de las leyes, si bien esta última protege a tales derechos contra disposiciones normativas de carácter general, como son los reglamentos, pero no los defienden contra actos que afectan casos determinados. Dicho en otras palabras, en cuanto el control de constitucionalidad pueda aplicarse a la defensa de los derechos de la persona humana, le conservan su calidad de garantía constitucional, pero esta característica que le atribuimos, se aprecia de una manera más clara cuando el control de constitucionalidad de leyes se refiere a cláusulas constitucionales que no tienen por objeto asegurar Derechos Humanos, sino que se refieren al funcionamiento de los órganos del poder o a la estructura de gobierno. En este sentido, nuestra investigación se centra en ambos puntos de vista, como podrá apreciarse en el desarrollo de los capítulos subsecuentes, y debemos aclarar que al exponer estas ideas no estamos descubriendo el "hilo negro" de la sistematización de las garantías constitucionales. Utilizamos esta expresión coloquial como denotativa de una teorización que no implica descubrimiento alguno, puesto que ya el insigne jurista Fix-Zamudio se ha referido a ésta, cuando escribió:

Desde este punto de vista podemos señalar dos categorías de garantías constitucionales de carácter procesal:

A) Las que tienen por objeto la tutela de los derechos de la persona humana en su dimensión individual y social, consagradas en el sector que ha sido calificado con gran penetración por el tratadista italiano Mauro Cappelletti con la denominación afortunada de jurisdicción constitucional de libertad.

B) El sector integrado por el conjunto de instrumentos procesales dirigidos a lograr el cumplimiento efectivo de las disposiciones constitucionales que establecen los límites de atribución de los órganos del poder, o sea los que tradicionalmente se han designado como parte orgánica de las leyes fundamentales y que

por este motivo podemos denominar como Jurisdicción constitucional orgánica. (114)

A los sectores anteriores se ha sumado un tercero, denominado jurisdicción constitucional transnacional, que comprende los instrumentos procesales dirigidos a resolver las controversias entre las normas constitucionales internas y las del derecho internacional y comunitario, tanto las de carácter consuetudinario como convencional, particularmente, en el campo de los Derechos Humanos.

III. La justicia constitucional

1. Concepto. Como instrumento de defensa de la Constitución

Como ha quedado expuesto, a partir del año 1945, dos sectores particularmente importantes y trascendentes en el ámbito constitucional y procesal, reafirman el nuevo espíritu jurídico que caracteriza, fundamentalmente, al mundo de occidente. El primero, consistente en la clara y manifiesta necesidad de expansión de los derechos sociales y, el segundo, relativo a la consolidación del sistema de justicia constitucional como mecanismo de defensa de la Constitución. En otras palabras, el derecho en occidente vive una peculiar orientación caracterizada por una acentuada manifestación del sentido social que el derecho debe jugar en la organización política, y por la creación de instrumentos jurídicos que garantizan la

114) Fix-Zamudio, Héctor, "El pensamiento de Eduardo J. Coutura y el derecho constitucional procesal", en su obra *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*, México, Uduál-Miguel Angel Porrúa, 1988, pp. 193-194. También puede consultarse en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año X, número 30, septiembrediciembre de 1977. Aparecido también en la *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, Uruguay, T. I, enero-junio de 1980.

manifestación del sentido social que el derecho debe jugar en la organización política, y por la creación de instrumentos jurídicos que garantizan la efectividad de las disposiciones fundamentales. Esto último interesa a nuestro estudio, puesto que la justicia constitucional -en sentido genérico- es el conjunto de mecanismos jurídicos que se orientan a la obtención de las garantías de las disposiciones fundamentales. En este sentido, el término justicia constitucional coincide -como lo destaca Fix-Zamudio- con la significación que hemos dado a la expresión garantías constitucionales, razón por la cual lo dicho en relación con estas últimas es aplicable a la justicia constitucional. Y si como hemos expuesto las garantías constitucionales son un sector de la defensa de la Constitución, entonces la justicia constitucional también debe entenderse como un conjunto de instrumentos de defensa de la Constitución.

2. Defensa, control, justicia y jurisdicción constitucionales. Un problema terminológico

En el desarrollo de nuestra investigación nos encontramos ante un problema terminológico grave, toda vez que los conceptos que al rubro se indican, suelen ser utilizados indistinta e incorrectamente para significar los instrumentos de garantía de las disposiciones constitucionales, razón por la cual hemos considerado conveniente precisar su alcance a efecto de justificar el porqué empleamos el término garantías constitucionales o justicia constitucional.

En primer lugar, no participamos del empleo de la expresión *defensa de la Constitución*,⁽¹¹⁵⁾ porque la misma resulta demasiado amplia en tanto abarca los instrumentos que procuran el funcionamiento armónico y equilibrado de los órganos del poder, esto es, la protección constitucional, y los instrumentos que reintegran el orden constitucional violado, es decir, las garantías constitucionales en sentido estricto.

Tampoco participamos del empleo de la expresión "control" de constitucionalidad, frecuentemente utilizado por los autores franceses, porque la misma denota una visión parcial o limitada de los instrumentos de garantía de las disposiciones fundamentales ya que, como lo hemos reiterado, el control de constitucionalidad es una de las categorías de las garantías constitucionales en sentido estricto.

Opinión distinta es la que sostiene el procesalista Fix-Zamudio cuando refiriéndose a los términos control de constitucionalidad y defensa de la Constitución, escribió: "...abarcaban todo el conjunto de medios que se utilizan para lograr, tanto el funcionamiento armónico y equilibrado de los órganos del poder, como la imposición coactiva de los mandatos fundamentales, en el supuesto de violación o desconocimiento de la superlegalidad constitucional".
(116)

115) Empleada, entre otros, por Schmitt, Carl, en *Der Hüter der Verfassung* (literalmente: *El protector de la Constitución*), *cit. supra*, nota 1, y Reyes, Rodolfo, *La defensa constitucional*, *cit. supra* nota 1.

116) Fix-Zamudio, Héctor, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1965)*, México, UNAM, 1968, pp. 13-14.

En cuanto a la expresión *jurisdicción constitucional*, utilizada por la doctrina italiana y en sentido similar por la alemana, (117) denota los organismos judiciales, y más estrictamente hablando, a los organismos especializados - tribunales o cortes constitucionales-, a quienes se les encomienda el conocimiento de los instrumentos de garantía o de justicia constitucional. (118)

En relación con esta última expresión, Fix-Zamudio escribe:

Por otra parte, el concepto de jurisdicción constitucional resulta demasiado limitado... pues en estricto sentido sólo comprende el estudio de la actividad de verdaderos tribunales, formal y materialmente considerados, que conozcan y resuelvan las controversias de naturaleza constitucional de manera específica, es decir, que los citados tribunales están especializados en la decisión de los conflictos de carácter constitucional, y aunque la tendencia es creciente hacia la configuración de estos órganos jurisdiccionales especializados, existen numerosos regímenes en los cuales las normas de carácter judicial constitucional se atribuyen a órganos de carácter político, o bien a los jueces ordinarios. (119)

De esta manera, si tomamos en consideración que los conflictos constitucionales se atribuyen a órganos judiciales ordinarios, entonces coincidimos con el tratadista alemán Jerusalem en afirmar que en sentido estricto no existe una jurisdicción constitucional. (120) Así, pues, si los conflictos constitucionales se atribuyen a órganos judiciales especializados,

117) *Ibidem*. pp. 12-13.

118) Fix-Zamudio, Héctor, "La Constitución y su defensa", *cit. supra*, nota 1, pp. 47-48.

119) Fix-Zamudio, Héctor, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional 1940-1965*, op. ult. cit., p. 15.

120) *Cit. por* Fix-Zamudio, Héctor, *ibidem*.

verbigracia, los tribunales o cortes constitucionales, entonces y sólo entonces podremos hablar de una auténtica jurisdicción constitucional; por tanto, no compartimos la tesis que sustenta el tratadista argentino Germán Bidart Campos, quien considera, sin referirse a ningún órgano especializado, a la jurisdicción constitucional como sinónimo de revisión o control constitucionales. (121)

3. El derecho procesal constitucional

Los instrumentos de garantía o de justicia constitucional de los que ya hemos hablado de manera general, son estudiados a través de la joven disciplina jurídica del derecho procesal constitucional. Antes de esbozar un concepto de la misma, conviene realizar algunas consideraciones preliminares de insoslayable importancia, mismas que explican su nacimiento y la creciente tendencia hacia su consolidación.

Los estudiosos del derecho constitucional y los cultivadores del procesalismo científico, (122) se han percatado de la estrecha vinculación entre estas dos importantes ramas de la ciencia jurídica, fundamentalmente a partir de la segunda posguerra, toda vez que los textos constitucionales expedidos a

121) Bidart Campos, Germán J., "La jurisdicción constitucional en Argentina", ponencia presentada en el *II Coloquio Iberoamericano de Derecho Constitucional*, celebrado en Bogotá, Colombia los días 7 a 11 de noviembre de 1977, y consultable en la obra *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 1984, p. 271.

122) Disciplina que nace en el año de 1868, fecha en la que aparece publicado el clásico libro de Oscar Bülow *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "El pensamiento de Eduardo J. Couture", en su obra *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*, cit. *supra* nota 114, p. 187.

partir de entonces consagran lineamientos de las instituciones procesales, conscientes de la importancia de la función jurisdiccional.

Esta creciente tendencia a considerar la vinculación de ambas disciplinas, si bien es cierto que si inicia con el procesalismo científico, también lo es que aún no se ha consolidado. Ello se aprecia claramente en algunas conclusiones a que se han llegado en algunos eventos académicos, tales como el Primer Congreso de Derecho Constitucional, celebrado en la ciudad de México los días 25 a 30 de agosto de 1975, cuyo tema central se intituló: "Función del Poder Judicial en los sistemas constitucionales contemporáneos": "Es necesaria una mayor aproximación entre los constitucionalistas y los cultivadores del procesalismo científico, con el objeto de estudiar con mayor profundidad y en forma integral, las materias que comprenden las zonas de confluencia entre ambas disciplinas, y que tienen relación directa con la función del organismo judicial". (123)

Consecuencia de esta interrelación es la creación de dos disciplinas: el derecho procesal constitucional y el derecho constitucional procesal. La primera, busca dar efectividad a las normas fundamentales a través de instrumentos procesales, en tanto que la segunda estudia la regulación constitucional de tales instituciones, es decir, el derecho constitucional procesal es la "...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...". (124) En este

123) *Ibidem*, p. 190.

124) *Ibidem*, p. 194. Fix-Zamudio, Héctor, gráficamente señala que el derecho constitucional procesal tiene por objeto de estudio la "constitucionalización de la justicia". *Ibidem*, p. 192.

sentido, no coincidimos con el tratadista argentino, Germán Bidart Campos, cuando habla del derecho procesal constitucional como sinónimo de derecho constitucional procesal. (125)

Dicho lo anterior, procedemos a intentar esbozar un concepto de la disciplina jurídica del derecho procesal constitucional, no sin antes destacar las opiniones de dos importantes procesalistas y conocedores de la materia, Héctor Fix-Zamudio y Jesús González Pérez.

En palabras de Fix-Zamudio, "El derecho procesal constitucional, debe entenderse como la disciplina jurídica que estudia los instrumentos de justicia constitucional, es decir, las garantías constitucionales, entendidas en un sentido más amplio que el estricto de mecanismos procesales propiamente dichos, si bien estos últimos asumen un carácter predominante...". (126)

El tratadista español Jesús González Pérez, por su parte, nos da un concepto simplista y poco claro de lo que debe entenderse por esta disciplina. Dice textualmente: "Si el Derecho procesal se define, sintéticamente, como el conjunto de normas referentes al proceso, del derecho procesal constitucional podrá afirmarse que es el conjunto de normas que regulan el proceso constitucional." O dicho en otras palabras: "El Derecho procesal puede ser definido como el conjunto de normas referentes a los requisitos, contenido y efectos del proceso; luego el Derecho procesal constitucional será el conjunto

125) En su obra *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Buenos Aires, Editora Comercial, Industrial y Financiera (EDIARI), 1987, p. 259.

126) Fix-Zamudio, Héctor, "La Constitución y su defensa", *cit. supra* nota 1, p. 48; *id.*, "El pensamiento de Eduardo J. Couture", en *op. cit. supra* nota 114, p. 193.

de normas referentes a los requisitos, contenido y efectos del proceso constitucional." (127)

De la definición de González Pérez, se apreciará que para comprender plenamente el contenido de esta nueva disciplina, es necesario entrar al estudio de lo que debemos entender por proceso constitucional. En este sentido, agrega el autor citado, en tanto el conocimiento de las pretensiones fundadas en normas de derecho constitucional se atribuya a un órgano jurisdiccional especializado -tribunal constitucional- su puede hablar de un proceso constitucional o político. (128) Luego entonces, para González Pérez el derecho procesal constitucional adquiere la característica de tal, en tanto se asignen dichas pretensiones a un tribunal constitucional.

Si entendiéramos así el proceso constitucional, entonces sólo existiría derecho procesal constitucional en los países que, siguiendo la influencia austriaca, cuentan con un órgano especializado que conozca de dicho proceso constitucional. Desde luego, no compartimos esta tesis porque independientemente del órgano que conozca de las pretensiones fundadas en derecho constitucional, el derecho procesal constitucional es tal, en virtud de que se avoca al estudio de las garantías constitucionales, con independencia del órgano que deba conocer de dichas pretensiones o de las garantías constitucionales, si bien es cierto que la tendencia predominante es en el sentido de establecer un órgano especializado en la materia, es decir, de un tribunal o corte constitucional.

127) González Pérez, Jesús, *Derecho procesal constitucional*, Madrid, Civitas, 1980, p. 49.

128) *Ibidem*, p. 41.

Más claro nos parece el concepto del jurista mexicano Fix-Zamudio, pues sin hacer alusión al órgano competente en la materia, señala que esta disciplina tiene por objeto de estudio los instrumentos de justicia constitucional, es decir, las garantías constitucionales. Podríamos decir que el concepto de Fix-Zamudio se basa en la pretensión sustantiva y en el instrumento procesal para hacer efectiva dicha pretensión, y no al órgano que conoce de la misma.

Ahora bien, con una clara influencia de Fix-Zamudio, nosotros consideramos que el derecho procesal constitucional es una de las ramas más jóvenes del procesalismo científico, cuyo objeto de estudio son los instrumentos procesales que garantizan el cumplimiento de las normas constitucionales.

(129)

Como corolario de este apartado, diremos con Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, que la creación de esta novedosa disciplina jurídica como ciencia sistemática se atribuye al fundador de la escuela de Viena, Hans Kelsen, cuyos estudios fructificaron con la creación de la Corte Constitucional austríaca en el texto constitucional de 1920. ⁽¹³⁰⁾ Asimismo, la repercusión

129) De conformidad con la terminología de James y Robert Goldschmidt, tales instrumentos se comprenden dentro de las normas calificadas como "justiciales formales". Al respecto, *cfr.* las obras de dichos autores *Derecho judicial material* y *Derecho judicial material civil*, respectivamente. El primero, traducido por Catalina Grossman y, el segundo, redactado en castellano. Ambos publicados en un solo volumen, Buenos Aires, 1959.

130) Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, 2a. edición, México, UNAM, 1970, p. 215.

de sus estudios cristalizó con la creación de tribunales o cortes constitucionales en los textos fundamentales de diversos países de Europa, Asia y América Latina, entre los que destacan: Italia en 1948; la República Federal de Alemania en 1949; Portugal en 1976-1982; España en 1931 y 1978; en Asia, Turquía en 1961; Yugoslavia en 1963 y 1974; Polonia en 1985 y Hungría 1989. En Latinoamérica, Guatemala en 1965-1985; Chile en 1970-1980; Ecuador en 1978-1983, y Perú en 1979-1993; así como Salas Constitucionales en las respectivas Cortes Supremas de Colombia, El Salvador y Costa Rica.

CAPITULO SEGUNDO

SECTORES Y SISTEMAS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO COMPARADO.

Sumario: I. Consideración preliminar. II. Sectores que forman parte del estudio de la justicia constitucional. 1. Jurisdicción constitucional de la libertad. 2. Jurisdicción constitucional orgánica. 3. Jurisdicción constitucional de carácter internacional y comunitario. III. Sistemas o modelos de justicia constitucional en el derecho comparado. 1. Sistema americano de revisión judicial de constitucionalidad de leyes. 2. Sistema europeo o austriaco. 3. Sistema mixto. 4. Sistema socialista.

I. Consideración preliminar

Como hemos indicado en el capítulo precedente, la justicia constitucional, también calificada como "garantías constitucionales", es uno de los sectores de la defensa de la Constitución. También indicamos que la justicia constitucional puede escindirse en dos categorías procesales importantes. La primera, relativa a los instrumentos jurídicos, predominantemente de carácter procesal, que tutelan disposiciones constitucionales que consagran Derechos Humanos; instrumentos que se han agrupado bajo la afortunada denominación a que se refiere el destacado procesalista italiano Mauro Cappelletti, ⁽¹³¹⁾ de "jurisdicción constitucional de la libertad". Destacan dentro de esta categoría.

131) En su obra *La jurisdicción constitucional de la libertad*, trad. de Héctor Fix-Zamudio, México, UNAM, 1961.

y a las cuales nos referimos fundamentalmente, figuras jurídicas y procesales como el hábeas corpus, el juicio de amparo consagrado en la mayoría de los textos constitucionales de Latinoamérica; el mandato de *segurança* brasileño y el control de constitucionalidad de las leyes en cuanto protege Derechos Humanos. Figuras éstas, que han sido agrupadas bajo la acertada denominación -empleada por el jurista Fix-Zamudio- de "remedios jurídicos y procesales" (132) de protección de los derechos de la persona.

También dentro de esta categoría figuran instrumentos que en forma indirecta protegen los derechos de la persona, y que Fix-Zamudio califica como "remedios indirectos e instrumentos complementarios de protección de los Derechos Humanos". (133)

La segunda categoría procesal es la relativa a los instrumentos jurídicos que resuelven las controversias o conflictos que se generan entre los diversos órganos del poder, a los cuales Carl Schmitt calificó como *litigios constitucionales*, (134) destacando el control de constitucionalidad de las leyes. Respecto de esta última figura jurídica, conviene precisar que la estudiaremos en cuanto institución que protege Derechos Humanos y, por tanto, la consideramos para efectos de nuestro estudio, dentro de los instrumentos jurídicos y procesales que integran la jurisdicción constitucional

132) Fix-Zamudio, Héctor, "La Constitución y su defensa", en *op. cit.*, *supra* nota 1, pp. 59-70.

133) *Ibidem*, pp. 51-58.

134) *Teoría de la Constitución*, *op. cit. supra* nota 7, pp. 35.

de libertad, y que estudiaremos al hablar del recurso constitucionalidad y de la inconstitucionalidad de las leyes en los países de Europa continental.

Esta segunda categoría procesal ha sido denominada, por Héctor Fix-Zamudio, como jurisdicción constitucional orgánica. (135)

De esta forma, nuestro estudio quedaría incompleto si no nos refiriéramos a estos dos sectores que forman parte del estudio de la justicia constitucional, a los cuales se ha venido a sumar un tercer sector denominado "jurisdicción constitucional de carácter internacional y comunitario", (136) que se refiere a la aplicación de las normas constitucionales en relación con las del derecho internacional, sobre todo en materia de protección de Derechos Humanos.

II. Sectores que forman parte del estudio de la justicia constitucional

1. La Jurisdicción Constitucional de la Libertad

Uno de los temas que ha adquirido dimensiones impresionantes y que al mismo tiempo ha suscitado notable preocupación entre los estudiosos del derecho constitucional y del derecho procesal, es el relativo a los "derechos de la persona humana", "Derechos Humanos" o "Derechos Fundamentales" (137) y, en consecuencia, su protección a través de una adecuada y eficaz

135) *Op. ult. cit.*, pp. 71-76.

136) *Ibidem*, pp. 76-83.

137) El empleo de la expresión Derechos Fundamentales se utiliza como sinónimo de Derechos Humanos.

garantía jurisdiccional. Precisamente M. Gastón Jàze destaca claramente cómo el problema de las libertades públicas no radica en su proclamación, sino esencialmente en sus garantías. (138)

Virtualmente, autores como el connotado procesalista Mauro Cappelletti consideran que si bien es cierto que los Derechos Fundamentales se atribuyen al hombre, también lo es que su importancia trasciende del individuo en particular y afecta a la sociedad en general en caso de ser infringidos.

Esta trascendencia "ultra-individual" -como la califica el autor en cita- de los Derechos Fundamentales, radica en el bien que se pretende tutelar o proteger, es decir, el marco general de libertades del ser humano. Por ello, se ha pensado no solamente en una jurisdicción especial a nivel nacional que integre todos los instrumentos protectores de tales derechos sino, incluso, en una jurisdicción supranacional. (139)

Respecto de esto último, Cappelletti señala:

La repercusión tan amplia que asume actualmente la infracción de los derechos fundamentales del individuo, tiene su origen en

138) "Les libertés individuelles", en *Annuaire de l'Institut International de Droit Public*, Paris, 1929, pp. 162 y ss.

139) Cappelletti, Mauro, "Justicia constitucional supranacional", trad. de Luis Dorantes Tamayo, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, T. XXVIII, número 10, mayo-agosto de 1978, pp. También aparece en la obra que recoge algunos de sus importantes trabajos en materia de justicia constitucional y que apareció con el título *La justicia constitucional. (Estudios de derecho comparado)*, México, UNAM, 1987, p. 237, nos dice: "...era inevitable que también el fenómeno de la jurisdicción constitucional de las libertades se debiese elevar, de un plano meramente interno o nacional, también a nivel internacional o supranacional". Ver la totalidad de su estudio por la importancia de sus aportaciones.

que casi siempre tutelan derechos que trascienden a los mismos pueblos y a los ordenamientos nacionales (además de los particulares), y por ello son fácilmente comprensibles los esfuerzos para establecer en el plano internacional, una protección jurisdiccional de tales derechos. (140)

Se apreciará, entonces, la necesidad de consolidar una jurisdicción constitucional de las libertades, tanto a nivel nacional como supranacional.

En consecuencia, los Derechos Fundamentales se han convertido, a decir del autor que venimos citando, "... en un poder, en *jubere licere* de los individuos particulares..." y, por tanto, "El Estado, o más bien dicho el funcionario, debería encontrarse en un estado de sujeción respecto de la voluntad, del *jubere licere*, del ciudadano". (141)

No obstante lo anterior, esa sujeción no siempre se da o se practica, razón por la cual se han instituido una serie de instrumentos jurídicos y predominantemente de carácter procesal que buscan la protección de tales derechos y la reintegración en el goce de los mismos en caso de ser infringidos, los cuales han sido agrupados, como hemos indicado, bajo la afortunada denominación de jurisdicción constitucional de libertad. (142)

En este orden de ideas, Mauro Cappelletti afirma que: "...por justicia constitucional de las libertades, se entienden aquellas formas especiales de

140) Cappelletti, Mauro, *La jurisdicción constitucional de libertad*, op. cit. supra nota 131, p. 2.

141) *Ibidem*, p. 4.

142) *Vid supra* nota 131.

recurso y procedimiento jurisdiccional que tienen por objeto específico la protección judicial de los derechos fundamentales del hombre... contra las actividades del poder público lesivas de tales derechos". (143)

De conformidad con las ideas de Cappelletti, bajo este sector se agrupa única y exclusivamente los instrumentos procesales de protección de los Derechos Humanos, descartando otros instrumentos que sin tener el carácter de procesal protegen tales derechos. Son ejemplos de tales instrumentos el *Ombudsman* de origen escandinavo y la Procuratura que figura en los países socialistas. (144)

En efecto, para entender este sector es necesario concebir la idea de que él mismo comprende tanto a los instrumentos procesales como aquellos que no tienen un carácter estrictamente procesal, pero que protegen los Derechos Fundamentales. Fix-Zamudio lo enfatiza cuando señala que la jurisdicción constitucional de libertad "... está integrada por el conjunto de instrumentos jurídicos y predominantemente de carácter procesal dirigidos a la tutela de las normas constitucionales que consagran los derechos fundamentales de la persona humana en sus dimensiones individual y social". (145)

143) Cappelletti, Mauro, *op. ult. cit.*, pp. 1-16, tomando en consideración las peculiaridades estructurales y funcionales de los derechos fundamentales, llega a la atinente conclusión de la necesaria existencia de una garantía diferente de tales derechos y, por tanto, de una jurisdicción especial que denomina Jurisdicción Constitucional de Libertad.

144) Fix-Zamudio, Héctor, *Los problemas contemporáneos del Poder Judicial*, Colección Grandes Tendencias Políticas Contemporáneas, México, UNAM, 1986, pp. 13-14.

145) "La Constitución y su defensa", en *op. cit. supra* nota 1, p. 51.

Ahora bien, hablar de todos y cada uno de los instrumentos que integran este sector resulta por demás una tarea compleja debido a la naturaleza diversa de los mismos, razón por la cual recurrimos al conocimiento autorizado del muchas veces citado jurista Fix-Zamudio, quien tomando en cuenta la diversidad de tales instrumentos y los sistemas existentes en ordenamientos pertenecientes a distintas familias jurídicas, realiza una clasificación interesante de estos medios jurídicos y procesales, dividiéndolos en indirectos, complementarios y específicos. (146) A estos últimos nos referiremos, toda vez que son los que de manera pronta, eficaz y directa protegen los Derechos Fundamentales, además de que en la mayoría de los casos el efecto es reparador, es decir, restituyen al particular en el goce de sus derechos infringidos.

Estos instrumentos específicos han sido divididos con base en su predominio, aunque no exclusividad, en los diversos sistemas jurídicos existentes. Así, Fix-Zamudio nos habla de cinco sectores: A) Los que prevalecen en el sistema angloamericano; B) Los imperantes en ordenamientos iberoamericanos; C) Los recursos constitucionales que tienen preeminencia en gran parte de Europa

146) Fix-Zamudio señala que: "Los remedios indirectos son aquellos que están dirigidos a la protección de los derechos de carácter ordinario, pero que en forma refleja pueden utilizarse para la tutela de los derechos fundamentales, pudiendo encuadrar en este sector al proceso ordinario y a la justicia administrativa". En tanto que: "Los instrumentos complementarios son aquellos que si bien no han sido estructurados para proteger los derechos humanos, se utilizan para sancionar la violación de los mismos cuando ha sido consumada... Fundamentalmente son dos los medios complementarios: el juicio político o de responsabilidad de altos funcionarios ..., y la responsabilidad económica del Estado y sus servidores..." *Ibidem*, pp. 51-53.

continental; D) Los que imperaban en los llamados sistemas socialistas, y E) *El Ombudsman* de origen escandinavo. (147)

A) En el sistema angloamericano figuran el hábeas corpus de origen inglés y la revisión judicial de las leyes.

a) *Habeas Corpus*

... es la institución del hábeas corpus la que ha constituido el germen fundamental de la protección de los derechos fundamentales de la libertad humana, especialmente la de carácter físico, y por ello ha recibido con justicia el calificativo de 'el gran writ'. (148)

En efecto, es el hábeas corpus la primera garantía de los derechos del hombre consagrada en la ley inglesa de 1679, practicada e incorporada al *common law* mucho tiempo antes, (149) y cuya fecha de origen resulta incierta, aún cuando su antecedente más inmediato -excluyendo la legislación foral española- (150) lo encontramos en el interdicto *hómīne libero exhibendo* del

147) Fix-Zamudio, Héctor, *op. ult. cit.* pp. 59 y ss.

148) Fix-Zamudio, Héctor "Influencia del derecho angloamericano en la protección procesal de los derechos humanos en América latina", en *Latinoamérica: Constitución, proceso y derecho humanos*, *op. cit. supra* nota 114, p. 133.

149) Sánchez Viamonte, Carlos, "Garantías Constitucionales", en *Enciclopedia Jurídica Orbea*, *op. cit. supra* nota 103, T. XII, p. 44.

150) Destaca fundamentalmente el proceso aragonés denominado "Manifestación de las personas", considerado como la facultad de justicia o de los lugartenientes miembros de la Corte o Tribunal, de emitir una orden dirigida contra cualquier juez u otra persona que mantuviera detenido a alguna persona, pendiente o no de causa, a efecto de que se lo

derecho romano, el cual en tanto interdicto era una acción civil del derecho privado aplicada al derecho público.

Tal interdicto se dirigía no contra las autoridades, sino contra los particulares que privaran de la libertad a un hombre libre, ⁽¹⁵¹⁾ y en este mismo sentido, el hábeas corpus en sus inicios coincidió. El destacado procesalista español Víctor Fairén Guillén, en un breve pero agudo análisis del proceso aragonés de "manifestación de las personas" en relación con el hábeas corpus inglés, señala que el Interdicto romano no conducía a ninguna salida procesal legal a la situación que acompañaba y, por tanto, no era una garantía contra las autoridades -como lo era el de manifestación- sino contra los excesos de personas en su calidad de particulares. ⁽¹⁵²⁾

Con independencia de las instituciones que precedieron al hábeas corpus, cierto es que esta institución se fue perfeccionando en el transcurso de los

entregaran y evitar así violencia contra él, antes de dictarse la sentencia correspondiente. En este sentido, el desacato de la orden se traducía en responsabilidad para el juez u oficial. Cfr. Fairén Guillén, Víctor, "Consideraciones sobre el proceso aragonés de 'Manifestación de las personas' en relación con el *hábeas corpus*", en *Revista de Derecho Procesal*, número 1, segunda época, Madrid, 1963, pp. 9-47. También sobre el proceso aragonés consultar, Tejada y Olozaga, Francisco, *El derecho de manifestación aragonés y el hábeas corpus inglés*, Bibliográfica Española, 1957. Adicionalmente, existían en la legislación foral otros procedimientos, tales como el de *jurisfirma*, el de aprehensión y el de inventario. Cfr. Vallarta, Ignacio L., *El juicio de amparo y el writ of hábeas corpus*, segunda edición, México, 1980, T V, pp. 25-26.

151) Dice la Ley 1 del interdicto: "Dice el Pretor: Exhibe el hombre libre que retienes con dolo malo". El texto íntegro del interdicto romano aparece en el Título XXIX del Libro XLII del *Digesto*, y la versión castellana puede consultarse en Vallarta, Ignacio L., *op. cit.* pp. 427-430.

152) *Op. cit. supra* nota 103, pp. 38-39

años en el derecho consuetudinario inglés de la época medieval. Esto último es quizás la razón por la cual algunos autores consideran que los inicios de la institución en estudio aparecen delineados en la solicitud de los barones ingleses, formulada en el año de 1215 al Rey Juan sin Tierra, a efecto terminar con las arbitrariedades que en perjuicio de los particulares se venían presentando.

Decía el numeral 29 de dicha petición:

No se podrá apresar corporalmente al hombre libre, sin el juicio de sus pares o sin el concurso de las leyes de la tierra; el hombre libre no podrá ser aprisionado ni despojado de sus tierras ni declarado fuera de la ley ni desterrado ni destruido de ninguna forma, ni el Rey podrá imponerle castigo.

La consecuencia de tal petición fue la firma, por el Rey Juan sin Tierra, de lo que se ha denominado *Magna Charta Libertatum; seu concordia inter regem Johanem et Barones pro concessione libertatum ecclesiae et regnie Anglie*, el 12 de junio de 1215, cuyo texto original en latín, en su artículo 39, dispuso:

Ningún hombre libre será arrestado o detenido en prisión, o privado de su tenencia libre, o declarado fuera de la ley, o desterrado o molestado de cualquier forma, y no procederemos contra él ni enviaremos a nadie en su contra, sino es por el juicio legal de sus pares o por la ley del país. ⁽¹⁵³⁾

153) García Belaunde, Domingo, "Los orígenes del *habeas corpus*", en *Derecho*, número 31, Pontificia Universidad Católica de Perú, 1973, p. 52.

Es la Magna Charta y, fundamentalmente el precepto transcrito, el fundamento que algunos autores esgrimen para sostener la existencia del recurso de hábeas corpus en dicho documento. Así por ejemplo, Don Ignacio L. Vallarta, jurista mexicano, en un estudio comparativo de la institución que analizamos y nuestro juicio de amparo, destaca:

... no se puede negar que la civilización moderna debe a la célebre Charta Magna, si no la creación, si el mantenimiento y desarrollo del recurso que protege la libertad individual contra los abusos del poder... ella... estableció los primeros principios de un gobierno legal, garantizando la igual distribución de la justicia y el libre goce de la propiedad...⁽¹⁵⁴⁾

No obstante la autorizada opinión antes indicada, producto de conocimientos ampliamente madurados, nos permitimos discrepar de la misma toda vez que de la lectura de dicho precepto se aprecia que él mismo es de carácter sustantivo y no procesal y, por tanto, consideramos que no consagra una garantía de la libertad del individuo, pero si un intento por establecer el debido proceso legal en favor de cierta clase de individuos, esto es, de los súbditos del reino en su condición de hombres libres. ⁽¹⁵⁵⁾

Por nuestra parte, consideramos que la consolidación del hábeas corpus como instrumento procesal de protección de la libertad individual, es producto de una serie de innovaciones que se fueron presentando en el devenir histórico de ésta institución y que se inician en el derecho consuetudinario inglés de la

154) *Op. cit.* p. 57.

155) Fix-Zamudio, Héctor, "Influencia...", en *op. cit. supra* nota 148, p. 134.

época medieval. En apoyo de esta tesis que sostenemos citaremos, a guisa de ejemplo, los famosos *writs* o mandamientos que aparecen como medios de cautelar la libertad personal del individuo:

a) El *writ de homine replegendo*, a través del cual se buscó liberar al individuo ilegalmente detenido o que se encontraba en custodia de un particular, otorgando caución al *Sheriff* y con la promoción de que el acusado compareciera puntualmente cuando fuera llamado para responder del cargo que se le imputaba.

b) El *writ mainprize*, que era la orden dictada por el *Sheriff* a efecto de poner en libertad al individuo, cuando el delito que se le imputaba era susceptible de caución. En este caso, mediante el otorgamiento de la fianza el detenido quedaba en libertad bajo la responsabilidad del fiador.

c) El *writ de odio et atfa*, mediante el cual el *Sheriff* verificaba si el acusado por homicidio o delito grave lo era por presunciones fundadas, pero si era por odio o mala intención entonces era puesto en libertad bajo caución. (156)

La importancia de estos *writs* o mandamientos decayó a raíz del surgimiento del *writ of habeas corpus*, cuya fecha de aparición se suele señalar en el año de 1154, durante el reinado de Enrique II. (157)

156) García Belaunde, Domingo, "El origen del *habeas corpus*", en *op. cit.* p. 52. También consultar el excelente libro de Pontes de Miranda, *Historia e prática do habeas corpus. (Direito constitucional e processual comparado)*, tercera edición, Río de Janeiro, Brasil, 1955, pp. 33-43.

También en la petición de Derechos (*Petition of Rights*) de 1628, se menciona expresamente el hábeas corpus. (158)

Un paso más en la consolidación del hábeas corpus lo tenemos en la Ley de 1641, por virtud de la cual la Cámara de la Estrella (*Star Chamber*), que en calidad de tribunal administrativo venía desempeñando funciones propias de los tribunales judiciales en perjuicio de los particulares, desaparecía. Agrega también la Ley, que toda persona que fuera detenida por cualquier Corte de similar jurisdicción a la Cámara de la Estrella o que dependiera de la Corona o de su Consejo Privado, sería protegido por el *Court of King's Bench* (159) o por el *Common Pleas*, a través del hábeas corpus. En este caso, la Corte debía decidir sobre la legalidad de la determinación. (160)

Es propiamente con la Ley en 1679, expedida por Carlos II, cuando se logra el perfeccionamiento de este instrumento procesal.

Inconcusamente con el hábeas corpus de 1679, no se pretendió proteger el cuadro general de libertades individuales, sino únicamente la libertad corporal.

157) El writ of habeas corpus fue utilizado con frecuencia durante los reinados de Enrique III (1326-1377), y de Enrique IV (1422-1461). Sobre las modalidades que presentó, Cfr. García Belaunde, Domingo, *idem*. También Pontes de Miranda, *op. ult. cit.* pp. 43-44.

158) Sánchez Viamonte, Carlos, *op. cit. supra* nota 103, p. 44.

159) El más característico de los tribunales del *Common Law* en Inglaterra, era precisamente el *Court of King's Bench*, el cual se componía de un *Chief justice* y de cuatro jueces. Vid. Vallarta, Ignacio L., *op. cit.* p. 441.

160) Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Influencia...", en *op. cit. supra* nota 148, p. 134. También García Belaunde, Domingo, *op. cit. supra* nota 153, p. 54.

Esto último es explicable en virtud de que esta última al igual que la inviolabilidad del domicilio, eran los únicos derechos reconocidos y proclamados para entonces.

Tuvieron que pasar muchos años a partir de la Ley de 1679, para que apareciera la Declaración de Derechos de Virginia de 1776, y más adelante la de Francia de 1789, que reconocieron y proclamaron todo un catálogo de derechos inherentes a la persona humana. (161)

La Ley de 1679, cuyo título es *Ley para asegurar mejor la libertad del súbdito y para prevenir las prisiones en Ultramar*, respondió a la necesidad de evitar que las órdenes de hábeas corpus continuaran desacatándose en perjuicio de los súbditos del reino. En este sentido, dicha ley consagró una serie de principios que fortalecieron la institución que estudiamos y, en consecuencia, aseguraba la libertad corporal de los hombres libres. Inclusive, el hábeas corpus procedía contra detenciones ordenadas por la Corona, excepción hecha de los delitos graves de felonía y alta traición, pero aún en estos casos, la ley establecía que las personas que se encontraran en tal supuesto podían pedir en tribunal abierto en la primera semana del término o en el primer día de sesiones del *Oyer and terminer or general gaol delivery*, ser llevadas a juicio, es decir, ser juzgados por los tribunales. (162)

161) Sánchez Viamonte, Carlos, *El hábeas corpus. Garantía de libertad*, segunda edición, Buenos Aires, Perrot, 1956, pp. 15-16.

162) Vallarta, Ignacio L., *op. cit. supra* nota 150, pp. 440-442. También consultar Sánchez Viamonte, Carlos, *El hábeas corpus... cit.*, pp. 78-81.

Situación distinta era la que presentaba la persona detenida por deuda o sujeta a procedimiento por alguna causa civil, pues en tal caso las disposiciones de la ley no se extendían para liberarla.

También la Ley de 1679 dispuso la obligación del Sheriff, carcelero, empleado o cualquier persona que tuviera detenido, preso o en custodia a algún súbdito del reino, de hacer el *return* de la orden, esto es, dar respuesta por escrito al tribunal que expidiera el *writ of habeas corpus* en el término de tres días contados a partir de la notificación de dicha orden, manifestando la causa de la detención y presentando el cuerpo del preso.

Corolario de lo anterior, es el hecho de que la Ley que comentamos no llamaba hábeas corpus a la solicitud o reclamo del individuo para recuperar su libertad, sino a la orden o mandamiento girado por el *lord canceller*, jueces o funcionarios a quienes se les solicitaba tal protección.

Lo que conocemos actualmente como hábeas corpus comprende, tanto la orden o mandamiento judicial, como la acción que produce dicho mandamiento y que es ejercida por el individuo afectado en su libertad. (163)

Complemento de la Ley de 1679, es el documento conocido como *Bill of Rights*, promulgado el 16 de diciembre de 1689, cuya importancia radicó en el hecho de prohibir la fijación de fianzas excesivas para la obtención de la

163) Sánchez Viamonte, Carlos, "Garantías constitucionales", en *op. cit. supra* nota 103, p. 44.

libertad, evitando con ello que la institución del hábeas corpus se hiciera nugatoria.

También la Ley de 1816, expedida durante el reinado de Jorge III, contribuyó en la consolidación de esta institución. (164)

El hábeas corpus fue trasladado a la Constitución Norteamericana de 1787, artículo 1º, sección 8, inciso 3, aún cuando ya con anterioridad se había consagrado en las constituciones de Massachusetts de 1780 y de New Hampshire de 1784, (165) y actualmente encontramos regulada expresamente

164) Los objetivos de esta ley son claramente matizados por Joffré, Tomás, *Manual de procedimiento*, 1920, T.II, p. 185, *Cit.* por Sánchez Viamonte, Carlos, *El habeas corpus... cit.* pp. 82 y 83, cuando escribe: "...se estableció, primero: que cualquier persona que fuera restringida en su libertad tenía derecho al amparo de *Habeas Corpus*; segundo: que debían dictar este *writ* cualquier magistrado judicial, sea de los tribunales del *Exchequer* como de los tribunales ordinarios, así en Inglaterra como en Irlanda a instancia del encarcelado o del apoderado de éste; tercero: que el carcelero o persona a quien se dirigiera el '*writ*' debía contestarlo inmediatamente bajo apercibimiento de ser procesado por desacato; cuarto: que es admisible la prueba para desvirtuar las afirmaciones contenidas en el informe expedido por la autoridad que hizo la detención; quinto: que entra en las facultades del juez o tribunal que conoce del Hábeas Corpus conceder excarcelación al recurrente, pronunciarse sobre la absolución o volverlo a encarcelar, y sexto: que las diversas disposiciones prescritas por esta ley, en lo que se refiere al despacho de los *writs* de *Habeas Corpus*, al procesamiento por desacato y a todo lo demás relacionado con las modalidades del procedimiento, son aplicables a los casos previstos por la Ley de 1679 y por los estatutos irlandeses sobre la misma materia.

Con esto se perfeccionó el mecanismo del *Habeas Corpus* en Inglaterra y pudo cumplir con los propósitos que tuvo en vista el legislador, sirviendo para obtener la excarcelación bajo fianza en forma expedita, cuando ella sea procedente; para evitar que la morosidad judicial perjudique al detenido a quien se le acuerda el derecho cuando ha pasado cierto tiempo para ser excarcelado y sometido a juicio, y si no se cumple con este deber en los términos que la ley designa para gozar de la libertad provisoria sin fianza, cualquiera que sea el delito imputado; para impedir los destierros ilegales o la remoción arbitraria de una cárcel a otra; para hacer cesar las restricciones ilegítimas que el marido impone a la esposa, el padre al hijo, etcétera..."

165) Fix-Zamudio, Héctor, "influencia del derecho angloamericano...", en *op. cit. supra* nota 148, p. 135.

esta institución en algunos textos constitucionales vigentes de América Latina. Así, por ejemplo, citaremos el de Bolivia (artículo 18); ⁽¹⁶⁶⁾ Brasil (artículo 5º, LXVIII); ⁽¹⁶⁷⁾ Costa Rica (artículo 48); ⁽¹⁶⁸⁾ Ecuador (artículo 19, párrafo 17, inciso i); ⁽¹⁶⁹⁾ Guatemala (Título VI, Capítulo I, relativo a la

166) Tal artículo, de la Constitución promulgada el 2 de febrero de 1967, si bien es cierto que regula el *habeas corpus*, también lo es que en su texto no lo menciona expresamente. Sin embargo, el artículo 19, haciendo referencia al artículo 18, menciona expresamente tal institución. Dice este último artículo: "Fuera del recurso de *habeas corpus*, a que se refiere el artículo anterior...".

167) Dicho artículo de la Constitución de 1988, dispone: "A Constituicao assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes a vida, a liberdade, a segurança e a propriedade, dos termos seguintes:

LXVIII. Dar-se a *habeas corpus* sempre que algum sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares não caberá *habeas corpus*".

168) Dicho artículo de la Constitución de 7 de noviembre de 1949, a la letra dice: "Toda persona tiene derecho al recurso de *Habeas Corpus* cuando se considere ilegítimamente privado de su libertad.

Este recurso es de conocimiento exclusivo de la Corte Suprema de Justicia y queda a su juicio ordenar la comparecencia del ofendido, sin que para impedirlo pueda alegarse obediencia debida u otra excusa.

Para mantener o restablecer el goce de otros derechos consagrados en esta Constitución, toda persona le asiste, además, el recurso del que conocerán los tribunales que fija la ley".

169) Dicho precepto de la Constitución aprobada el 31 de marzo de 1993, dice textualmente: "Sin perjuicio de otros derechos necesarios para el desenvolvimiento moral y material que se deriva de la naturaleza de la persona, el Estado garantiza:

17. La libertad y seguridad personales. En consecuencia:

i) Toda persona que creyere estar, ilegalmente privada de su libertad puede acogerse al *habeas corpus*. Este derecho lo ejercerá por sí o por interpuesta persona, sin necesidad de mandato escrito, ante el Alcalde o Presidente del Consejo bajo cuya jurisdicción se encuentre o ante quien haga sus veces. La autoridad municipal ordenará inmediatamente que el recurrente sea conducido a su presencia y se exhiba la orden de privación de libertad. Su mandato será obedecido sin observación, ni excusa por los encargados del centro de rehabilitación social o lugar de detención...".

exhibición personal, artículo 263); (170) Honduras (Título IV, Capítulo I, artículo 182); (171) Nicaragua (artículo 45); (172) Panamá (artículo 23); (173)

170) El texto constitucional de Guatemala, aprobado el 31 de mayo de 1985, mismo que entró en vigor el 14 de enero de 1986, no utiliza la expresión *hábeas corpus*, pero sí el de exhibición personal. Dice a la letra el artículo 263: "Derecho a la exhibición personal. Quien se encuentre ilegalmente preso, detenido o cohibido de cualquier otro modo del goce de su libertad individual, amenazado de pérdida de ella o sufre vejámenes, aun cuando su prisión o detención fuere fundada en ley, tiene derecho a pedir su inmediata exhibición ante los tribunales de justicia, ya sea con el fin de que se le restituya o garantice su libertad, se hagan cesar los vejámenes o termine la coacción a que estuviere sujeto.

Si el tribunal decretare la libertad de la persona ilegalmente recluida, ésta quedará libre en el mismo acto y lugar.

Cuando así se solicite o el juez o tribunal lo juzgue pertinente, la exhibición reclamada se practicará en el lugar donde se encuentre el detenido, sin previo aviso ni notificación.

Es ineludible la exhibición personal del detenido en cuyo favor se hubiere solicitado".

171) El citado artículo 182 de la Constitución de 1982, establece: "El Estado reconoce la garantía de *Habeas Corpus* o de exhibición personal. En consecuencia, toda persona agraviada o cualquiera otra en nombre de éste tiene derecho a promoverla:

1. Cuando se encuentre ilegalmente presa, detenida o cohibida de cualquier modo en el goce de su libertad individual; y
2. Cuando en su detención o prisión legal, se apliquen al detenido o preso, tormentos, torturas, vejámenes, exacción ilegal y toda coacción, restricción o molestia innecesaria para su seguridad individual o para el orden de la prisión.

La acción del *Habeas Corpus* se ejercerá sin necesidad de poder ni de formalidad alguna, verbalmente o por escrito, utilizando cualquier medio de comunicación, en horas o días hábiles o inhábiles y libre de costas.

Los jueces o magistrados no podrán desechar la acción de *Hábeas Corpus* y tienen la obligación ineludible de proceder de inmediato para hacer cesar la violación a la libertad o a la seguridad personales.

Los Tribunales que dejaren de admitir estas acciones incurrirán en responsabilidad penal y administrativa.

Las autoridades que ordenaren y los agentes que ejecutaren el ocultamiento del detenido o que en cualquier forma quebranten esta garantía incurrirán en delito de detención ilegal".

172) Dice: "Las personas cuyos derechos constitucionales hayan sido violados o estén en peligro de serlo, pueden interponer el recurso de exhibición personal...".

173) La Constitución de 1972, modificada por los Actos Reformativos de 1978 y por el Acto Constitucional de 1983, dispone en dicho artículo: "Todo individuo detenido fuera de los

Paraguay (artículo 133); ⁽¹⁷⁴⁾ Perú (Título V, artículo 200); ⁽¹⁷⁵⁾ Uruguay (artículo 17) ⁽¹⁷⁶⁾ y Venezuela (disposición quinta transitoria), por mencionar algunos.

casos y la forma que prescriben esta Constitución y la Ley, será puesto en libertad a petición suya o de otra persona, mediante el recurso de *hábeas corpus* que podrá ser interpuesto inmediatamente después de la detención y sin consideración de la pena aplicable. El recurso se tramitará con relación a otros casos pendientes mediante procedimiento sumarísimo, sin que el trámite pueda ser suspendido por razón de horas o días inhábiles*.

174) Dicho artículo de la Constitución de 20 de junio de 1992, a la letra dispone: "Esta garantía podrá ser interpuesta 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.

El Hábeas Corpus podrá ser:

1) Preventivo: en virtud del cual toda persona, en trance inminente de ser privada ilegalmente de su libertad física, podrá recabar el examen de la legitimidad de las circunstancias que, a criterio del afectado, amenacen su libertad, así como una orden de cesación de dichas restricciones.

2) Reparador: en virtud del cual toda persona que se halle ilegalmente privada de su libertad puede recabar la rectificación de las circunstancias del caso. El magistrado ordenará la comparecencia del detenido, con un informe del agente público o privado que lo detuvo, dentro de las 24 horas de radicada la petición. Si el requerido no lo hiciese así, el Juez se constituirá en el sitio en el que se halle recluida la persona, y en dicho lugar hará juicio de méritos y dispondrá su inmediata libertad, igual que si se hubiese cumplido con la presentación del detenido y se haya radicado el informe. Si no existieren motivos legales que autoricen la privación de su libertad, la dispondrá de inmediato; si hubiese orden escrito de autoridad judicial, remitirá los antecedentes a quien dispuso la detención.

3) Genérico: en virtud del cual se podrá demandar rectificación de circunstancias que, no estando contempladas en los dos casos anteriores, restrinjan la libertad o amenacen la seguridad personal.

Asimismo, esta garantía podrá interponerse en caso de violencia física, síquica o moral que agraven las condiciones de personas legalmente privadas de su libertad.

En el caso del sistema jurídico mexicano, la institución de la que venimos hablando no se encuentra regulada, toda vez que la misma ha quedado subsumida en el juicio de amparo. En efecto, el juicio de garantías protege la totalidad de derechos públicos subjetivos, entre ellos el de la libertad personal. (177)

No obstante lo anterior, si hacemos un breve recorrido por los textos constitucionales del siglo XIX, nos encontramos con un antecedente de la institución del hábeas corpus. En efecto, en los Elementos Constitucionales de López Rayón de 1811, en el punto 31, se dispuso: "Cada uno se respetará en su casa como en un asilo sagrado, y se administrará con las ampliaciones, restricciones que ofrezcan las circunstancias, la ley Corpus Hábeas de la Inglaterra". (178)

b) Revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes

También en los sistemas angloamericanos figura la revisión judicial de las leyes, la cual estudiaremos al hablar de los sistemas o modelos de justicia constitucional en el derecho comparado.

La ley reglamentará las diversas modalidades del Hábeas Corpus, las cuales procederán incluso durante el Estado de Excepción. El procedimiento será breve, sumario y gratuito, pudiendo ser iniciado de oficio.

175) El precepto de la Constitución de 1993, señala: "La acción de Hábeas Corpus, que proceda ante el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza la libertad individual, o los derechos constitucionales conexos".

176) El citado artículo de la Constitución de 1966, textualmente dispone: En caso de prisión indebida el interesado o cualquier persona podrá interponer ante el Juez competente el recurso de *habeas corpus*, a fin de que la autoridad aprehensora explique y justifique de inmediato el motivo legal de la aprehensión, estándose a lo que decida el Juez indicado.

177) Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *El juicio de amparo*, México, Porrúa, 1964, pp. 243-245.

178) Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-1975*, sexta edición, México, Porrúa, 1975, p. 26.

B) Por otra parte, en los sistemas iberoamericanos figuran como instrumentos procesales de protección de los Derechos Humanos, además de la revisión judicial de las leyes y de cierta influencia del sistema europeo caracterizada por la existencia de una jurisdicción especializada (Tribunales Constitucionales), la acción de amparo, el *mandado de segurança brasileiro* y la acción o recurso popular de Inconstitucionalidad.

a) Acción, recurso o juicio de amparo (179)

Han sido diversas las significaciones que se han utilizado en el devenir histórico para describir el vocablo amparo. Rebasaría los límites de este trabajo referirse a todas y cada una de las mismas con la profundidad que se requiere, por lo que sólo haremos una explicación sucinta.

Un breve recorrido por el derecho indiano y, fundamentalmente por el derecho hispánico, nos proporciona tres distintas acepciones del vocablo amparo, mismas que en cierta medida han resurgido en algunos pueblos iberoamericanos. La primera, que lo consideró como un recurso de impugnación de resoluciones judiciales. En este sentido, constituyó un auténtico recurso procesal.

179) En el desarrollo de este apartado seguimos el excelente trabajo del jurista mexicano Héctor Fix-Zamudio, que consigna bajo el rubro "Diversos significados jurídicos del amparo en el derecho iberoamericano", y que aparece publicado en el *Boletín Mexicano de Derecho Comparado de México*, número 52, enero-abril de 1965, pp. 119-152, reproducido en la obra del mismo autor *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*, op. cit. supra nota 114, pp. 19-52.

En una segunda acepción se le consideró y, hasta donde tenemos conocimiento, se le considera actualmente en algunos ordenamientos iberoamericanos, como un interdicto posesorio. Así tenemos que la República de Honduras en su Código de Procedimientos (civil y penal), promulgado el 8 de febrero de 1906, artículos 662 a 674, consagra la "querrela de amparo", como un interdicto para conservar la posesión de bienes raíces o de derechos reales constituidos por ellos.

En igual sentido lo consagra el Código de Procedimiento Civil de la República de Nicaragua (artículos. 1654 y 1655), de 7 de noviembre de 1905.

Situación distinta se presenta en el Código de Procedimientos Civiles de El Salvador, publicado en el *Diario Oficial* 219, tomo 177, del 20 de noviembre de 1957, puesto que aun cuando lo regula en su acepción de interdicto, difiere de los anteriores en cuanto a denominación y finalidad.

En efecto, el Código salvadoreño lo denomina "amparo posesión" y su finalidad es de protección de la posesión de cosa mueble o inmueble (artículos. 772 a 789). (180)

180) Dice el artículo 772. "Cualquiera que poseyendo alguna cosa mueble o inmueble, por sí o por otro, sea perturbado en la posesión, pueda pedir se le ampare en ella, ofreciendo probar su posesión pacífica y la perturbación".

Igual significación que la anterior, le da el Código Procesal Civil y Mercantil de la República de Guatemala, de 14 de septiembre de 1963, en sus artículos 253 y 254, aun cuando el alcance del "amparo posesión o de tenencia" es únicamente respecto de bienes inmuebles. (181)

Una connotación de conservación y restitución es la que se le otorga al amparo en el derecho venezolano, en los artículos 770 y 771 del Código Civil en relación con el artículo 596 del Código de Procedimiento Civil de 4 de julio de 1916. (182)

A la significación del amparo como Interdicto y las modalidades que presenta, debe agregarse aquella que la considera como un procedimiento que tiene por finalidad eximir a los justiciables de escasos recursos económicos del pago de costas judiciales. Aceptación que es calificada en algunas legislaciones como el "amparo pobreza". (183)

181) Así, el artículo 253 dice: "Procede este interdicto cuando el que se halla en posesión o tenencia de un bien inmueble es perturbado en ella, por actos que pongan de manifiesto la intención de despojarlo...".

182) Dice a la letra el artículo 596: "En los casos de los artículos 770 y 771 del Código Civil, habiendo constancia de la perturbación o del despojo, el Juez debe decretar el amparo o la restitución sin citación de la otra parte, con la mayor celeridad en el procedimiento, contra el autor de la perturbación o del despojo".

183) Fix-Zamudio, Héctor, *op. ult. cit.* pp. 31-32.

En tal sentido, Fix-Zamudio destaca como ejemplo el caso del Código Judicial colombiano (Ley 105 de 1931), que en sus artículos 584 a 592 regulan el "amparo pobreza". (184)

También el Código Judicial de Panamá de 1 de julio de 1917, reformado por la Ley 52 de 1925, regula el amparo pobreza como un instrumento de defensa de los que no obtengan una cantidad determinada al año, ya sea producto de sus bienes, industria, profesión o trabajo. En tal condición, se realiza un procedimiento sumárisimo para que se le ampare para litigar como pobre. (185)

Conviene señalar aquí, y en relación con la acepción antes referida, que en el caso de sistema jurídico mexicano tal beneficio es ignorado porque nuestra Constitución Federal de 1917, en su artículo 17, prohíbe el cobro de las costas judiciales estableciendo, teóricamente, la gratuidad de los servicios jurisdiccionales.

Por nuestra parte, coincidimos con Fix-Zamudio que la acepción paradigmática del vocablo amparo y la de mayor divulgación, es aquella que lo considera

184) De los artículos 584 y 585 se desprende la finalidad de esta acepción del amparo. Los restantes artículos hablan del procedimiento de esta institución.

Dice textualmente el artículo 584: "Todo el que tenga interés en seguir un juicio para la efectividad de un derecho que no haya sido adquirido por cesión, o que tenga que defenderse del pleito que le hayan promovido, y no pueda hacer los gastos del litigio sin menoscabar lo absolutamente necesario para su subsistencia y la de aquellas personas a quienes debe alimentos por ministerio de ley, tiene derecho a que se le ampare para litigar como pobre".

El artículo 585 dice: "El amparado no está obligado a hacer uso de papel sellado, ni a pagar portes de correo, ni ninguna otra expensa judicial, y no puede ser condenado en costas".

185) Fix-Zamudio, Héctor, *op. ult. cit.* p. 32.

como un instrumento procesal de protección de los Derechos Humanos y de la supremacía de las disposiciones constitucionales. (186) Sin embargo, la extensión en su concepción protectora difiere en los diversos ordenamientos iberoamericanos. Por esta razón, Fix-Zamudio nos habla de tres categorías fundamentales. La primera categoría se integra por aquellos ordenamientos que consideran al amparo como un instrumento procesal de protección de la libertad de la persona humana contra las detenciones arbitrarias. Diríamos que concebida así esta institución, sería sinónimo de hábeas corpus.

A esta categoría pertenecía la Constitución chilena de 18 de septiembre de 1925, puesto que de la lectura de su artículo 16 (187) se desprende que en verdad se trata de la figura del hábeas corpus, empero, la doctrina y la jurisprudencia generalizaron la idea de que tal artículo se refería al recurso de amparo.

En la actual Constitución de Chile, aprobada por plebiscito de 11 de septiembre de 1980, y en atención a lo dispuesto en su artículo 20, el recurso de amparo en los términos antes indicados, es sustituido por lo que se califica como "recurso de protección", el cual tutela ya una amplia gama de derechos individuales y sociales. (188)

186) *Idem*.

187) Reglamentado por los artículos 306 a 317 del Código de Procedimiento Penal de 12 de junio de 1906, reformado el 30 de agosto de 1952. *Ibidem*, p. 33.

188) Fix-Zamudio, Héctor, *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Madrid, Civitas-UNAM, 1982, p. 103, acertadamente señala que tal protección se da desde un plano teórico en virtud del régimen imperante, en el cual la violación de los Derechos Humanos se presenta constantemente.

Con independencia de dicho recurso, el artículo 21 prevé la existencia de otro que, sin tener denominación alguna, bien podría asimilarse al hábeas corpus, es decir, a través de una instancia judicial se protege la libertad personal. Esta situación nos conduce a la afirmación, aun cuando desde un punto de vista teórico, que el ordenamiento fundamental chileno ha pasado a formar parte de la primera categoría de la que hablamos en párrafos posteriores.

También a esta primera categoría pertenecía Argentina, país en el cual encontramos diversos códigos procesales penales de las provincias, particularmente el de la capital y territorios nacionales, cuyos artículos 617, 640 y 645 hacen alusión al hábeas corpus como sinónimo de recurso de amparo. Esta situación ha cambiado notablemente en Argentina como veremos en párrafos posteriores.

Una situación parecida y al mismo tiempo confusa, hasta antes de la ley de amparo de 1988, era la que se presentaba en el sistema jurídico venezolano, toda vez que el artículo 49 en relación con el 5º transitorio de la Carta Fundamental provocaron diversas opiniones en la doctrina y la jurisprudencia. Expliquemos el porqué de esta situación. El artículo 5º transitorio establece una serie de medidas que deberán observarse en tratándose del amparo de la libertad personal, en tanto no se expidiera la ley especial que lo regulara de conformidad con el artículo 49 de la misma Ley Fundamental. Por su parte, el artículo 49 señala que los tribunales deberán amparar a los habitantes en el goce de los derechos y garantías que la Carta Fundamental les reconoce. Es el caso de que este último precepto no había sido reglamentado y, por tanto, no se podía precisar si las reglas contenidas en el citado artículo 5º transitorio se aplicaban a la totalidad de los derechos o únicamente al amparo como sinónimo de protección de la libertad personal.

La segunda categoría de ordenamientos se integra por aquellos que conciben al amparo como instrumento procesal de protección de los Derechos Humanos, excepción hecha de la libertad personal, la cual es protegida de manera independiente por la institución del hábeas corpus o exhibición

personal, regulada por una ley especial o por capítulos especializados en ordenamientos relativos a los procedimientos constitucionales. (189)

La conceptualización del amparo en los términos antes señalados, ha tenido notable divulgación y aceptación en diversas constituciones. Así tenemos, la de Bolivia (artículos. 18 y 19), Costa Rica (artículo 48), (190) Ecuador (artículo 17, inciso i), El Salvador (artículos. 11 y 174), (191) Guatemala (artículos. 263 a 265), (192) Honduras (artículos. 182 y 183), Nicaragua (artículo 45), (193) Panamá (artículos. 23 y 50), (194) Paraguay (artículo 133 y 134), y Perú (artículo 200). (195) También dentro de este grupo se puede considerar las

189) Fix-Zamudio, Héctor, "La protección procesal de las garantías individuales en América Latina", en *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Ginebra, Suiza, diciembre de 1968, p. 38. También aparece en el libro del mismo autor *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*, op. cit. *supra* nota 114, p. 77.

190) Dicho precepto es reglamentado por la Ley número 1161 de Amparo, de 26 de mayo de 1950, y por la Ley número 35 de *Habeas Corpus*, de 24 de noviembre de 1932.

191) Ambos preceptos son reglamentados por la Ley de Procedimientos Constitucionales, publicada por Decreto número 2995, de fecha 22 de enero de 1960. Esta ley, según lo dispuesto por su artículo 88, deroga la Ley de Amparo emitida por Decreto número 7, de fecha 25 de septiembre de 1950, publicada el 9 de octubre del mismo año.

192) Preceptos reglamentados por la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, promulgada por Decreto número 1-86, de fecha 8 de enero de 1986, misma que entró en vigor el 14 de enero del mismo año. Esta ley, deroga la ley del mismo nombre, de fecha 20 de abril de 1966.

193) Reglamentado por la mal llamada Ley de Amparo para la Libertad y Seguridad Personal, promulgada por Decreto número 232, de 4 de enero de 1980, y por la Ley de Amparo, promulgada por Decreto número 417, de fecha 20 de mayo de 1980.

194) Ambos preceptos reglamentados por la Ley número 46, de fecha 24 de noviembre de 1958, sobre Instituciones de Garantía.

195) Consideramos que respecto de la reglamentación de dicho precepto de la Constitución de 1993, sigue teniendo aplicación la Ley número 23506 de *Habeas Corpus* y Amparo, promulgada el 8 de diciembre de 1982.

constituciones Argentina, Chile y Venezuela, respecto de las cuales a continuación hacemos algunas precisiones.

En el caso de la República de Argentina, la evolución de la institución del amparo se llevó a cabo en dos ámbitos, de conformidad con su estructura federal. En la esfera provincial, en donde la mayoría de las constituciones regularon esta figura jurídica, y en el ámbito de la jurisprudencia federal. En ambos casos, considerando al amparo como instrumento procesal de protección de los Derechos Humanos, excepción hecha de la libertad personal que se encontraba tutelada por el hábeas corpus.

Este notable avance se vio afectado con la expedición de la Ley Nacional sobre Acción de Amparo, número 16.986, de 18 de octubre de 1966, puesto que redujo su ámbito de protección a los actos de autoridad y dispuso la improcedencia respecto de actos que ponen en peligro la continuidad de los servicios públicos, así como respecto de aquellos actos que provengan de los órganos de seguridad nacional.

Dicha Ley también establece, en su artículo 18, su ámbito de aplicación circunscribiéndolo a la Capital Federal y al Territorio de Tierra del Fuego Antártida e Islas del Atlántico Sur; y será aplicada por los jueces federales de las provincias cuando el acto que se esté impugnando provenga de una autoridad nacional.

A raíz de la entrada en vigor del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, el 20 de septiembre de 1968, la Ley de Amparo se vio fortalecida con lo que se conoce como "juicio sumarísimo", a través del cual se protegen los

**Derechos Fundamentales cuando son afectados por actos de particulares.
(196)**

Por otra parte, el caso de la Constitución venezolana, hasta antes de la Ley de Amparo de 1988 resultaba confuso, puesto que su artículo 49 consagra, aparentemente, el amparo de manera amplia, es decir, como un instrumento procesal de protección de la totalidad de los Derechos Fundamentales incluyendo, desde luego, la libertad personal. Sin embargo, la disposición 5° transitoria de la misma Carta Fundamental establece una serie de reglas que deberán observarse en tratándose del amparo de la libertad personal.

Al respecto, tanto la doctrina venezolana como la exposición de motivos de la Ley de Hábeas corpus elaborada por el Ministerio de Justicia en el año de 1965, consideraron que el amparo regulado por el artículo 49 se refiere a la protección procesal de todos los Derechos Fundamentales, excepción hecha de la libertad personal, puesto que en este último caso se deberían observar las reglas que consagra el artículo 5° transitorio. (197)

Con la expedición de la Ley de Amparo de 1988, la situación quedó definida al regularse el hábeas corpus con el nombre de amparo libertad.

196) El texto íntegro de la Ley puede consultarse en *Anales de Legislación Argentina*, Buenos Aires, Sociedad Anónima Editora, T. XXVI-C, La Ley, 1966, pp. 1491-1493. Sobre el amparo en el Derecho Argentino y la Ley de 1966, consultar la extensa monografía de Sagüés, Néstor, *Ley de Amparo (comentada, anotada y concordada con las normas provinciales)*, Buenos Aires, 1979.

197) Fix-Zamudio, Héctor, "La protección procesal...", en *op. cit.* pp. 80-81.

En relación con la situación actual que guarda esta institución en la República de Chile, diremos que con anterioridad al golpe militar de 1973, consagró la institución del amparo como sinónimo de hábeas corpus; situación que cambió en la actual Constitución, aprobada por plebiscito de 11 de septiembre de 1980.

El recurso de amparo fue sustituido por lo que el artículo 20 constitucional denomina "recurso de protección", el cual tutela una serie de Derechos Fundamentales.

Este instrumento protector de los Derechos Humanos, ha sido dotado de un procedimiento ágil que puede ser iniciado directamente por el afectado en sus derechos, o bien, por cualquier persona en su nombre.

Los presupuestos de este recurso de protección son:

- a) Una acción u omisión ilegal o arbitraria.
- b) La producción de privación, perturbación o amenaza en el ejercicio de sus Derechos Fundamentales.
- c) Que ese derecho se encuentre en los que numera taxativamente el artículo 20 de la Constitución. (198)

198) Noriega Alcalá, Humberto, "El sistema constitucional chileno", en obra *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Madrid, Editorial Dickinson, 1992, pp. 275-323.

En el artículo 21 de la Constitución, aun cuando no de manera expresa, se consagra un recurso similar al hábeas corpus. Por esta razón, consideramos que el sistema jurídico chileno pertenece a esta segunda categoría. (199)

El tratadista Humberto Noriega Alcalá, considera que el artículo 21 de la actual constitución chilena regula el recurso o acción de amparo y que procede: a) cuando la persona se encuentra arrestada, detenida o presa y b) que la privación de la libertad se haya efectuado con franca transgresión a lo dispuesto en la Constitución y las leyes. (200)

Una tercera categoría que ha caído en desuso, es aquella que agrupa a aquellos ordenamientos en donde la institución del amparo es un instrumento a través del cual se tutelan los Derechos Fundamentales, la libertad personal y se realiza el examen de inconstitucionalidad de las leyes. Fueron ejemplos, actualmente no lo son, las legislaciones de Guatemala y Honduras.

En efecto, la Constitución de Guatemala de 2 de febrero de 1956, dispuso en su artículo 79, que "El amparo tiene como función esencial el mantenimiento

199) Fix-Zamudio, Héctor, *op. ult. cit.* pp. 102-103.

200) *Op. ult. cit.* p. 318.

de las garantías constitucionales y la invulnerabilidad de los preceptos de la Constitución".

Las Constituciones de Honduras de 19 de diciembre de 1957 y de 28 de marzo de 1936, en sus artículos 67 y 33, respectivamente, dispusieron que: "Toda persona tiene el derecho para requerir amparo contra cualquier atentado o arbitrariedad de que sea víctima y para hacer efectivo el ejercicio de todas las garantías que esta Constitución establece, cuando sea individualmente coartada en el goce de ellas, por leyes o actos de cualquier autoridad, agente o funcionario público".

c) Mandado de seguridad (mandato de amparo)

Una de las aportaciones importantes al derecho procesal constitucional lo constituye el *mandado de seguridad* brasileño, que en tanto garantía constitucional protege los Derechos Humanos consagrados constitucionalmente, excepción hecha de la libertad personal que es tutelada por la figura jurídica del *habeas corpus*.

A partir de su introducción en la Constitución Federal de Brasil del 16 de julio de 1934, (201) este instrumento procesal ha tenido un notable desarrollo

201) El artículo 113, apartado 33, dispuso: "Darás mandamiento de seguridad para la defensa de derecho, cierto e incontestable, amenazado o violado por acto manifiestamente inconstitucional o ilegal de cualquier autoridad. El procedimiento será el mismo del *habeas corpus*, debiendo ser siempre oída la persona de derecho público interesada. El mandamiento no perjudica las acciones petitorias correspondientes". Brewer Carías, Allan R., *Garantías constitucionales de los derechos del hombre*, Colección monográfica jurídica, número 1, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1976, p. 86.

doctrinal, legal y jurisprudencial, que se ve reflejado en la consagración de dicha figura jurídica en las constituciones subsecuentes.

El surgimiento del *mandado de seguridad*, rompió con la ampliación desmedida del hábeas corpus por la aplicación de lo que conoce como "doctrina brasileña del hábeas corpus", que permitió la protección de todo el marco de libertades públicas del gobernado a través de esta institución.

En efecto, ya en la Constitución de 1946, artículo 141, apartado 23 y 24, se estableció con claridad la diferencia entre el hábeas corpus y el *mandado de seguridad*, y cuyo texto fue trasplantado íntegramente a la Constitución de 1967, artículo 153, parágrafo 21, al disponer:

El *habeas corpus* tendrá lugar siempre que alguien sufra o hallare amenazado de sufrir violencia o coacción en su libertad o movilidad, por ilegalidad o abuso del poder. En las transgresiones disciplinarias no corresponde al *habeas corpus*. Para proteger derecho firme y cierto no amparado por *habeas corpus*, se concederá mandamiento de seguridad sea cual fuere la autoridad responsable de la ilegalidad o abuso del poder. (202)

Dicha situación prevalece en la Constitución vigente de 1988, en su artículo 5o., fracciones LXVIII y LXIX.

Esta institución procede contra actos administrativos y resoluciones administrativas que vulneren derechos y libertades públicas, y que se traduce en una orden del juez para la autoridad administrativa a fin de que realice determinado acto o se abstenga de hacerlo, existiendo la posibilidad de que el-

202) Brewer Carías, Allan R., *op. ult. cit.* p. 86.

mismo juez adopte medidas o providencias precautorias a fin de evitar perjuicios graves e irreparables al solicitante (*mandado liminar*). (203)

El tratadista mexicano Fix-Zamudio, refiriéndose a la procedencia de este instrumento de garantía, expone:

... el *mandado de seguridad* opera muy eficazmente como instrumento procesal para proteger los derechos de los gobernados consagrados constitucionalmente, pues si bien es verdad la institución nos llevaría a la conclusión de que sólo protege a los particulares contra la ilegalidad y el abuso del poder, sin referirse a los actos inconstitucionales, debe admitirse, como lo han hecho la doctrina y las decisiones de los tribunales, que esta protección de los derechos constitucionales se encuentra implícita, ya que se considera que este instrumento tutela todos los derechos de la persona humana de carácter constitucional, con exclusión de la libertad personal, ... (204)

No obstante las limitaciones de procedencia que presenta esta institución, debemos señalar que existe una fuerte corriente de pensamiento que considera que puede aplicarse excepcionalmente contra disposiciones legislativas y resoluciones judiciales.

Debemos aclarar que respecto de disposiciones legislativas, se ha considerado que el *mandado de seguridad* no puede proceder contra la ley en abstracto, sino respecto de los actos de aplicación de las mismas, toda vez que no se

203) Fix-Zamudio, Héctor, *Protección jurídica de los Derechos Humanos. Estudios comparativos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991, pp. 45-46.

204) *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, op. cit. *supra* nota 188, p. 135.

puede juzgar al órgano legislativo en su función de creador de normas legales, sino solamente en actividades de carácter administrativo. (205)

En relación con la procedencia contra resoluciones judiciales, existen opiniones a favor y en contra. Sin embargo, una posición intermedia y que ha tenido aplicación práctica, es aquella que considera que en casos excepcionales puede utilizarse, sobre todo cuando no exista contra una resolución un recurso eficaz con efecto suspensivo que evite un perjuicio de difícil o imposible reparación.

Finalmente, diremos que la actual Constitución brasileña de 1988, regula este instrumento procesal en su artículo 5º, fracciones LXIX y LXX, con una innovación importante: La procedencia del mandado de seguridad colectivo, que puede ser solicitado por:

- a) un partido político con representación en el Congreso Nacional, y
- b) una organización sindical, un agrupamiento social o una asociación legalmente constituida y funcionando desde al menos un año, en defensa de los intereses de sus miembros o asociados.

d) Acción popular o recurso de inconstitucionalidad

Como consecuencia del natural y lógico proceso evolutivo de las instituciones jurídicas, la mayoría de los ordenamientos latinoamericanos han adoptado el denominado "sistema americano" de constitucionalidad de las leyes (*Judicial*

205) Fix-Zamudio, Héctor, "La protección procesal de las garantías individuales en América Latina", en *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos, op. cit. supra* nota 114, p. 69.

review), consistente en el otorgamiento a un órgano judicial ordinario en su totalidad, o a un sector de éste, o sólo al Tribunal de mayor jerarquía el conocimiento de las cuestiones de constitucionalidad de las leyes, en contraposición al denominado "sistema europeo o austriaco", cuya característica fundamental radica en la existencia de un Tribunal o Corte Constitucional como órgano especializado encargado de conocer lo relativo a las cuestiones de constitucionalidad de las leyes, es decir, la creación de una jurisdicción especializada.

No obstante lo anterior, y sin apartarse de los postulados fundamentales del sistema americano, diversos ordenamientos latinoamericanos han incorporado diversas modalidades o matices, creando nuevas instituciones jurídicas encargadas del control constitucional de las leyes.

Ejemplo de lo anterior lo es la acción popular de inconstitucionalidad, que ha sido introducida en varios ordenamientos constitucionales latinoamericanos.

La acción popular de inconstitucionalidad es un instrumento procesal de protección de gran parte de los Derechos Humanos consagrados constitucionalmente, además de constituir una garantía procesal de las normas constitucionales que regulan el funcionamiento de los órganos del poder. En efecto, esta institución trasciende en su protección de las normas que consagran Derechos Humanos a las demás que, como se ha dicho, regulan el adecuado funcionamiento de los órganos de poder, sobre todo si consideramos que toda disposición legal debe necesariamente ajustarse a las normas constitucionales.

Las características más relevantes de esta institución son, desde nuestro particular punto de vista, las siguientes:

- a) Cualquier persona, aún cuando carezca de interés jurídico, por no resultar afectada por la disposición u ordenamiento impugnado, puede interponer la acción popular de inconstitucionalidad.
- b) Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una ley, son de carácter general, es decir, *erga omnes*.
- c) Correlativo del punto anterior, es la similitud que guardan las resoluciones de inconstitucionalidad de las leyes con el sistema europeo o austriaco.
- d) Su coexistencia al lado de otros instrumentos procesales de protección de los Derechos Humanos, como lo son el recurso de amparo y el hábeas corpus.

Ahora bien, la acción popular de inconstitucionalidad debe considerarse como una institución naciente en latinoamérica, que se origina primeramente en los textos constitucionales de Colombia y Venezuela, a los cuales se han sumado los de El Salvador, Cuba, Perú, Uruguay y la provincia argentina del Chaco.

Por cuanto se refiere a la regulación de esta institución en el ordenamiento jurídico de Colombia, J.A.C. Grant señala que ya desde el año de 1850 cualquier ciudadano podía pedir a la Corte Suprema de Justicia la nulidad de una ordenanza. (206)

206) Grant, J.A.C., *El control jurisdiccional de las leyes*, Cit. por Fix-Zamudio, Héctor, *La protección procesal ...*, cit. supra nota 188, p. 137.

Ya en el texto original de la Constitución de 1886, se estableció la facultad de la Corte Suprema de Justicia para pronunciarse con efectos generales sobre la inconstitucionalidad de las leyes que le fueran sometidas por el Ejecutivo.

Con la modificación a dicha Constitución, ocurrida en el año de 1910 (acto legislativo número 3), se incorporó de manera clara la acción popular de inconstitucionalidad.

El ordenamiento constitucional colombiano de 1886, reformado el 4 de diciembre de 1979, según el tratadista Carlos Restrepo Piedrahita, consagra cinco vías para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes. Dice textualmente:

... el ordenamiento jurídico colombiano se sustenta en la máxima garantía del sistema: el control de constitucionalidad que se ejerce por cinco vías: la primera consiste en las objeciones gubernamentales sobre proyectos de leyes; la segunda -acción popular- está abierta a cualquier ciudadano que puede demandar ante la Corte Suprema de Justicia las leyes y tres especies de decretos-leyes por ser lesivos de la Constitución. La tercera - incidental- se localiza en juicios que se tramiten ante autoridades judiciales o administrativos cuando una parte interesada opone la excepción de inconstitucionalidad, que debe ser resuelta por el funcionario respectivo. La cuarta -inmediata, automática- está diseñada para el control de otras dos especies de decretos-leyes que el gobierno dicta en ejercicio de las facultades de Estado de Sitio y del estado de emergencia económica, los cuales tienen que ser enviados directamente a la Corte Suprema, el día siguiente al de su expedición, para que examine y decida si se ajustan o no a los preceptos constitucionales (parágrafos de los artículos 121 y 122). La quinta vía es reservada a las demás categorías de decretos administrativos que el gobierno produce, susceptibles de ser demandados también por vía de acción popular o pública ante el Consejo de Estado, Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo artículos 137 y 216). (207)

207) "El sistema constitucional colombiano", en *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, op. cit. supra nota 198, p. 203.

Este ordenamiento constitucional de 1886, consignó esta institución en su artículo 214. (208) La actual Constitución de Colombia de 1991, aparecida en la *Gaceta Constitucional* número 127, consagra la acción popular de inconstitucionalidad, misma que se promueve ante la también creada Corte Constitucional. Dice el artículo 241, numerales 1, 5 y 10:

A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones.

1. Decir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.

5. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno con fundamento en los artículos 150 numeral 10 y 341 de la Constitución, por su contenido material o por vicios de procedimiento en su formación.

10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la Ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declarada inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.

208) El artículo 214, dispuso a la letra: "A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que se le confieren ésta y las leyes, tendrán las siguientes:

1.- Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el gobierno como inconstitucionales, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

2.- Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de todas las leyes y los decretos dictados por el gobierno en ejercicio de las atribuciones de que tratan los artículos 76, ordinales 11 y 12 y 80 de la Constitución Nacional, cuando fueren acusados ante ella de inconstitucionalidad por cualquier ciudadano.

En las acciones de exequibilidad deberá intervenir siempre el Procurador General de la Nación. En los casos de los artículos 121 y 122, cualquier ciudadano puede intervenir para defender o impugnar la constitucionalidad de los decretos a que ellos se refieren..."

Asimismo el artículo 242, numeral 1, establece:

Los procesos que se adelanten ante la Corte Constitucional en las materias a que se refiere este título, serán regulados por la ley conforme a las siguientes disposiciones:

1. Cualquier ciudadano podrá ejercer las acciones públicas previstas en el artículo precedente, e intervenir como impugnador o defensor de las normas sometidas a control en los procesos promovidos por otros, así como en aquéllos para los cuales no existe acción pública.

En el caso del sistema jurídico venezolano, es en la Constitución de 1858, artículo 113, donde se destacó la competencia de la Corte Suprema en materia de constitucionalidad de leyes, limitándola a "...declarar la nulidad de los actos legislativos sancionados por las legislaturas provinciales, a petición de cualquier ciudadano, cuando sean contrarios a la Constitución". (209)

Con posterioridad, la Constitución de 1893 amplió dicha competencia a las leyes, decretos y resoluciones cuando estuvieran en franca contradicción las leyes nacionales entre sí, o éstas con las de los Estados, o las de las mismas de los Estados o cualesquiera de las normas constitucionales.

Podemos afirmar que en el proceso de evolución de los textos constitucionales posteriores se mantuvo dicha situación, pero dentro de un proceso de ampliación del ámbito de control de constitucionalidad del recurso. En la actual Constitución de 1961, podrían ser objeto de la acción o recurso de inconstitucionalidad los actos dictados por el Congreso y las Cámaras

209) Mariñas Otero, Luis, *Las constituciones de Venezuela*, Madrid, 1965, p. 294.

Legislativas, así como aquellos dictados por el Ejecutivo Nacional en ejecución directa de la Constitución.

En este sentido, Allan Brewer Carías señala que los actos que podrían ser impugnados a través de la acción o recurso de inconstitucionalidad eran:

1) Las leyes nacionales; 2) Las leyes estatales; 3) Las ordenanzas municipales; 4) Los actos del Congreso o de las Cámaras Legislativas Nacionales; 5) de las Asambleas Legislativas o de los Consejos Municipales dictados en ejercicio de la función legislativa...; 6) Los actos de Gobierno del Ejecutivo Nacional; 7) Los Reglamentos del Ejecutivo Nacional. (210)

El procedimiento para ejercer la acción o recurso de inconstitucionalidad se encuentra regulado en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976.

Es importante destacar que la vía de inconstitucionalidad no suspende la aplicación de la ley, salvo cuando junto con la acción popular de inconstitucionalidad se realice una acción de amparo a los Derechos Humanos, en cuyo caso, se suspenden los efectos de la ley respecto del accionante mientras dura el juicio. (211)

210) Consultar el análisis que realiza del proceso evolutivo de la acción o recurso de inconstitucionalidad en *"Garantías constitucionales de los derechos del hombre, op. cit. supra* nota 201, pp. 42 y ss. El artículo 215 de la Constitución vigente, ordinales 3 y 4, dice a la letra: "Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia: 3° Declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos de los cuerpos legislativos que colindan con esta Constitución; 4° Declarar la nulidad total o parcial de las leyes estatales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados o Municipios que colindan con esta Constitución;..."

211) Brewer Carías, Allan R., "El sistema constitucional venezolano", en *Los sistemas constitucionales iberoamericanos, op. cit. supra* nota 198, pp. 807-808.

Por su parte, la Constitución de El Salvador de 1983, regula esta institución en su artículo 174, y señala la competencia de la Corte Suprema, a través de su sala constitucional, para conocer y resolver las demandas de inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos.

El ordenamiento constitucional panameño de 1972, reformado en 1978 y 1983, consagra la acción o recurso de inconstitucionalidad en su artículo 203, numeral 1. La acción y la excepción de inconstitucionalidad son competencia de la Corte Suprema de Justicia, quien no puede actuar de oficio, es decir, es necesario que medie una acción, una excepción, o una consulta oficial. (212)

La acción puede ser intentada por cualquier persona, natural o jurídica, nacional o extranjera, aun cuando no tenga un interés jurídico respecto del acto impugnado. En tanto que la excepción de inconstitucionalidad puede ser invocada por cualquier persona que se vea afectada por un acto jurídico o por una disposición legal que considere contraria a la Constitución.

212) Dice el artículo a la letra: "La Corte Suprema de Justicia tendrá, entre sus atribuciones constitucionales y legales, las siguientes:

1. La guarda de la integridad de la Constitución para lo cual la Corte en pleno conocerá y decidirá, con audiencia del Procurador General de la Nación o del Procurador de la Administración, sobre la inconstitucionalidad de las leyes, decretos, acuerdos, resoluciones y demás actos que por razón de fondo o de forma impugne ante ella cualquier persona.

Cuando en un proceso el funcionario público encargado de impartir justicia advirtiere o se lo advirtiere algunas de las partes que la disposición legal o reglamentaria aplicable al caso es inconstitucional, someterá la cuestión al conocimiento del pleno de la Corte, salvo que la disposición haya sido objeto de pronunciamiento por parte de ésta, y continuará el curso del negocio hasta colocarlo en estado de decidir.

Las partes sólo podrán formular tales advertencias una sola vez por instancia*.

Existe también la llamada consulta de inconstitucionalidad que consiste en el conocimiento que se realiza a la Corte Suprema, respecto de una disposición legal o reglamentaria que se considera inconstitucional, por parte del funcionario encargado de impartir justicia.

Son susceptibles del recurso o acción de constitucionalidad todas las leyes, decretos, acuerdos, resoluciones y demás actos. En este sentido, sólo quedan excluidos de esta jurisdicción constitucional, de conformidad con lo establecido por la propia Constitución y la jurisprudencia de la Corte Suprema, las decisiones de la propia Corte o de sus salas, las resoluciones jurisdiccionales emitidas dentro de un proceso, los contratos civiles del Estado y los contratos u otros actos celebrados entre particulares. (213)

La acción popular de inconstitucionalidad, en el caso del ordenamiento jurídico del Perú, fue introducida por vez primera en la Constitución de 1933 y reglamentada en 1963 por la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La Constitución de 1979 reguló esta institución en su artículo 295, párrafo 4º, al disponer:

Hay acción popular ante el Poder Judicial, por infracción de la Constitución o la ley, contra los Reglamentos y normas administrativas y contra las resoluciones y decretos de carácter general que expide el Poder Ejecutivo, los gobiernos regionales y locales y demás personas de derecho público.

213) Quintero, César, "El sistema constitucional panameño", en *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, op. cit. supra nota 198, pp. 658-661.

En la actual Constitución de 1993, aprobada por referéndum, artículo 200, numerales 4, 5 y 6, también se consagró esta figura jurídica al disponerse:

Son garantías constitucionales:

4. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.

Dicho sea de paso que la Constitución vigente incorpora dos acciones importantes como garantías constitucionales: la acción popular y la acción de cumplimiento. Dice el artículo 200, numerales 5 y 6, lo siguiente:

5. La Acción Popular, que procede, por infracción de la Constitución y de la Ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera que sea la autoridad de la que emanen.

6.- La Acción de Cumplimiento, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

El mismo precepto constitucional establece que una Ley Orgánica regulará dichas garantías.

Por otra parte, corresponderá al Tribunal Constitucional el conocimiento de la acción de inconstitucionalidad, en los términos del artículo 202, numeral 1, de la Constitución Política del Perú.

La acción de inconstitucionalidad, durante la vigencia de la Constitución de 1979, careció de significación. (214)

En el caso del Uruguay no fue sino hasta la Constitución promulgada el 18 de mayo de 1934, cuando se reguló expresamente lo relativo a la declaración de inconstitucionalidad de las leyes y otros actos jurídicos. (215)

La Constitución vigente de 1967, con las enmiendas en vigor desde mayo de 1990, consagra la figura procesal de la que venimos hablando, al disponer en su artículo 258, lo siguiente:

La declaración de inconstitucionalidad de una Ley y la inaplicabilidad de las disposiciones afectadas por aquélla, podrán solicitarse por todo aquél que se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo:

1o. Por vía de acción, que deberá entablar ante la Suprema Corte de Justicia.

2o. Por vía de excepción, que podrá oponer en cualquier procedimiento judicial.

Como una excepción a la regla general y con independencia de la vía que se utilice, la declaración de inconstitucionalidad sólo determina la inaplicabilidad

214) García Belaunde, Domingo, "El sistema constitucional peruano", en *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, op. cit. supra nota 198, pp. 728-729.

215) Sobre la historia de la Constitución uruguaya consultar el estudio realizado por Gros Espiell, Héctor, "La jurisdicción constitucional en el Uruguay", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año 22, número 35, mayo-agosto de 1979, pp. 433-460.

de las disposiciones afectadas en el caso concreto, es decir, carece de efectos *erga omnes*. (216)

Finalmente, no podemos soslayar las características que presentó esta figura jurídica en la Constitución de Cuba del 26 de julio de 1940, en donde se confirió, tanto al Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales como a una sala especializada del Tribunal Supremo, el conocimiento del recurso de inconstitucionalidad de las leyes que podía ser interpuesto por cualquier persona afectada, además de 25 ciudadanos simplemente por su calidad de tales. Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad eran *erga omnes*.

Estas características de la acción popular de inconstitucionalidad fueron incorporadas en la Constitución de 7 de febrero de 1959, aun cuando no tuvieron aplicación práctica.

En la Constitución vigente de 24 de febrero de 1976, se atribuye al órgano legislativo denominado Asamblea Nacional del Poder Popular la facultad de decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, decreto-leyes, decretos y

216) Esteve Gallicchio, Eduardo G., "El sistema constitucional uruguayo", en *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, op. cit. *supra* nota 198, pp. 761-762.

demás disposiciones generales. Esta facultad la comparte con el llamado Consejo de Estado.

Resulta evidente que atribuir al órgano legislativo dicha facultad, adolece de imparcialidad, además de que dicha Asamblea no es propiamente un órgano técnico para decidir las cuestiones de constitucionalidad de las leyes. (217)

C) Como hemos expresado, gran parte de los ordenamientos constitucionales de Europa continental han desarrollado significativamente una jurisdicción especializada encargada de proteger los Derechos Humanos y de conocer lo relativo a las cuestiones de constitucionalidad de las leyes. Esta instancia jurisdiccional especializada se ha denominado Corte o Tribunal Constitucional.

También hemos señalado en párrafos precedentes, que esta jurisdicción especializada surgió en la Constitución Federal austriaca de 1920, inspirada en las ideas del ilustre maestro de la escuela de Viena, Hans Kelsen.

En el sistema austriaco, así calificado, la tutela de los derechos consagrados constitucionalmente se realiza a través de los recursos constitucionales (*Verfassungsbeschwerde*) y de la instancia judicial para la declaración de inconstitucionalidad de las leyes aplicables en un caso concreto (*Richterclage o Konkrete Normenkontrolle*).

217) Sobre la evolución del sistema cubano consultar el trabajo de García Alzugaray, Miguel Ángel, "El sistema constitucional cubano", en *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, op. cit. *supra* nota 198, pp. 245-271.

a) Los Recursos Constitucionales

A través del recurso constitucional se protege, en principio, todos de los Derechos Humanos consagrados constitucionalmente, toda vez que existen ordenamientos jurídicos en los cuales dicho recurso constitucional no tutela todos los derechos públicos subjetivos, sino exclusivamente los calificados como fundamentales, *verbigracia*, la Constitución Federal de Alemania. (218)

En efecto, no todos los ordenamientos que consagran el recurso constitucional han delimitado el ámbito de los derechos constitucionales tutelados ni el de los actos tutelados por esta garantía constitucional. Así, por ejemplo, tenemos que en Suiza no solamente se protegen los Derechos Fundamentales clásicos, sino también aquellos derechos subjetivos y situaciones jurídicas que se deriven de las disposiciones contenidas en la Constitución.

En el caso del ordenamiento constitucional austríaco, el *Beschwerde* se refiere a las pretensiones procesales surgidas en relación con los actos administrativos tanto de las autoridades centrales como locales, y el *Staatsrechtliche Beschwerde* suizo procede contra los actos legislativos, ejecutivos y jurisdiccionales de las autoridades cantonales.

218) Cascajo Castro, José Luis, "La jurisdicción constitucional de la libertad", en *Revista de Estudios Políticos*, Instituto de Estudios Políticos, número 199, enero-febrero 1975, Madrid, p. 169, señala que debe pensarse que el recurso constitucional debe ser un instrumento que tutele los derechos sociales y no solamente los Derechos Fundamentales clásicos.

Por su parte, en el ordenamiento alemán el *Verfassungsbeschwerde* procede contra leyes, actos administrativos y decisiones judiciales, tanto en el ámbito federal como al nivel de *Länder* o de otra corporación de derecho público.

Por cuanto a las características que presentan, en términos generales, los recursos constitucionales, podemos mencionar las siguientes:

1. Puede ser interpuesto por cualquier persona física o colectiva afectada en sus Derechos Fundamentales consagrados constitucionalmente por cualquier acto de cualquier autoridad, ya sea ejecutiva, legislativa o judicial, inclusive procede contra violaciones a disposiciones electorales.
2. Es necesario agotar, por regla general, los recursos o medios de defensa ordinarios que procedan contra los actos y resoluciones que se consideren violatorios de los Derechos Fundamentales, excepción hecha de cuando el Tribunal o Corte Constitucional considere que la impugnación debe proceder sin agotar la vía ordinaria, por estimar que existe un interés general o porque se puede causar un perjuicio grave o irreparable al recurrente.
3. Correlativo de lo anterior, es el hecho de que la mayoría de los recursos constitucionales se interponen contra resoluciones judiciales firmes dictadas en única o última instancia de tribunales federales o locales.
4. En este sentido, este instrumento procesal es un auténtico recurso técnico toda vez que se hace valer, por lo general, contra resoluciones judiciales.

5. Excepcionalmente se presenta una acción constitucional a través del *Verfassungsbeschwerde*, cuando existe un interés general o se puede causar un daño irreparable al promovente.

6. Como consecuencia de la interposición de un recurso constitucional, el Tribunal o Corte Constitucional puede dictar medidas precautorias a fin de evitar un daño grave o irreparable al promovente o cuando se trate del interés general.

7. En el caso de una ley autoaplicativa o de un acto apoyado en una ley inconstitucional, además de declarar la nulidad del acto lo hará también respecto de la inconstitucionalidad de la ley con efectos *erga omnes*. (219)

Veamos brevemente, la regulación y el procedimiento del recurso constitucional en los principales sistemas jurídicos de Europa Continental (austriaco, alemán e italiano).

En el ordenamiento jurídico austriaco, el *Beschwerde* surgió en la Ley Fundamental sobre el Tribunal Superior del Imperio (*Reichsgericht*) del 21 de diciembre de 1867 (220) y se perfecciona en la Constitución Federal de 1920, artículo 144, restablecida en el año de 1945.

219) Fix-Zamudio, Héctor, *La protección procesal de los Derechos Humanos ante las jurisdicciones nacionales*, op. cit. *supra* nota 188, pp. 165-175.

220) El Tribunal del Imperio, al momento de la fundación de la República (1918-1919), se convierte en un tribunal constitucional al ser regulado por los arts. 137 y 148 de la Constitución Federal.

Actualmente se encuentra reglamentado por los artículos 82 a 88 de la Ley sobre la Corte Constitucional de 1957, y puede ser interpuesto por cualquier persona, inclusive extranjera.

El Tribunal Constitucional con base en las normas constitucionales y demás reglas complementarias, ha dividido el procedimiento establecido en el artículo 144 constitucional en dos partes. La primera, relativa a los requisitos de admisibilidad del recurso y, la segunda, relativa al procedimiento seguido para el examen de violación al Derecho Fundamental. (221)

El profesor de la Universidad de Viena, Félix Ermacora, establece que los requisitos de admisibilidad son:

1. El alegato según el cual una persona ha sido lesionada en un derecho constitucional.
2. La existencia de un acto anticonstitucional que es atacado.
3. La prueba de que el recurrente es una víctima de la pretendida violación.
4. La necesidad de agotar todas las vías administrativas legalmente previstas.

221) Conviene precisar que el artículo 144 no habla de Derechos Fundamentales sino de Derechos Constitucionales.

5. Que se respete el plazo de seis meses desde que la decisión administrativa ha sido dictada. (222)

Durante la tramitación del recurso constitucional, el Tribunal si no rechaza la demanda, en las siguientes fases se aplicará subsidiariamente el Código de Procedimiento Civil y su resolución podrá consistir en lo siguiente:

1. Declarar la demanda como no fundada.
2. Declarar nula la decisión administrativa que se impugna.
3. Declarar que la medida administrativa es inconstitucional.

La ejecución de las sentencias del Tribunal Constitucional, está conferida a los tribunales ordinarios, de conformidad con el artículo 146 de la Constitución Federal y, en caso de inconstitucionalidad, al Presidente de la República.

Finalmente, debemos destacar que la Ley del 1º de julio de 1976 amplió la competencia tanto de la Corte Constitucional como del Tribunal Administrativo, perfeccionando el recurso constitucional y delimitando las competencias del Tribunal Administrativo y de la Corte Constitucional. (223)

222) "El Tribunal Constitucional Austriaco", en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, colección estudios constitucionales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 276-277.

223) Fix-Zamudio, Héctor, *Los Tribunales Constitucionales y los Derechos Humanos*, México, UNAM, 1980, p. 53.

Por otra parte, de los sistemas de justicia constitucional inspirados en el modelo austriaco, el que mayor grado de evolución ha mostrado es el consagrado en la Constitución Federal de Alemania promulgada el 23 de mayo de 1949.

El Tribunal Constitucional Federal coexiste con varios Tribunales Constitucionales provinciales.

Existen, en cuanto a la protección judicial de los Derechos Fundamentales, tres instrumentos que se hacen valer ante el Tribunal Constitucional. El primero, a través del control de constitucionalidad de las leyes; el segundo, la acción directa de inconstitucionalidad y, el tercero, el recurso o queja constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), este último es el instrumento específico de protección de los Derechos Humanos.

El recurso constitucional tiene sus antecedentes en las constituciones provinciales del Estado de Baviera de 1919 y 1946, sin embargo, no fue consagrada en la Constitución de 1949, sino que fue introducida en la Ley Federal que regula el funcionamiento de la Corte Constitucional de 12 de marzo de 1951, misma que entró en vigor el 17 de abril del mismo año.

Con motivo de la reforma a la Constitución del 23 de enero de 1969, el recurso fue elevado a rango constitucional. En el apartado 1 del artículo 93 del citado ordenamiento constitucional, se dispone como facultad del Tribunal Constitucional Federal el conocimiento de "Los recursos constitucionales que puedan ser intentados por toda persona que pretenda haber sido lesionada por la autoridad pública en uno de sus Derechos Fundamentales o en alguno de

los definidos por el artículos 20, inciso 4, 33, 38, 101, 103 y 104 de la propia Ley Fundamental". (224)

El recurso constitucional puede ser interpuesto por cualquier persona (física o colectiva) que haya sido afectada en sus Derechos Constitucionales por cualquier acto de autoridad, ya sea administrativa, legislativa o judicial, inclusive procede contra actos que vulneren las disposiciones electorales, es decir, cuando se vulnere el sufragio directo, libre igual y secreto.

Es importante destacar que el recurso constitucional no protege todos los derechos constitucionalmente consagrados, sino sólo aquellos calificados como fundamentales (*Grundrechte*), así como aquellos que se consideran "equiparados" a los primeros y que son los que consagran los artículos 33, 38, 101, 103 y 104 del ordenamiento fundamental.

Al respecto, el destacado procesalista, Fix-Zamudio, señala:

... se protege procesalmente a través del recurso constitucional los siguientes derechos "fundamentales" de la persona humana: libre desenvolvimiento de la personalidad y derecho a la vida y a la integridad corporal (artículo 2º constitucional); igualdad de los hombres ante la ley (artículo 3º); libertad de creencias, conciencia de religión, y de opiniones filosóficas (artículo 4º); libertad de expresión y de difusión del pensamiento a través de la palabra, por escrito y por imágenes (artículo 5º); protección del matrimonio y de la familia así como el derecho y la obligación de

224) Fix-Zamudio, Héctor, *op. ult. cit.* p. 59.

los padres de crear y educar a sus hijos (artículo 6°); libertad de reunión de manera pacífica y sin armas (artículo 8°); libertad de asociación (artículo 9°); inviolabilidad de la correspondencia y de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas (artículo 10); libertad de residencia en todo el territorio de la Federación (artículo 11); libertad de elegir profesión, lugar de trabajo y de formación profesional (artículo 12); inviolabilidad del domicilio (artículo 13); derecho a la propiedad privada y a la herencia (artículo 14); derecho de asilo por persecuciones políticas (artículo 16); derecho de petición (artículo 17); a los cuales deben agregarse los derechos "equiparados" a los anteriores. (225)

Debe destacarse, también, que entre la protección de los Derechos Fundamentales por el Tribunal Constitucional Federal y la protección que realizan los restantes tribunales, existe una gran homogeneidad a grado tal que el tratadista Klaus Schlaich, escribe:

... la protección individual de los derechos fundamentales se realiza por el trabajo cotidiano de los Tribunales ordinarios... la protección individual de los derechos fundamentales que lleva a cabo T.C.F. [Tribunal Constitucional Federal], mediante el procedimiento del recurso constitucional de amparo no produce resultados que no sean posibles en las jurisdicciones ordinarias. A la vista de su rango y polarización en el derecho constitucional, el T.C.F. propicia la protección de los derechos fundamentales de un modo que políticamente puede considerarse del máximo alcance, esto es, dominante y que, por sí fuera poco, también procesalmente puede considerarse definitivo. Entre el Tribunal Constitucional y las restantes jurisdicciones existe en cierta medida una fructífera concurrencia de diferentes procedimientos. Sin embargo, la Constitución, y en particular los derechos fundamentales, *no* son ya un patrimonio de los tribunales constitucionales. (226)

225) *Ibidem*, pp. 60-61.

226) "El Tribunal Constitucional Federal Alemán", en *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*, op. cit. *supra* nota 222, p. 142.

Por cuanto a los requisitos de admisibilidad del recurso, son similares a los contemplados en el sistema jurídico austriaco.

Es necesario agotar los recursos ordinarios para que sea procedente el recurso constitucional. Sin embargo, existen dos excepciones a este principio: *La primera*, cuando se trata de una cuestión de interés general y cuando se pueda infligir al recurrente un perjuicio considerable e inevitable. En estos casos el recurso será interpuesto directamente ante el Tribunal Constitucional Federal. (227)

Un aspecto importante del Tribunal Constitucional radica en su facultad para dictar medidas precautorias, a fin de evitar graves perjuicios al promovente con la ejecución del acto o resolución impugnada.

Las resoluciones del Tribunal que consideren fundado el recurso constitucional, deberán señalar el precepto constitucional que ha sido violado, así como la acción u omisión de la autoridad que ha causado la infracción.

En el caso de la impugnación de una resolución judicial, el Tribunal Constitucional deberá declarar anulada dicha resolución, remitiendo el asunto al órgano judicial competente. En el caso de que se impugne una ley autoaplicativa o un acto o resolución apoyada en un ordenamiento inconstitucional, deberá anular el acto de aplicación y declarar con efectos generales la inconstitucionalidad del ordenamiento correspondiente.

227) Consultar la amplia monografía de Schlaich, Klaus, "El tribunal constitucional federal Alemán", *op. ult. cit.* pp. 133-232.

Dentro de la justicia constitucional alemana existen cuatro aspectos importantes a los que nos referimos brevemente. Ellos son:

1. Publicación de votos de disidencia.
2. Interpretación de la conformidad constitucional.
3. Procedimiento de pérdida o suspensión de los Derechos Humanos.
4. La reserva de ley.

A raíz de la reforma a la Ley Orgánica del Tribunal Federal Constitucional de fecha 2 de febrero de 1971, se autorizó la publicación de los votos de disidencia o minoritarios, mismos que en el derecho positivo mexicano reciben el nombre de "votos particulares".

El artículo 30, fracción II, de la citada Ley Orgánica dispone:

Cuando un juez ha sostenido en el curso de la discusión de la sentencia una opinión divergente sobre el tema de la decisión o de sus fundamentos puede exponerla a continuación del fallo. Las Salas pueden igualmente indicar en sus fallos la distribución de los votos. El Pleno del Tribunal expedirá un reglamento para regular el procedimiento en el cual se establezcan las modalidades de aplicación de esta institución.

Estos votos de disidencia cumplen con la importante función de equilibrio de los fallos del Tribunal Constitucional y, desde luego, han permitido la evolución de la jurisprudencia.

Por cuanto a la interpretación, el Tribunal Constitucional la ha utilizado con frecuencia evitando así hacer declaraciones expresas de inconstitucionalidad

de las disposiciones legales. Fix-Zamudio refiriéndose al procedimiento de interpretación señala:

Este procedimiento de la *verfassungskongforme Auslegung* o interpretación de las disposiciones legislativas impugnadas, para adecuarlas a las normas o principios de la Ley Fundamental, puede describirse como la declaración, por parte del órgano de justicia constitucional, de la inconstitucionalidad de determinadas interpretaciones posibles de los preceptos cuestionados, lo que equivale a un especie de anulación parcial; o bien, en sentido positivo, en el señalamiento de la interpretación que se considere compatible con la Ley Fundamental, y en ambos supuestos tanto los tribunales como la autoridades administrativas se encuentran obligadas a aplicar el ordenamiento o respectivo de acuerdo con el criterio interpretativo del Tribunal Constitucional, el cual también orienta al organismo legislativo en la expedición de las reformas necesarias para evitar una futura declaración de nulidad. (228)

Esta labor de interpretación realizada por este órgano constitucional ha tenido resultados significativos en el sistema jurídico alemán, en virtud de que oportunamente el órgano legislativo ha expedido las disposiciones legales sugeridas por el Tribunal Constitucional.

Por otra parte, como lo destaca el tratadista Fix-Zamudio, un aspecto novedoso de la justicia constitucional alemana se refiere al procedimiento de pérdida o suspensión de los Derechos Humanos, en caso de abuso en su ejercicio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 de la Constitución Federal en relación con los artículos 39 a 42 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

228) Fix-Zamudio, Héctor, *Los tribunales Constitucionales y los Derechos Humanos*, op. cit., supra nota 223, p. 72.

Este procedimiento se inicia a petición de la Asamblea Federal (*Bundestag*) o del Gobierno Federal o el de una provincia.

Consideramos que los supuestos de procedencia de este procedimiento son:

- El abuso en el ejercicio de un Derecho Humano, y
- El menoscabo de los Derechos Humanos de otros gobernados, como consecuencia del abuso en el ejercicio de otro Derecho Humano por otra persona.

En el procedimiento de substanciación deberá precisarse los Derechos Fundamentales que deben afectarse, indicando las limitaciones de tiempo y forma, inclusive, puede afectarse el derecho electoral activo y pasivo y la capacidad para ocupar cargos públicos.

En el caso de una declaración de pérdida de un Derecho Fundamental por tiempo ilimitado o por un plazo mayor de un año, el artículo 4º de la Ley Orgánica del citado Tribunal Constitucional contempla un mecanismo para revocar la determinación de pérdida o suspensión de un Derecho Humano.

Lo anteriormente expuesto pareciera ser contradictorio a la tutela de los Derechos Humanos, sin embargo, una reflexión más profunda nos llevaría a concluir que el citado procedimiento es en realidad una tutela indirecta de los Derechos Fundamentales de otros gobernados y, por tanto, no de los de aquel que ha abusado en su ejercicio. Lo anterior si consideramos que todo abuso'

constituye una invasión en la esfera de libertades públicas de otros gobernados. (229)

Finalmente, el artículo 19, párrafo I de la Ley Fundamental, regula lo que se ha denominado "reserva de ley", es decir, que determinados Derechos Fundamentales pueden limitarse por una ley, o en virtud de una ley. En este sentido se encuentran, por ejemplo, los consagrados en los artículos 2º; 5º, párrafo 2; 8, párrafo 2; 12, párrafo 1; 13, párrafo 3, y 14, párrafo 1 de la Ley Fundamental. En el caso de los consagrados en los artículos 4º y 5º, párrafo 3 de la misma Ley Fundamental, no existe reserva legal alguna. (230)

Es importante destacar que la afectación al Derecho Fundamental no debe de ser en lo esencial de su contenido y, por otra parte, la ley que prevé una restricción para un Derecho Fundamental, deberá aplicarse en forma general y no solamente en el caso especial.

Por cuanto a la justicia constitucional en el sistema jurídico italiano, es necesario partir de dos presupuestos importantes. El primero, consistente en que en la Constitución no aparece la expresión "Derechos Fundamentales", aun cuando la misma prevé un catálogo de derechos del hombre y el ciudadano.

Precisamente, el profesor de la Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad de Turín, Gustavo Zagrebelsky, hace una clasificación de los Derechos Fundamentales en tres categorías.

229) Fix-Zamudio, Héctor, *op. ult. cit.* pp. 74-75.

230) Rupp, Hans G., "El tribunal constitucional federal alemán", en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, *op. cit. supra*, nota 222, p. 325.

La primera que condensa los derechos a no ser compelido a ... o derechos de libertad negativa. Quedarían comprendidos aquí los derecho a la libertad personal (artículo 13); a la inviolabilidad del domicilio (artículo 14); a la inviolabilidad de la correspondencia y de cualquier otro medio de comunicación (artículo 15); a ser juzgado por un juez natural previamente señalado en la ley; a no ser condenado más que en virtud de una ley en vigor con anterioridad a la comisión del delito; a no ser sometido a medidas de seguridad arbitrarias (artículo 25); a no ser sometido a extradición a causa de delitos políticos y fuera de los casos expresamente previstos por las convenciones internacionales (artículo 26); a no ser condenado a causa de crímenes de otros (artículo 27), y a no ser sometido a tratamientos médicos contrarios al respeto de la persona humana (artículo 32).

La segunda categoría comprende los Derechos Fundamentales a ejercer libremente una determinada actividad y, en consecuencia, quedan comprendidos los siguientes: el derecho a circular y permanecer libremente en cualquier parte del territorio nacional, así como a entrar y salir del mismo (artículo 16); el derecho de reunión (artículo 17); el derecho de asociación (artículo 18); el derecho de expresar libremente el pensamiento por la palabra, mediante escrito o por cualquier otro medio (artículo 19); el derecho a actuar en juicio para la protección de los derechos e intereses legítimos (artículo 24); el derecho de los padres a mantener, instruir y educar a sus hijos (artículo 30); el derecho de cultivar el arte y la ciencia y enseñar libremente (artículo 33), entre otros.

La tercera categoría se integra por los Derechos Fundamentales correspondientes a ciertas prestaciones positivas (del Estado o de los

particulares), quedando comprendidos los siguientes: derecho al trabajo (artículo 4º); derecho a la educación (artículo 34); derecho de los trabajadores a una retribución equitativa (artículo 46); derecho de las mujeres y los menores a la protección en su trabajo (artículo 37), entre otros. (231)

El segundo presupuesto consiste en que el sistema jurídico italiano si bien es cierto que establece una Corte Constitucional y que existen dos vías para hacer de su conocimiento la contradicción entre una ley ordinaria y las normas fundamentales, también lo es que no existe un instrumento similar o parecido al recurso constitucional que tutele los Derechos Humanos consagrados constitucionalmente.

De esta forma, solamente a través del control de constitucionalidad de las leyes, sea por la vía prejudicial o por la acción directa se protegen los Derechos Humanos al declarar la inconstitucionalidad de aquellas disposiciones nacionales o regionales que contravengan dichos derechos.

El control de constitucionalidad de las leyes fue introducido explícitamente en la Constitución que entró en vigor el 1º de enero de 1948, sin embargo, no fue sino hasta ocho años después cuando el Tribunal Constitucional inició sus funciones.(232)

231) Zagrebelsky, Gustavo, "El tribunal constitucional italiano", en *Tribunales constitucionales europeos y derechos humanos*, op. cit., *supra* nota 222, pp. 427-465.

232) La Ley de 1953, modificada por la diversa del 18 marzo de 1958, reglamentó el funcionamiento y organización del Tribunal Constitucional italiano.

Para poder entender con precisión la protección específica de los Derechos Fundamentales, resulta necesario conocer las facultades encomendadas al Tribunal o Corte Constitucional, siendo éstas las siguientes:

1. Conocer sobre la constitucionalidad de las normas primarias (leyes, decretos legislativos y decretos-ley del Estado y las regiones).
2. Conocer lo relativo a los conflictos de competencia entre los poderes del Estado, entre el estado central y regiones, y entre las regiones.
3. Conocer sobre el *impeachment* del jefe de Estado.
4. Conocer sobre la admisibilidad de los referenda abrogativos.

Es precisamente a través del control de constitucionalidad de las leyes como se protegen los Derechos Fundamentales, particularmente a través de la vía incidental. (233)

El control de constitucionalidad de las leyes se realiza a través de dos vías fundamentales: la primera, calificada por Piero Calamandrei como acción directa de inconstitucionalidad y, la segunda, por vía incidental.

La acción directa de inconstitucionalidad o control principal, que consiste en la facultad que tiene el Gobierno nacional de plantear la inconstitucionalidad

233) Cfr. Sturlesse, Laura, "Tribunal constitucional y sistema institucional italiano", en *Justicia constitucional comparada*, México, UNAM, 1993, pp. 169-171.

de una ley regional; o los gobiernos regionales respecto de una ley nacional o bien la de otra región.

En el control incidental de inconstitucionalidad de las leyes, el Tribunal Constitucional es instado por el juez *a quo* en el curso de un proceso tramitado ante él, a fin de que verifique la aplicación de una norma primaria en el caso del que está conociendo.

AGEI procedimiento incidental se realiza en virtud de una disposición llamada "ordenanza de reenvío", por virtud de la cual el juez *a quo* ordena el envío de los autos al Tribunal Constitucional para que resuelva sobre la cuestión planteada y, al mismo tiempo, disponga la suspensión del proceso correspondiente.

Los requisitos de procedencia de esta ordenanza de reenvío son:

1. La legitimidad del que emite la ordenanza de reenvío para plantear la cuestión de constitucionalidad.
2. La importancia determinante de la cuestión planteada por el juez *a quo*.
3. Que la cuestión de constitucionalidad planteada no sea manifiestamente infundada.

Una vez que la ordenanza de reenvío es recibida por el Tribunal Constitucional, el Presidente del mismo ordenará su publicación en el *Diario Oficial* empezando a correr el término de 20 días para que comparezcan las personas que tienen derecho a participar en el proceso. Transcurrido dicho

plazo se nombrará un juez ponente y se convocará para la audiencia pública o en sala, para posteriormente proceder a emitir la resolución que corresponda. (234)

Desde luego, las resoluciones tendrán efectos *erga omnes*.

Adicionalmente, existen otros dos organismos que tutelan procesalmente los Derechos Humanos: la Corte de Casación y el Consejo de Estado, instituciones que fueron creadas en el siglo pasado por una clara y manifiesta influencia francesa.

Ambas instituciones protegen a los particulares contra actos o resoluciones especialmente provenientes de autoridades administrativas.

Fix-Zamudio refiriéndose a estas dos instancias, destaca la tradición italiana que recoge la Constitución de 1948 sobre la división entre intereses legítimos y derechos subjetivos de los administrados, señalando:

... los primeros en su mayor parte, salvo casos especiales, deben hacerse valer ante los tribunales administrativos y en última instancia, ante el Consejo de Estado, en tanto que la defensa de los derechos subjetivos corresponden esencialmente a las autoridades judiciales, y en último grado, a la Corte de Casación... (235)

234) Cfr. Pizzoruso, Alessandro, "El tribunal constitucional italiano", en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, op. cit. supra, nota 222, pp. 233-289.

235) *Tribunales constitucionales y derechos humanos*, op. cit. supra nota 222, p. 81.

b) La Inconstitucionalidad de las leyes

Durante el desarrollo del presente trabajo hemos destacado que a diferencia del sistema americano de revisión judicial de las leyes o sistema de control difuso, el sistema europeo o austriaco se caracteriza por ejercer un control concentrado, es decir, la atribución que un solo órgano especializado tiene para declarar la Inconstitucionalidad de las leyes. Sin pretender ser exhaustivo en este apartado, sintetizamos lo expuesto en líneas anteriores. Para este efecto, seguimos la clasificación expuesta por el tratadista italiano Mario Cappelletti, misma que se resume en lo siguiente:

1. Por cuanto a los órganos a los cuales corresponde el poder de control de constitucionalidad de las leyes.
2. Por cuanto a la forma en que es planteada y resuelta la cuestión de constitucionalidad.
3. Por cuanto a los efectos derivados de la decisión judicial sobre las cuestiones de constitucionalidad, tanto por lo que se refiere a la ley sometida al control como también respecto al caso concreto en el que se hubiese planteado la cuestión de constitucionalidad. (236)

Por cuanto al órgano al cual se le confía el poder de control, se pueden distinguir dos grandes sistemas de control de constitucionalidad de las leyes: el sistema americano o difuso que se caracteriza por otorgar a todos los tribunales judiciales ordinarios, o a una parte de ellos o al de mayor jerarquía el control de constitucionalidad de las leyes; y el sistema europeo o austriaco

236) Cfr. Cappelletti, Mauro, "El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado", *op. cit. supra* nota 4, pp. 34 y 55.

o sistema de control concentrado, en virtud del cual dicho control se centraliza en solo órgano judicial y especializado, es decir, el Tribunal o Corte Constitucional.

Al respecto, Mauro Cappelletti, señala:

En verdad, en el sistema de control concentrado, la inconstitucionalidad, y por consiguiente, la invalidez (y por tanto, la inaplicabilidad) de la ley, no puede ser determinada y declarada por cualquier juez como una simple manifestación de su poder-deber de interpretación y de aplicación del derecho a los casos concretos sometidos a su conocimiento. Por el contrario, los jueces comunes (civiles, penales o administrativos) son incompetentes para conocer de la cuestión de inconstitucionalidad de las leyes, así sea *incidenter tantum*, es decir, con eficacia limitada al caso concreto. (237)

De igual forma, tomando en cuenta el órgano encargado de ejercer el control de constitucionalidad de las leyes, podemos hablar de un control judicial o de un control político.

El ejemplo más significativo de control político de constitucionalidad de las leyes, lo es el sistema jurídico francés. (238)

237) *Op. ut. cit.*, p. 43.

238) Cappelletti, Mauro, *op. ut. cit.* p. 49, señala que la exclusión del control judicial de las leyes ha sido una idea sostenida por las constituciones francesas aún aquellas que tiene un carácter rígido y flexible.

Las Leyes Fundamentales promulgadas por los dos Napoleones, de fechas 13 de diciembre de 1799 y la del 14 de enero de 1852, confiaron al *Sénat conservateur* y al *Sénat*, respectivamente, el control de constitucionalidad de las leyes. Situación similar aconteció en la Constitución de la IV República de 27 de octubre de 1946 con el *Comité Constitutionnel* y en la Constitución de la V República de 4 de octubre de 1958 con el *Conseil constitutionnel*, *Cfr.* Luchaire, Francois, "El consejo constitucional francés", pp. 55-132 y Goguel, Francois, "El consejo constitucional francés" pp. 293-318, ambos aparecidos en *Tribunales Constitucionales europeos y derechos fundamentales*, *op. cit.*, *supra* nota 222.

Por cuanto a la forma en que es planteada y resuelta la cuestión de inconstitucionalidad, también podemos hablar de dos grandes sistemas: el sistema americano de control difuso que se tramita por vía incidental en el curso o con motivo de un proceso concreto de carácter común y solamente en tanto la ley cuya constitucionalidad se discute sea necesaria para resolver el caso concreto planteado. De esta forma significamos que, en términos generales, el órgano judicial ordinario encargado de conocer y resolver el caso concreto planteado es el mismo que resuelve el problema de constitucionalidad.

En cambio, en el sistema europeo o austriaco existen dos formas de plantear la inconstitucionalidad de una ley. La primera, a través de una acción directa de inconstitucional ante el Tribunal o Corte Constitucional interpuesta por el gobierno nacional respecto de leyes regionales o bien por las regiones o provincias respecto de las leyes del Estado o de otras regiones o provincias.

La segunda, a través de una vía incidental, en donde el juez *a quo* en un proceso seguido ante él insta al Tribunal Constitucional para verificar la constitucionalidad de una ley aplicada a ese proceso concreto, mismo que es suspendido hasta en tanto se emita la resolución que corresponda.

Finalmente, en cuanto a los efectos de las resoluciones emitidas en un problema de constitucionalidad de leyes, también distinguimos dos sistemas o modelos de justicia constitucional, principalmente: el sistema americano en donde la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley se traduce en la desaplicación de la ley en el caso concreto planteado; en tanto que en el

sistema austriaco dicha declaratoria se traduce en la desaplicación de la ley en el caso concreto planteado y tendrá efectos *erga omnes*.

D) En los llamados *ordenamientos socialistas* ha predominado lo que se llama *Procuratura*, como órgano encargado de proteger los derechos de los gobernados cuando son violados por actos de autoridad o de las organizaciones sociales.

Conviene precisar que la investigación del sistema socialista y de la figura de la Procuratura, ha resultado compleja y difícil ante la ausencia de bibliografía y en virtud de los constantes cambios que han acontecido en la presente década, mismos que han tenido como consecuencia la casi desaparición de dicho sistema. Por esta razón, el contenido de este apartado es con anterioridad a los cambios constitucionales y legales experimentados en los países que habían sido agrupados en esta categoría, fundamentalmente la actual Rusia.

La Procuratura tuvo su origen en la tradición jurídica rusa, siendo creada por Pedro el Grande en el año de 1722, institución que fue restablecida por Lenin en los primeros años de la revolución.

Esta figura jurídica ha sido consagrada en diversos ordenamientos constitucionales de países socialistas, (239) como órgano encargado de recibir todas las reclamaciones de los gobernados contra actos de autoridades y de organizaciones sociales.

239) Así por ejemplo, en el sistema constitucional cubano funciona la Fiscalía General de la República, regulada por los artículos 127, 128, 129 y 130 de la Constitución vigente.

Conviene precisar desde este momento, que no existe un criterio uniforme en cuanto a la naturaleza de las funciones atribuidas a esta Institución, toda vez que realiza funciones muy parecidas a las de un Ministerio Público y a las de un *Ombudsman*. Así por ejemplo, el tratadista Michel Mouskhély, (240) refiriéndose a la problemática en la sistematización de las facultades asignadas a la Procuratura, señala "no es ni juez ni funcionario administrativo -nosotros agregaríamos ni tampoco estrictamente Ministerio Público- sino que se encuentra entre ambos y se puede caracterizar como un órgano de orientación y vigilancia o inclusive como profesor de la legalidad socialista".

El artículo 167 de la Constitución soviética de 1977, disponía que el Procurador General duraría en su cargo cinco años. (241)

La designación del titular de la procuratura era realizada por el Soviet Supremo de la Unión, del cual dependía directamente.

Dentro de una estructura jerarquizada, dependían del Procurador General tres instancias inferiores. La primera, integrada por los procuradores de las Repúblicas Federadas y de las Repúblicas Autónomas; inmediatamente después se encontraban los procuradores de los territorios, regiones y regiones autónomas. Todos ellos eran designados para un periodo de cinco años y dependían directamente del Procurador General. Finalmente, los procuradores de las circunscripciones, distritos y ciudades eran nombrados por los procuradores de las Repúblicas Federadas y ratificados por el Procurador General, también por un periodo de cinco años.

Por lo que se refiere a las atribuciones de los funcionarios de esa Institución, siguiendo al maestro Fix-Zamudio, podemos dividir las para su estudio en dos categorías. La primera, que corresponde a las facultades en materia de ejercicio de la acción penal y de la iniciativa para imponer sanciones

240) "Le système soviétique de contrôle", cit. por Fix-Zamudio, Héctor, *La protección procesal...*, cit. supra nota 188, p. 248.

241) Recordemos que la Constitución Federal de 1936, en su artículo 114, disponía que la duración del cargo de Procurador General era de siete años.

disciplinarias a los funcionarios públicos o ciudadanos que contravinieran la ley, así como la vigilancia de los lugares de reclusión, pudiendo decretar la libertad de cualquier persona detenida o retenida ilegalmente. En razón de esta última función, pareciera asemejarse a la figura del hábeas corpus en los países occidentales.

Asimismo, los procuradores podían controlar la investigación previa y la instrucción de los procesos penales, inclusive podían conducir directamente la investigación y trasladar a otros órganos el expediente respectivo.

Una segunda categoría era aquella que concentraba las facultades de fiscalización y vigilancia de la legalidad socialista respecto de una gran parte de los funcionarios públicos y de los ciudadanos, excepción hecha de los órganos más elevados del Estado. El artículo 164 de la Constitución soviética de 1977, en relación con el artículo 1º de la Ley Orgánica de la Procuratura de 1979, disponían:

El control supremo del cumplimiento exacto y uniforme de las leyes por todos los ministerios, los comités y departamentos estatales, empresas, instituciones y organizaciones, los órganos ejecutivos y administrativos de los Soviet locales de diputados populares, koljósés cooperativas y otras organizaciones sociales, así como por los funcionarios públicos y los ciudadanos, incumba al Procurador General de la URSS y las procuradores que le están subordinados.

El procedimiento a través del cual el Procurador General y los restantes procuradores que dependen de él, podían ejercer la vigilancia de la legalidad socialista se dividían en dos clases: la protesta y la proposición por recomendación.

La protesta consistía en la reclamación formulada por el procurador respectivo a las autoridades o a su superior inmediato, a fin de que corrigieran las violaciones y los errores que afectarían la vigencia de la legalidad socialista. Esta protesta podía formularse también ante los tribunales judiciales como un mecanismo de impugnación de los fallos que se consideraran ilegales.

La proposición o recomendación se interponía ante los órganos del Estado, funcionarios o las organizaciones sociales, a fin de que en un plazo de un mes hicieran cesar las irregularidades legales y las causas que las motivaron.

Es importante destacar que esta vigilancia de la legalidad socialista podía efectuarse de oficio o bien a instancia de los particulares afectados, de los organismos sociales y económicos, además de los altos funcionarios del Estado o del partido comunista, los diputados del Soviet Supremo e inclusive por los periódicos.

De esta forma, los Derechos Fundamentales consagrados constitucionalmente eran protegidos a través de esta segunda vía y, desde un punto de vista práctico, en tanto no entraran en conflicto con la estabilidad de los órganos del poder.

Otro ejemplo significativo de la figura de la Procuratura, lo encontramos en el sistema jurídico cubano en donde a la Fiscalía General de la República, en términos de lo dispuesto por el artículo 127 de la Constitución vigente, le corresponde el control de la legalidad socialista sobre la base del estricto cumplimiento de la Constitución, de la Ley y demás disposiciones legales.

En el desempeño de sus funciones los fiscales deben en todo momento impugnar cualquier decisión que viole la legalidad socialista, pero no tienen facultades para modificar las decisiones de la administración. (242)

Finalmente, y al lado de la Procuratura, aunque en menor proporción, los tribunales populares socialistas protegen los Derechos Fundamentales de los gobernados. (243)

242) Las funciones específicas de los Tribunales Populares y de la Fiscalía General son reguladas por la Ley número 4 de 10 de agosto de 1977; por la Ley de Organización del Sistema Judicial; por la Ley número 5 de 13 de agosto de 1976, conocida como Ley de Procedimiento Penal y la Ley número 7 de 19 de agosto de 1977, conocida como Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral. Cfr. García Alzugaray, Miguel Ángel, "El sistema constitucional cubano", en *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, op. cit. *supra* nota 198, pp. 245-269.

243) Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, op. ult. cit., pp. 254-264.

E) La figura del Ombudsman

No cabe duda que una vez terminada la Segunda Guerra Mundial, una de las preocupaciones más importantes en los sistemas jurídicos fue la consagración en los textos constitucionales de auténticos y verdaderos catálogos de Derechos Fundamentales. Desde luego, este proceso evolutivo ha sido acompañado, quizás no con la misma intensidad en un principio, por los instrumentos jurídicos y procesales de protección del cuadro general de libertades públicas de los gobernados.

En este sentido, nos hemos referido a los principales instrumentos de protección de los Derechos Humanos, a los cuales se ha venido a sumar una importante y trascendente garantía constitucional de origen escandinavo: el *Ombudsman*.

Esta notable institución, hasta hace poco tiempo desconocida en nuestro sistema jurídico mexicano y actualmente arraigada en la sociedad civil, surge tanto en Suecia como en Finlandia a finales del siglo XVI, en donde existió un funcionario que era nombrado por el rey, denominado *Preboste* de la Corona, cuya función radicó fundamentalmente en la vigilancia de los fiscales públicos, actuando como fiscal principal en nombre del rey.

Es propiamente en el año de 1809 en el instrumento de gobierno *Regerinsform* que conjuntamente con el Acta de Sucesión, el Acta del Parlamento y el Acta de Libertad de Prensa conformaron la Constitución sueca y las principales disposiciones vigentes hasta 1974, cuando surge la institución novedosa del *Justitie Ombudsman*, con las características con que se conoce actualmente.

El artículo 96 de dicho instrumento de gobierno disponía:

El parlamento debe en cada sesión ordinaria designar un jurisperito de probada ciencia y de especial integridad en calidad de mandatario (*Justitie Ombudsman*) del parlamento (*Riksdag*) encargado según las instrucciones que éste le dará, de controlar la observancia de las leyes por los tribunales competentes, según las leyes, a aquellos que en el cumplimiento

de sus funciones hayan cometido ilegalidades o negligencias por parcialidad, favor o cualquier otro motivo. Estará sujeto en todo caso, a las mismas responsabilidades y tendrá los mismos deberes que el Código de Procedimiento prescribe para los acusadores públicos. (244)

De la lectura del precepto antes citado, se desprende con claridad que la figura del *Ombudsman* surge con una característica fundamental: su independencia del rey y su designación por el parlamento.

El primer *Ombudsman* parlamentario en Suecia fue el Barón L. A. Mannerheim, quién fue electo en el año de 1810.

Después de un siglo de haberse creado esta novedosa figura jurídica, gran parte de los países de Escandinavia y de Europa han consagrado en sus sistemas jurídicos esta institución. Actualmente en más de 50 países existe la figura del *Ombudsman*.

En este apartado nos referiremos, suscintamente, a cuatro aspectos de esta Institución:

1. Concepto;
2. Sus principales características;
3. Sus distintas clasificaciones;
4. Su concepción como garantía constitucional y, por tanto, como instrumento protector de los Derechos Humanos.

Por cuanto a su definición no existe un criterio homogéneo entre los estudiosos de la materia. Así por ejemplo, hay autores como el notable

244) Venegas Alvarez, Sonia, *Origen y devenir del Ombudsman. ¿Una institución encomiable?*, México, UNAM, 1988, pp. 30-31.

maestro que fue, Don Antonio Carrillo Flores, que consideran que el *Ombudsman* es un funcionario encargado de recibir quejas en contra de servidores públicos de la administración pública. Decía el citado maestro:

...es un funcionario, con jurisdicción nacional o regional, general o especializada, que tiene el encargo de cuidar a solicitud de los particulares o *motu proprio*, que la acción de las autoridades particularmente de las gubernativas, sean no solamente legal, sino razonablemente oportuna, justa y humana. (245)

Otro grupo de autores, tomando en consideración las cualidades que debe reunir la persona que ocupe el cargo, han definido al *Ombudsman* como un experto en la administración pública, con independencia, imparcialidad y de fácil acceso a él, que debe recibir las quejas que presenten los gobernados contra los abusos burocráticos, sin tener poder para modificar o revocar decisiones administrativas. (246)

Algunos otros autores han desarrollado un concepto más amplio del *Ombudsman*, indicando su finalidad primordial y sus atributos esenciales. En este sentido, la *International Bar Association*, ha señalado:

El *Ombudsman* es un cargo previsto en la Constitución o por acción de la legislatura o el parlamento, que encabeza un funcionario público de alto nivel, el cual debe ser independiente y responsable ante la legislatura o parlamento, cuya labor consiste en recibir las quejas provenientes de personas agraviadas en contra de oficinas administrativas, funcionarios y empleados de la administración pública o bien que actúen por moción propia, y quien tiene poder para investigar, así como para recomendar acciones correctivas y publicar informes. (247)

245) En su obra *La Constitución, la Suprema Corte y los Derechos Humanos*, México, Porrúa, 1981, p. 251.

246) En este sentido, se encuentra Moore, John, "Ombudsmen and Ghetto", cit. por Venegas Álvarez, Sonia, *op. ult. cit.*, p. 39.

247) *Ibidem.*, pp. 40-41

Por su parte, el profesor Donald C. Rowat, señala tres atributos esenciales para configurar el *Ombudsman*, mismos a los que se refiere Fix-Zamudio en los siguientes términos:

a) El *Ombudsman* es un funcionario autónomo, sin vinculación con los partidos políticos, pero que depende de una manera flexible en la mayor parte de los casos del órgano Legislativo -ya que recientemente se le puede situar dentro el Ejecutivo-; que normalmente está regulado por los textos constitucionales, y tiene como función la fiscalización de la administración.

b) Conoce de las quejas específicas del público contra la injusticia y la defectuosa actividad de las autoridades administrativas.

c) Posee la facultad de investigar, criticar y publicar, pero no la de revocar o anular los actos de las propias autoridades administrativas. (248)

Las características del *Ombudsman*, aceptadas universalmente, son enumeradas por el ilustre constitucionalista mexicano, Jorge Carpizo, siguiendo las ideas del ex-Defensor del pueblo en España, Alvaro Gil-Robles, en los siguientes términos:

- La elección por un parlamento constituido democráticamente.
- El titular no debe ser un hombre político ni de partido, puesto que su neutralidad política resulta esencial.
- La actuación independiente de cualquier tipo de presión del parlamento o del gobierno.
- El acceso directo del ciudadano al *Ombudsman*, sin requisitos de abogado o procurador.
- Sus actividades son totalmente gratuitas.

248) *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales, op. cit. supra* nota 188, p. 288.

- La investigación de las quejas se realiza de forma sumaria e informal, con acceso directo a la documentación administrativa que resulte necesaria para la resolución del caso.
- Su competencia comprende las actividades de las distintas administraciones públicas, incluidas las de justicia y la militar.
- La elaboración de un informe anual o extraordinario que se eleve a la consideración del parlamento, indicando los resultados de sus gestiones. Nosotros agregaríamos que dicho informe también se presenta a la sociedad civil.
- Relativo poder sancionador sobre los funcionarios o de propuesta de sanción a los mismos. (249)

Por nuestra parte, consideramos que las características antes descritas pueden resumirse en las siguientes:

- La independencia de cualquier órgano de poder que se ve reflejada en sus resultados.
- Su imparcialidad en sus determinaciones.
- Su autonomía organizativa y presupuestaria.
- El acceso directo del ciudadano al *Ombudsman*. Cabe aclarar que en Gran Bretaña y Francia existe un acceso indirecto, es decir, a través de un intermediario. En el caso del *Mediateur (Ombudsman francés)*, el intermediario lo es algún miembro del Senado o de la Asamblea Nacional; en cambio el acceso al Comisionado Parlamentario inglés se realiza exclusivamente a través de un miembro de la Cámara de los Comunes, excepción hecha en el caso de las quejas presentadas por deficiencias en la prestación de servicio de salud, en cuyo caso el acceso será directo. En el caso de los Comisionados Locales Británicos, el acceso será a través de la oficina administrativa contra la cual se presentó queja.

249) *Justicia constitucional, derechos humanos y Ombudsman*, México, UNAM-Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993, p. 17.

- El carácter no vinculatorio de sus resoluciones, es decir, la carencia de una "*potestad coercitiva directa*".
- La publicidad de sus actividades y resultados.

Por otra parte, existen numerosos criterios de clasificación del *Ombudsman*. Veamos brevemente algunos de ellos.

1. Por cuanto al órgano que designa al *Ombudsman*, éste puede ser parlamentario, ejecutivo o mixto. Este último con elementos de los dos primeros.
2. Por su ámbito de competencia puede ser general o especial. El primero, atiende todo tipo de quejas; en tanto que el segundo, únicamente determinado tipo de quejas, *verbigracia*, el *Ombudsman* militar, el de salud, etcétera.
3. Por su accesibilidad puede ser directa o indirecta.
4. Por la forma de iniciar el procedimiento puede ser de oficio o a petición de parte agraviada, o ambas. (250)

En otro orden de ideas, el *Ombudsman* constituye una auténtica garantía constitucional y, en consecuencia, un instrumento protector de los Derechos Humanos consagrados constitucionalmente. En efecto, como lo hemos indicado, las garantías constitucionales en sentido estricto son los instrumentos jurídicos, predominantemente de carácter procesal, que tienen por objeto tanto conservar la normativa constitucional, reprimir su desconocimiento y lograr el desarrollo y evolución de las propias disposiciones constitucionales, luego entonces, todo instrumento protector de los Derechos Humanos consagrados en las normas constitucionales constituye una garantía constitucional, aun cuando no sean estrictamente procesales.

Como corolario de lo anterior y siguiendo las ideas de León Duguit sobre las garantías constitucionales, el *Ombudsman* cumple tanto una función

250) Venegas Alvarez, Sonia, *op. ult. cit.*, pp. 55-57.

preventiva como una función represiva. En este último caso, como freno a la arbitrariedad del Estado. (251)

2.- La Jurisdicción Constitucional Orgánica

A través de este sector de la Justicia Constitucional se busca la solución a los conflictos que se suscitan entre los diversos órganos de poder, en cuanto a sus atribuciones y competencias. Es decir, a través de los instrumentos que constituyen la Jurisdicción Constitucional Orgánica, los órganos estatales que se ven afectados por actos o disposiciones legislativas de otras instancias de poder y que vulneren sus atribuciones y competencias, pueden impugnarlos.

El surgimiento histórico de estos instrumentos se produce en países federales, toda vez que resultaba imprescindible resolver las controversias que se presentaban entre los poderes centrales y los locales o regionales sobre las facultades y competencias establecidas en la Constitución Federal.

El conocimiento y resolución de dichos conflictos o litigios constitucionales, según terminología empleada por el tratadista Carl Schmitt, se ha encargado fundamentalmente a órganos judiciales. En efecto, el primer documento fundamental que estableció un procedimiento para dilucidar dichos conflictos y cuyo conocimiento se encargó a la Corte Suprema Federal, fue la Constitución Federal de los Estados Unidos de 1787. (252)

251) *Traité de droit constitutionnel*, París, 1994, T. II, pp. 192 y ss.

252) El artículo 3º, sección 2, inciso 1, atribuyó a la Corte Suprema Federal el conocimiento y resolución de los conflictos suscitados entre dos o más Estados de la Unión Americana. Sin embargo, la aplicación de dicho artículo no resultó fácil en razón de los debates generados y las tesis jurisprudenciales emitidas a este respecto. Cfr. Schwartz, Bernard, *Los poderes del gobierno. Comentarios sobre la Constitución de Estados Unidos*. Cit. por Fix-Zamudio, Héctor,

En esta misma línea de pensamiento destaca la Constitución alemana del 29 de marzo de 1849, aprobada por la Asamblea Nacional, que creó el Tribunal del Imperio a fin de resolver las controversias entre las autoridades imperiales y las de los Estados miembros, documento que no llegó a tener aplicación práctica.

Otro ejemplo lo constituyó la Constitución de la Confederación Suiza de 29 de mayo de 1874, cuyo artículo 110 dispuso que el Tribunal Federal conociera de las controversias entre la Confederación y los Cantones y de éstos entre sí.

La Constitución de Weimar de 11 de agosto de 1919, asignó al Tribunal de Justicia Constitucional la competencia para conocer de conflictos entre las autoridades centrales y las locales, o de éstas entre sí (artículo 19); en tanto que la Constitución Federal austriaca del 1º de octubre de 1920, confirió a la Corte Constitucional el conocimiento y resolución de este tipo de conflictos.

A partir de la segunda posguerra, las principales Cortes o Tribunales Constitucionales fueron y son las instancias competentes para conocer de los conflictos o litigios constitucionales. También en los países de América Latina, por una clara influencia del sistema o modelo de justicia constitucional austriaca, se estableció y atribuyó a los Tribunales Constitucionales la competencia en este tipo de conflictos.

En el caso de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las controversias o litigios constitucionales son competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como más adelante lo comentaremos al hablar de la justicia constitucional en el ordenamiento jurídico mexicano (ver *infra*, capítulo tercero).

Finalmente, un aspecto particularmente importante de este sector de la justicia constitucional, lo constituye lo que se ha denominado "impugnación preventiva" de los proyectos de ley que son considerados inconstitucionales. (253)

Esta impugnación preventiva, consagrada en diversos textos constitucionales, fundamentalmente de Europa, busca solucionar los conflictos entre el órgano legislativo cuando existen proyectos de ley inconstitucionales y otros órganos de poder, evitando que se prosiga con la tramitación legislativa y, en su caso, la promulgación de la ley respectiva.

Dicha impugnación puede interponerse previamente a la promulgación de la ley o aun cuando ha entrado en vigor.

253) Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *op. ult. cit.*, pp. 316-317.

3. La Jurisdicción Constitucional de Carácter Internacional y Comunitario

Este tercer sector de la justicia constitucional ha sido denominado por el tratadista italiano Mauro Cappelletti como Jurisdicción Constitucional Transnacional. (254)

En efecto, las cada vez más importantes relaciones entre las normas de carácter internacional y comunitario, y las normas internas de los Estados nacionales, así como la resolución de las controversias que se puedan suscitar entre las mismas, ha motivado que a los dos sectores antes estudiados se sume este tercero cada vez más complejo. Dichas controversias se someten tanto a la consideración de Tribunales nacionales como a los de carácter internacional.

La lectura de la terminología empleada por Cappelletti pareciera sugerir un contrasentido al hablar de jurisdicción constitucional cuando se trata de controversias o conflictos que provienen de una fuente distinta al derecho nacional. Sin embargo, un análisis profundo nos lleva a considerar que la protección de las normas constitucionales debe trascender al exterior, con independencia de la posición de los constituciones.

Los tres puntos esenciales que deben considerarse, así sea superficialmente, al hablar de este tercer sector son a los que se ha referido el notable tratadista Fix-Zamudio.

254) "Justicia constitucional y supranacional. El control judicial de las leyes y las jurisdicción de la libertad a nivel internacional", en *La justicia constitucional (Estudios de derecho comparado)*, op. cit. supra nota 4, pp. 215-244.

a) la resolución de los conflictos relativos a la conformidad de los actos y de las disposiciones legislativas internas con las normas y principios de carácter internacional y comunitario; b) la decisión de las controversias en las que se discute la conformidad de las normas externas con los preceptos constitucionales, y c) los crecientes intentos de armonización entre los ordenamientos internos de carácter constitucional y las disposiciones o principios de carácter transnacional. (255)

Resulta evidente que los tratados y convenios internacionales son los que primeramente fueron reconocidos por las cartas fundamentales como parte del derecho interno; en tanto que los principios o reglas del derecho internacional son reconocidos e incorporados a los textos constitucionales a partir de la primera posguerra. (256)

Durante la segunda posguerra el reconocimiento constitucional de las reglas del derecho internacional se amplió considerablemente, en virtud de la propia evolución que mostraron y por la propia creación del derecho comunitario. (257)

Lo anterior nos lleva a considerar que las disposiciones constitucionales, principalmente las que consagran Derechos Humanos, se ven enriquecidas

255) *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos, op. cit. supra* nota 252, p. 318.

256) Recordemos que la Constitución alemana de Weimar de 1919, dispuso en su artículo 4º, lo siguiente: "Las reglas del derecho internacional que sean generalmente reconocidas obligan como si formaran parte integrante del derecho alemán del *Reich*".

257) La Constitución italiana de 1948, en su artículo 10 dispuso: "El ordenamiento jurídico italiano se ajustará a las normas generalmente reconocidas del derecho internacional". Por su parte, la Constitución de la República Federal alemana de 1949 incorporó normas de carácter consuetudinario del derecho internacional, inclusive, con una situación superior a las leyes ordinarias. El artículo 25 del citado ordenamiento constitucional dispuso: "Las reglas generales del derecho internacional forman parte del derecho federal. Tienen preeminencia sobre las leyes y hacen nacer, directamente, derechos y obligaciones para los habitantes del Territorio de la Federación". Fix-Zamudio, Héctor, *idem*, p. 320.

con aquellas que tutelan tales derechos y que provienen de los tratados o convenios internacionales, así como de las reglas consuetudinarias generalmente reconocidas del Derecho Internacional.

Es importante destacar aquí que varias constituciones de los países de Europa continental, a partir de la segunda posguerra, han ido reconociendo, así sea parcialmente, la superioridad del Derecho Internacional en relación con las normas del derecho interno.

Ahora bien, la resolución de las controversias derivadas de la aplicación de disposiciones y reglas del Derecho Internacional, fundamentalmente en Europa continental, han sido competencia de las jurisdicciones nacionales, a quienes les corresponde desaplicar las normas de sus respectivos ordenamientos contrarias al derecho comunitario estableciendo, como lo señala Mauro Cappelletti, un control difuso, incidental y prejudicial, pero también existe un control concentrado en tanto se establece la posibilidad para los jueces nacionales de acudir a la Corte de Justicia de Luxemburgo, a fin de que resuelva sobre la interpretación de las normas comunitarias.

III. Sistemas o modelos de justicia constitucional en el derecho comparado

Hemos indicado a lo largo de este trabajo las ideas más significativas de los dos grandes modelos o sistemas de justicia constitucional en el derecho comparado: el calificado como americano de revisión judicial de constitucionalidad de las leyes y el europeo o austriaco que se caracteriza por una jurisdicción especializada en materia de constitucionalidad de las leyes. Asimismo, hemos analizado las principales figuras jurídicas, predominantemente de carácter procesal, que tutelan o protegen los Derechos

Fundamentales consagrados constitucionalmente. Nos referimos también, así sea sucintamente, a las cuestiones de constitucionalidad de las leyes.

En consecuencia, en este apartado destacaremos, de manera general, las características de estos dos grandes sistemas, no sin antes precisar dos ideas de insoslayable importancia.

La primera consiste en que los Derechos Humanos han sido consagrados constitucionalmente y, por tanto, su afectación implica también una transgresión a las disposiciones constitucionales. En este sentido, de acuerdo con la temática de este trabajo, tendríamos que analizar los instrumentos protectores de dichos derechos, esto es, el hábeas corpus, el proceso de amparo, el *mandado de segurança* brasileño, la acción o recurso de Inconstitucionalidad de las leyes y la influencia del *Ombudsman* de origen escandinavo en los países latinoamericanos. Análisis que, por otra parte, hemos realizado en páginas precedentes.

La segunda consiste propiamente en el control de constitucionalidad, particularmente de las normas fundamentales que regulan la organización y funcionamiento de los órganos del poder. Sobre esto último se centrará este apartado, así sea brevemente.

1. Sistema americano de revisión judicial de las leyes (judicial review)

La revisión judicial de constitucionalidad de las leyes tiene su antecedente más inmediato en la Constitución Norteamericana de 1787 y ha sido desarrollada ampliamente por la Corte Suprema Federal.

Este sistema de revisión judicial norteamericano y su traslado a diversos ordenamientos jurídicos iberoamericanos, ha sido acompañado por la creación de nuevas figuras jurídicas que se apartan del modelo estadounidense, por lo cual la revisión judicial se aplica a través de diversos procedimientos. A guisa de ejemplo podemos mencionar el hábeas corpus, la acción o recurso de Inconstitucionalidad de las leyes, etcétera.

Las características del control de constitucionalidad de las leyes en el sistema americano, en términos generales, son las siguientes:

- Existe un control difuso, es decir, se distribuye entre los diversos tribunales judiciales ordinarios. En otras palabras, el control difuso de constitucionalidad de las leyes significa que el mismo no se concentra en un órgano judicial único sino que, por lo general, en todos los órganos judiciales de un determinado sistema jurídico.

La cuestión de inconstitucionalidad de una ley es planteada de manera incidental en el desarrollo de un proceso concreto, y siempre que esa ley cuya constitucionalidad se discute resulte necesaria para la resolución del caso concreto planteado. En este sentido, corresponde al juez que conoce del caso resolver la cuestión de constitucionalidad planteada.

- La declaratoria de inconstitucionalidad de una ley se traduce en la desapplicación de la misma en el caso concreto controvertido, es decir, no tiene efectos *erga omnes*.

Finalmente, no podemos soslayar la influencia que ha tenido el sistema americano en algunos países de Europa. Así por ejemplo, en la Constitución de Suiza de 29 de mayo de 1874, la facultad de examinar las leyes en concordancia con las normas constitucionales se encomendó al Tribunal Federal aun cuando en forma limitada, es decir, respecto de las disposiciones legales de carácter legal (cantonal).

También en la Constitución de Irlanda de 1937, los Tribunales Superiores (*High Court and Supreme Court*) estaban facultados para resolver sobre la inconstitucionalidad de una ley contraria a las normas fundamentales, sistema que se encuentra actualmente en vigor. (258)

También en el sistema constitucional de Rumania se estableció la revisión judicial de constitucionalidad de las leyes en la Carta Fundamental de 29 de

258) Fix-Zamudio, Héctor, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, op. cit. *supra* nota 223, pp. 17-18

marzo de 1923, facultando para tal efecto a la Corte de Casación. Esta situación fue modificada en la Constitución de 1948.

En la Constitución italiana de 1948, también se puso en práctica el sistema angloamericano de control de constitucionalidad de las leyes hasta antes de entrar en funcionamiento la Corte Constitucional. En este caso los jueces ordinarios podían desaplicar las disposiciones legislativas contrarias a la Constitución en un caso concreto. (259)

2. El sistema europeo o austríaco

El sistema o modelo de justicia constitucional europeo surge en la Constitución austríaca de 1920, inspirado en las ideas del ilustre jurista de la escuela de Viena Hans Kelsen, cuyas características esenciales son las siguientes:

- La existencia de un órgano especializado para conocer las cuestiones de constitucionalidad de las leyes, esto es, el Tribunal o Corte Constitucional.
- Dicho control es concentrado, es decir, es competencia exclusiva de un órgano único denominado Tribunal o Corte Constitucional.
- Existen dos vías para plantear la inconstitucionalidad de una ley: la acción directa de inconstitucionalidad y a través de la vía incidental. La primera, es planteada por el Gobierno nacional respecto de las leyes regionales o bien por las regiones o provincias respecto de las leyes del Estado o de otras regiones o provincias. La segunda, es planteada por el juez *a quo* con motivo de un proceso planteado ante él. En este caso eleva los autos ante el Tribunal o Corte Constitucional y suspende el proceso hasta en tanto se dicte la resolución que corresponda.

259) El artículo VII dispuso: "Hasta en tanto no entren funciones la Corte Constitucional, la decisión de las controversias señaladas en el artículo 134 (relativas a la inconstitucionalidad de las leyes), tendrá lugar según las formas y dentro de los límites de las normas preexistentes a la entrada en vigor de la Constitución".

- La declaratoria de inconstitucionalidad de una ley tendrá efectos *erga omnes*.

- Existe, por lo general, un instrumento específico de protección de los Derechos Humanos que se denomina recurso constitucional.

3. Sistema mixto

Como resultado de una combinación de ambos modelos de justicia Constitucional, podemos hablar de un sistema híbrido o un sistema mixto, que se caracteriza porque el control de constitucionalidad de las leyes es encomendado a los tribunales judiciales ordinarios (característica del sistema americano) y porque la declaración de inconstitucionalidad de una ley tiene efectos generales, es decir, *erga omnes* (característica del sistema europeo o austriaco).

Son ejemplos de este modelo de justicia constitucional, los ordenamientos jurídicos de Colombia, Venezuela, El Salvador, Perú y Uruguay. En dichos países se ha introducido una figura jurídica que podemos considerar como naciente en Latinoamérica: la acción popular o recurso de inconstitucionalidad, misma que fue analizada en su oportunidad.

4. Sistema socialista

En contraposición al sistema de justicia constitucional encomendada a un organismo judicial, ya sea ordinario o especializado, el sistema socialista atribuye el control de constitucionalidad de las leyes al Soviet o Asamblea Popular que es un organismo de carácter legislativo. Así por ejemplo, en el sistema constitucional cubano corresponde a la Asamblea Nacional del Poder Popular, en términos del artículo 75, incisos r) y s), del texto constitucional, revocar los decretos-leyes del Consejo de Estado y los decretos o disposiciones del Consejo de Ministros que contravengan la Constitución, así como revocar o modificar los acuerdos o disposiciones de los órganos locales del Poder Popular que violen la Constitución.

Este tipo de control constitucional no surge en la tradición jurídica rusa, toda vez que ya se había establecido, entre otras, en la Constitución de Cádiz de 1812. En efecto, los artículos 372 y 373 atribuían a las Cortes, integradas por todos los diputados que representaban la nación, el control de constitucionalidad de las leyes. (260)

Hasta aquí estas breves reflexiones.

260) Dichos artículos disponían a la letra: "Las Cortes en sus primeras sesiones tomarán en consideración las infracciones de la Constitución que se le hubieren hecho presentes, para poner el conveniente remedio y hacer efectiva la responsabilidad de los que hubieren contravenido a ella" y "Todo español tiene derecho de representar a las Cortes o al Rey para reclamar la observancia de la Constitución".

CAPITULO TERCERO

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL SISTEMA JURIDICO MEXICANO

Sumario: I. Consideraciones preliminares. II. Evolución histórico-jurídica de las garantías constitucionales en México. III. Las garantías constitucionales en el Derecho Positivo Mexicano. 1. El Juicio de amparo. 2. La facultad de investigación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 3. Las controversias constitucionales. 4. El juicio de responsabilidad política. 5. Declaratoria del Senado de que ha llegado el caso de nombrar un gobernador provisional. 6. Competencia del Senado para resolver en términos de la fracción VI del artículo 76 constitucional, las cuestiones políticas que surjan entre los poderes de una entidad federativa. 7. La introducción y desarrollo del *Ombudsman*.

I. Consideraciones preliminares

Tradicionalmente y como un infortunio jurídico, los instrumentos de solución de los conflictos derivados de la aplicación de normas constitucionales, mismos que podemos agrupar en cinco garantías constitucionales, se han visto limitados fácticamente en su aplicación, descansando en el amplísimo campo de injerencia de uno de ellos: el juicio de amparo.

No obstante el descuido y desatención en el que han caído el resto de los instrumentos jurídicos de protección de las normas constitucionales, ningún trabajo serio sobre la justicia constitucional en México puede dejar de abordarlos, puesto que siguen representando, de manera formal, las

limitaciones a las que deben sujetarse los órganos del Estado en el desarrollo de sus actividades.

Las principales finalidades de estos instrumentos de garantía consisten en tutelar los Derechos Humanos consagrados constitucionalmente, además de proteger las restantes normas de la Carta Fundamental. Este control de la constitucionalidad de las leyes puede ser político o jurisdiccional, dependiendo del órgano encargado de conocer de estas cuestiones.⁽²⁶¹⁾

El control político de constitucionalidad de las leyes puede ser ejercido por el Poder Ejecutivo o el Poder Legislativo. Respecto de este último, se parte de la idea de la representatividad, es decir, ante la imposibilidad de consultar directamente al pueblo, se acude a los representantes que han sido elegidos libremente para la solución de casos con esta dificultad.

Para el ilustre constitucionalista mexicano, Jorge Carpizo, en estos casos el pueblo nunca pierde el control de constitucionalidad, ya que aun cuando la decisión del cuerpo legislativo sea contraria al sentir popular, en las siguientes elecciones votaría en contra de quienes desatendieron sus reclamos, manteniendo de esta manera un control e influencia en las inclinaciones de sus representantes.

Respecto al control jurisdiccional de las leyes, la Constitución se coloca en la cúspide de una pirámide de jerarquía jurídica, como origen de todo ordenamiento y toda clase de poder, sin pares y sin semejantes, como línea

261) Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, México, Porrúa, 1990, pp. 269-282.

madre de todo el sistema jurídico. En este sentido, corresponde a los órganos que integran el Poder Judicial la aplicación de este principio y, en uso de esas facultades, dirimen controversias y velan que el ordenamiento jurídico vigente no se violentado.

Ejemplificando estos dos controles diríamos que el llamado juicio de responsabilidad de los servidores públicos y el control de constitucionalidad de las leyes a través de la figura jurídica del amparo, corresponden a un control político y a un control jurisdiccional, respectivamente.

En México, como hemos indicado, existe un descuido respecto de los controles constitucionales de naturaleza política. El Congreso de la Unión se encuentra inmerso en una serie de actividades, a caso igual de importantes, que no debieran de implicar una desatención en el control de constitucionalidad de las leyes y, por tanto, en la protección de los Derechos Fundamentales.

A estas dos formas de control de las disposiciones legislativas en relación con las normas constitucionales, debe agregarse una institución novedosa en el sistema jurídico mexicano, pero ya arraigada en la sociedad: el *Ombudsman*, institución que cobra vida en la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

Esta última figura jurídica, sin tener facultades ejecutivas revocatorias, representa un extraordinario instrumento de protección de los Derechos Fundamentales consagrados constitucionalmente.

Conviene precisar desde estos momentos que el control de constitucionalidad de las leyes tiene efectos inter partes, es decir, no tiene efectos *erga omnes*. Así pues, el titular de este control puede admitir que la ley impugnada es inconstitucional y, por tanto, la desaplica en el caso concreto controvertido, pero no anula la ley en sí misma.

II. Evolución histórico-jurídica de las garantías constitucionales en México

Para comprender mejor las garantías constitucionales consagradas en la Constitución mexicana de 1917, es necesario hacer una breve referencia de estos instrumentos a través de los cuales se resuelven controversias derivadas de la aplicación de la normativa constitucional en los principales documentos que conforman el constitucionalismo en México.

Por otra parte, debemos señalar que no existe un criterio homogéneo en cuanto al número de garantías constitucionales reconocidas y consagradas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917. Así por ejemplo, Don Héctor Fix-Zamudio considera que cinco son las garantías que conforman la justicia constitucional mexicana: el juicio de amparo, la facultad investigadora de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las controversias constitucionales, y el juicio de responsabilidad política, a los cuales se ha sumado la figura del *Ombudsman*, que se traduce en la creación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos y de las Comisiones, Procuradurías y Defensorías de los Derechos Humanos de carácter local.⁽²⁶²⁾

(262) "La justicia constitucional en el ordenamiento mexicano", *op. cit. supra*, nota, 249, p. 165.

Por su parte, Octavio A. Hernández incluye además de las cuatro primeras antes mencionadas, una quinta, que es el proceso de suspensión de lo que incorrectamente se ha llamado garantías individuales en caso de emergencia, a que se refiere el artículo 29 del texto constitucional. (263)

El primer *Ombudsman* nacional en México, Jorge Carpizo, considera que la atribución conferida al Senado en la fracción VI, del artículo 76 constitucional, para resolver las cuestiones políticas que surjan entre los poderes de un Estado cuando alguno de ellos así lo solicite o cuando con motivo de un conflicto de armas se hubiere interrumpido el orden constitucional, constituye una garantía constitucional cuyo conocimiento corresponde a un órgano político. (264)

También considera que la facultad exclusiva atribuida al Senado en la fracción V, del artículo 76 constitucional, para declarar que ha llegado el caso de nombrar un Gobernador provisional, cuando hayan desaparecido los poderes constitucionales, constituye una garantía constitucional que -diríamos nosotros- es atribuida a un órgano político. Opinión que comparte el ilustre jurista mexicano, actual *Ombudsman* nacional, Jorge Madrazo. (265)

A) La Constitución de Apatzingán de 1814

Aunque de muy efímera existencia y casi nula aplicación debemos referirla como un primer antecedente de los instrumentos de garantía de las normas constitucionales.

263) *Curso de amparo. Instituciones Fundamentales*, 2a. ed., México, Porrúa, 1983, pp. 19-20.

264) "La función de investigación de la Suprema Corte de Justicia", *El Foro*, núm. 28, México, 1971, pp. 65-66.

(265) Madrazo, Jorge y Carpizo, Jorge, "El sistema constitucional mexicano", en *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, op. cit. supra, nota 198, p. 605

Esta Constitución contenía ya en algunos de sus preceptos los derechos del hombre, pero contemplaba muy vagamente los medios jurídicos para hacerlos respetar, evitando su violación o resarciendo el daño causado por su inobservancia por parte de las autoridades.

Precisamente el artículo 24 del Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, sancionado en Apatzingán el 22 de octubre de 1814, estableció los derechos de igualdad, seguridad, propiedad y libertad como objeto de tutela del Estado.

El artículo 27 del citado Decreto Constitucional estableció la responsabilidad de los funcionarios públicos, fijando límites a los órganos de poder; el artículo 28 se refirió a las formalidades legales de los actos de autoridad; el artículo 31 estableció la garantía de audiencia; el artículo 34 el derecho de propiedad; el artículo 35 el derecho de posesión y los artículos 39 y 40 se refirieron a la libertad de expresión.

Por cuanto al juicio de responsabilidad de los funcionarios públicos por delitos oficiales, entre ellos las violaciones a las normas constitucionales, era seguido en dos etapas. La primera, ante el Supremo Congreso (órgano Legislativo) el que en los términos de los artículos 120 y 126 del Decreto Constitucional debía decidir sobre la procedencia de la consignación. La segunda, relativa al proceso criminal seguido ante el Tribunal de Residencia o ante el Supremo Tribunal de Justicia cuando se trataba de los secretarios del Supremo Gobierno. Lo anterior en términos de lo dispuesto por los artículos 227 y 147 de la norma fundamental.

Un segundo aspecto lo constituye las facultades que tenían todos los ciudadanos para reclamar las infracciones a la Constitución y, en consecuencia, la posibilidad de proteger los Derechos Fundamentales incorporados a la Ley Fundamental. A guisa de ejemplo podemos mencionar que los artículos 37 y 237 establecían que a ningún ciudadano debía cuartársele la libertad de reclamar sus derechos ante los funcionarios de la autoridad, al mismo tiempo que tendrían el derecho de reclamar por las infracciones a la Constitución que notaren. Sin embargo, no se estableció procedimiento alguno para tal reclamación ni la autoridad que habría de ventilarlo, lo cual, por otra parte, puso en riesgo la operatividad del precepto, limitándose su consagración constitucional como el único logro. (266)

B) La Constitución de 1824

Con esta Constitución la nación mexicana adoptó como forma de gobierno la de una república representativa, popular y federal. Se estableció la división de poderes en: Legislativo, conformado por dos Cámaras, la de Diputados y la de Senadores; Ejecutivo, depositado en un Presidente y un Vicepresidente; y Judicial constituido por una Corte Suprema, Tribunales de Circuito y Juzgados de Distrito.

Los momentos por los que México atravesaba en ese momento histórico, resultaron verdaderamente difíciles. La preocupación primordial del

266) Los artículos 37 y 237 disponían: "ningún ciudadano debe cuartarse la libertad de reclamar sus derechos ante los funcionarios de la autoridad pública" y "Entretanto que la Representación nacional, de que trata el capítulo antecedente, no fuere convocada, y siéndolo, no dictare y sancionare la Constitución permanente de la Nación, se observará inviolablemente el tenor de este decreto, y no podrá proponerse alteración, adición ni supresión de ninguno de los artículos en que consiste esencialmente la forma de gobierno que prescribe. Cualquier ciudadano tendrá derecho para reclamar las infracciones que notare".

constituyente fue la de determinar el régimen político al que debería sujetarse la nación. A ello obedeció que otros aspectos igualmente importantes pasaran a un segundo término. Los Derechos Fundamentales, por ejemplo, fueron reducidos en relación a los contemplados por la Constitución de Apatzingán.

No obstante lo anterior, entre los Derechos Fundamentales que se mantuvieron durante la vigencia de la Constitución Federal de 1824, se encuentra la libertad de expresión y la libertad de imprenta; la restricción a los actos privativos de libertad, el respeto a la propiedad y a la posesión; la irretroactividad de la ley y la prohibición de tormentos y torturas.

Se ha dicho que en esta Constitución no existió propiamente un control de constitucionalidad de las leyes, afirmación que debe tomarse como una verdad a medias. En efecto, podemos señalar que sí existieron medios de control expresamente contemplados en el texto constitucional, sin embargo, ante la falta de reglamentación, dichas disposiciones se convirtieron en máximas declarativas sin efecto alguno.

En materia de protección de los Derechos Humanos, el artículo 137, fracción V, inciso 6º, facultó a la Corte Suprema de Justicia para conocer de las infracciones a la Constitución y a las leyes generales, empero, ante la ausencia de reglamentación de dicho precepto, él mismo careció de aplicación práctica.

Conviene precisar que el Congreso de la Unión, en los términos del artículo 165 de la Constitución Federal, resolvía las dudas sobre los alcances de los preceptos constitucionales habiendo, inclusive, declarado nulas varias leyes

expedidas por los órganos legislativos de las entidades federativas por ser, desde luego, contrarias a la Constitución. (267)

Igualmente, como medio de control se instituyó un organismo denominado "Consejo de Gobierno", que entre otras atribuciones vigilaba la estricta observancia de la Constitución y de las leyes, y señaló como atribución del Presidente cuidar la expedición de los procedimientos y que las sentencias fueran ejecutadas según los principios legales.

Otra garantía constitucional consagrada en la Constitución de 1824, es la relativa a las controversias constitucionales o "litigios constitucionales", según la terminología empleada por Carl Schmitt, cuyo antecedente lo encontramos en el artículo 3º, sección II, de la Constitución Norteamericana.

El artículo 137, fracción I, de la Constitución de 1824, decía a la letra:

Las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia son las siguientes:

I. Conocer de las diferencias que puede haber de uno a otro Estado de la federación, siempre que las reduzcan a un juicio verdaderamente contencioso en que deba recaer formal sentencia, y de las que se susciten entre un Estado y uno o más vecinos de otro... (268)

De igual forma, el artículo 38 estableció las bases del llamado juicio político para los altos funcionarios de la Federación y de los Estados, dejando en cualquiera de las dos Cámaras que conformaban el Congreso, la responsabilidad de ventilar, como gran jurado, el procedimiento correspondiente. Sin embargo, tratándose de acusaciones contra el Presidente o sus ministros y en los que haya intervenido el Senado o el Consejo de

267) Fix-Zamudio, Héctor, "La justicia constitucional en el ordenamiento mexicano", *Justicia constitucional, Ombudsman y derechos humanos, op. cit. supra*, nota 249, pp. 155-156.

268) Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-1992*, decimoséptima editorial, México, Porrúa, 1992, p. 188.

Gobierno, correspondería a la Cámara de representantes en exclusiva, fungir como gran jurado (artículo 39).

Podían ser sujetos de juicio político el Presidente de la Federación, por delitos contra la Nación y obstaculización de elecciones: los ministros de la Suprema Corte de Justicia, el vicepresidente y los secretarios del despacho por delitos cometidos durante el tiempo de su encargo, así como respecto de los gobernadores de las entidades federativas por infracciones a la Constitución Federal, Leyes de la Unión u órdenes del Presidente de la Federación.

En caso de procedencia del juicio político, y, por tanto, de la formación de causa, el acusado era puesto a disposición del tribunal competente. Correspondía a la Suprema Corte de Justicia el enjuiciamiento de los altos funcionarios, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 137, fracción V, incisos primero a cuarto, excepción hecha de los procesos seguidos en contra de los magistrados de la citada Suprema Corte, en cuyo caso se integraba un Tribunal especial formado por personas electas por el Congreso General, mismas que no deberían ser miembros del mencionado Congreso y tener las cualidades exigidas para los propios magistrados.

Coincidimos con el destacado procesalista mexicano Fix-Zamudio, cuando señala que en el citado ordenamiento fundamental no se estableció propiamente una separación entre la responsabilidad política y la responsabilidad penal. Dice el autor citado:

... no existía una estricta separación entre la responsabilidad política y la imputación penal, pero se tomaba del modelo estadounidense la necesidad de seguir un procedimiento previo

ante una de las Cámaras del Congreso de la Unión, que funcionaba como gran jurado, pero se apartaba del propio modelo en cuanto al proceso criminal no se seguía ante los tribunales ordinarios, sino ante la Suprema Corte de Justicia, con excepción del enjuiciamiento especial de los magistrados de la propia corte, lo que influyó de cierta manera el sistema del juicio político y penal de los funcionarios, en la Constitución Federal de 1857. (269)

C) La Constitución de 1836

La lucha política entre el partido liberal y el partido conservador desembocó en la victoria de este último, en cuanto a criterios sobre la Constitución de 1824, cambiando el sistema federal que se había establecido por un sistema centralista, mismo que quedó configurado en Las Siete Leyes Constitucionales que se expedieron entre 1835 y 1836. Por ello, fue llamada Constitución de Las Siete Leyes.

La primera Ley contenía un catálogo de derechos y obligaciones de los mexicanos y, la segunda, señalaba las fases para el establecimiento de un *Supremo Poder Conservador*, como órgano de control de constitucionalidad de las leyes.

Este cuerpo colegiado estaba integrado por cinco personas que entre sus múltiples facultades se encontraba la de declarar la nulidad de los actos, resoluciones o leyes de cualquiera de los tres poderes a petición de alguno de

269) *Op. ult. cit.*, pp. 157-158.

los otros. Se ha considerado que el Supremo Poder Conservador es el primer instrumento de control de constitucionalidad de las leyes de carácter político. (270)

El artículo 12 de la segunda Ley, fracción I, disponía:

Las atribuciones de este supremo poder, son las siguientes:

I. Declarar la nulidad de una ley o decreto, dentro de dos meses después de su sanción, cuando sean contrarios a artículo expreso de la Constitución, y le exijan dicha declaración, o el supremo poder Ejecutivo, o la alta Corte de Justicia, o parte de los miembros del poder Legislativo, en representación que firmen dieciocho por lo menos. (271)

Debe destacarse la supremacía en que se colocó al Supremo Poder Conservador, puesto que con la facultad de anular los actos de cualquiera de los tres poderes, se colocaba por encima de ellos. La anulación de estos actos comprendía, desde luego, los más característicos, es decir, podía suspender sesiones del Congreso, de la Suprema Corte, declarar la nulidad de las leyes y aún declarar la incapacidad del Presidente. A este respecto, Fix-Zamudio señala:

Las facultades aparentemente desorbitadas del Supremo Poder Conservador pecaban en realidad de ingenuas, pues si bien dicho organismo pronunció algunas resoluciones importantes al declarar la nulidad de leyes y actos que consideró inconstitucionales,

270) Cappelletti, Mauro, *op. cit. supra*, nota 4, p. 10, señala: "un ejemplo de control de la constitucionalidad con carácter no jurisdiccional, sino puramente político, puede encontrarse en la historia misma de las instituciones jurídicas de México, o sea en aquel Supremo Poder Conservador, que fue creado por la Segunda de las Siete Leyes Constitucionales de 29 de diciembre de 1836, inspirado en el *Senat conservateur* de la Constitución francesa del 22 de febrero del año VIII (1799)".

271) Tena Ramírez, Felipe, *op. ult. cit.*, p. 210.

dichos fallos no fueron obedecidos por las autoridades afectadas, las que alegaron pretextos y evasivas o simplemente los ignoraron, ya que la realidad política permitía la subsistencia de un órgano de esta naturaleza, que había fracasado también en su país de origen. (272)

Por otra parte, conviene precisar que solamente en casos muy aislados, la Suprema Corte estaba en posibilidad de decretar que las resoluciones no se adecuaban a las disposiciones constitucionales.

En efecto, el artículo 2º, fracción III, de la Primera Ley Constitucional, disponía:

Son derechos de los mexicanos:

III. No poder ser privado de su propiedad, ni del libre uso y aprovechamiento de ella en todo ni en parte. Cuando algún objeto de general y pública utilidad exija lo contrario, podrá verificarse la privación, si la tal circunstancia fuere calificada por el Presidente y sus cuatro ministros en la capital, por el gobierno y junta departamental en los Departamentos, y el dueño sea corporación eclesiástica o secular, sea individuo particular, previamente indemnizado a tasación de dos peritos, nombrado el uno de ellos por él, y según las leyes el tercero en discordia, en caso de haberla.

La calificación dicha podrá ser reclamada por el interesado ante la Suprema Corte de Justicia en la capital, y, en los Departamentos ante el superior tribunal respectivo. (273)

De la lectura del precepto antes transcrito, se desprende la creación de un instrumento procesal denominado *reclamo*, cuya finalidad radicó en la tutela de la propiedad privada cuando la misma fuera afectada por causa de utilidad pública. En tal supuesto, el afectado podía acudir ante la Suprema Corte de Justicia en la capital y ante el Tribunal Superior correspondiente en los

272) *Op. ult. cit.*, pp. 158-159.

273) Tena Ramírez, Felipe, *op. ult. cit.*, p. 205.

Departamentos, suspendiéndose la determinación de afectación o expropiación hasta en tanto se emitiera el fallo que conforme a Derecho correspondiera.

D) Los proyectos de reformas de 1840-1842

Entre los años de 1840 y 1842 los Diputados José María Jiménez, Pedro Barajas, Demetrio del Castillo, Eustaquio Fernández y José Fernando Ramírez, presentaron un proyecto de reformas a la Constitución de 1836 o de Las Siete Leyes, por virtud del cual se pretendía desaparecer la figura del Supremo Poder Conservador y depositar en la Suprema Corte de Justicia el control de constitucionalidad de las leyes a través de un instrumento procesal también denominado *reclamo*. Desde luego, se buscó una protección procesal de las normas constitucionales y de los Derechos Fundamentales.

El artículo 116, párrafo 13: del proyecto de reforma disponía:

Son atribuciones de la Corte Suprema de Justicia:

13. Decidir sobre los reclamos, que se interpongan acerca de la calificación hecha por el Gobierno general, para ocupar la propiedad ajena en los casos que expresan los párrafos 10 y 11 del artículo 9°. (274)

274) *Ibidem*, p. 275.

Por su parte los párrafos 10 y 11 del artículo 9, señalaban:

Son derechos del mexicano:

IX. Que nadie lo pueda privar de su propiedad, ni del uso libre y aprovechamiento de ella en toda ni en parte.

X. Que en el caso de que algún objeto de utilidad pública y común exija lo contrario, solo puede ocuparse la propiedad, si aquella circunstancia fuere calificada por el Presidente de la República y su Consejo respecto de la capital, ó por el Gobernador y junta departamental, respecto de cada departamento, y el dueño sea corporación eclesiástica ó secular, sea individuo particular, fuere indemnizado previamente á tasación de peritos nombrados por ambas partes, en los términos que disponga la ley.⁽²⁷⁵⁾

Dicho proyecto de reforma constitucional, sin embargo, no llegó a concretarse, pero dejó iniciada la polémica del control de constitucionalidad de las leyes por medio de un órgano jurisdiccional como la Suprema Corte y no a través de un órgano político como el Supremo Poder Conservador.

E) La Constitución de Yucatán de 1841

Mientras en la capital del país continuaban las luchas entre liberales que pugnaban por un sistema federal y los conservadores que insistían en un sistema centralista, Manuel Crescencio Rejón, ilustre jurista yucateco, se encontraba formando parte de una comisión integrada por Pedro C. Pérez y

275) *Ibidem*, pp. 254-255.

Darío Escalante, entre otros, encargada de elaborar la Constitución del Estado de Yucatán.

Esta Constitución fue, sin lugar a dudas, un antecedente importante de nuestro actual sistema de defensa de la Constitución y, por tanto, de protección de los Derechos Fundamentales consagrados constitucionalmente, al introducir la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes a través de la figura jurídica-procesal del juicio de amparo, sistema vigente hasta nuestros días, pasando por el artículo 25 del Acta de Reformas de 1847, los artículos 101 y 102 de la Constitución de 1857 y 103 y 107 de nuestra Constitución General de la República de 1917.

Podemos considerar que este documento constitucional fue el primero en su género en América Latina, mismo que recogió las ideas principales del proyecto de reforma constitucional de 1840, estableciendo un control jurisdiccional de la constitucionalidad de los actos de autoridad.

En esta Constitución de 1841 destaca un catálogo de Derechos Humanos y un sistema de defensa de los mismos, estableciéndose por primera vez el juicio de amparo.

Dicho juicio procedía contra las leyes y decretos de la legislatura y contra las providencias del Ejecutivo, correspondiéndole conocer del trámite y sustanciación del mismo al Pleno de la Suprema Corte, el cual emitía resoluciones que buscaban la restitución en el goce de los Derechos Humanos violados por un acto de autoridad.

Ya en este documento constitucional se aprecian dos principios básicos que hoy en día operan en nuestro juicio de garantías: la instancia de parte agraviada y la relatividad de la sentencia, es decir, que la actividad de control constitucional únicamente podía iniciarse a petición del agraviado y la resolución pronunciada sólo aprovechaba para el caso concreto que motivó la reclamación.

En los artículos 53, 63 y 64 de la Constitución yucateca de 1841 se concentran las ideas de Don Manuel Crescencio Rejón. La procedencia del juicio de amparo procedía contra los actos inconstitucionales de la legislatura y en contra de los actos inconstitucionales o ilegales del Gobernador. En estos casos, la Suprema Corte resultaba competente; en tanto que los jueces ordinarios conocían del amparo contra actos inconstitucionales de cualesquiera funcionarios que no correspondieran al orden judicial, es decir, respecto de los actos de las demás autoridades distintas a los titulares de los poderes Legislativo, Ejecutivo, además de no ser autoridades judiciales.

A este respecto, Manuel Crescencio Rejón expresó en el Congreso de 1846: "que los jueces de primera instancia amparen en el goce de los derechos a los que les pidan su protección contra cualesquiera funcionarios que no correspondan al orden judicial" y "que de la injusta negativa de los jueces a otorgar el referido amparo, así como de los atentados cometidos por ellos contra los mencionados derechos, conozcan sus respectivos superiores". (276)

276) Cfr. Tena Ramírez, Felipe, "La función del amparo mexicano en la protección internacional de los derechos humanos", en *Antología de clásicos mexicanos de los derechos humanos. De la Constitución vigente a nuestros días*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993, T. II, pp. 445-492, especialmente, p. 454.

De esta forma, la Constitución yucateca de 1841, artículo 75, estableció un control difuso al disponer: "En la administración de justicia arreglarán los jueces sus faltas a lo prevenido en esta Constitución, prescindiendo de lo dispuesto contra el texto literal de ella en las leyes o decretos del congreso del Estado".

Todas estas ideas y las de Mariano Otero cristalizaron en el Acta de Reformas de 22 de mayo de 1847, documento constitucional en donde nació el amparo como un instrumento procesal de protección de los Derechos Humanos.

Un avance también importante en la Constitución yucateca de 1841, radica el juicio de responsabilidad de los servidores públicos, que calificó como juicio político.

Podían ser objeto de juicio político: el gobernador, consejeros, secretarios de despacho y ministros de la Suprema Corte de Justicia por infracciones legales que cometieran en el ejercicio de sus cargos, previa acusación ante la Cámara de Diputados para que decidiera sobre la formación de causa, pasar el expediente al Senado local para que decidiera en definitiva.

F) Proyecto de Constitución de 1842

En el año de 1841 el sistema centralista pronunció el Plan de Tacubaya desconociendo los poderes Legislativo y Ejecutivo, y solicitando que se eligiera un Presidente provisional a fin de convocar a un Congreso Constituyente. En junio de 1842, una comisión preparó tres proyectos de Constitución: el grupo centralista era mayoritario y el liberal federalista era

minoritario hasta antes de las elecciones efectuadas el 10 de diciembre de 1841, las cuales les favorecieron. Entre los integrantes de este último grupo figuraba ya Don Mariano Otero.

El segundo proyecto de Constitución, del cual formaba parte Mariano Otero, enunciaba los Derechos Humanos y señaló como medida para lograr el equilibrio entre los poderes, que cualquier acto que afectara en su garantía a una persona, podría ser reclamado por el ofendido ante la Suprema Corte de Justicia, la cual podía ordenar la suspensión del acto. Igualmente, señaló la posibilidad de impugnar por inconstitucional la aplicación de una ley, en cuyo caso la Corte debería mandarla a revisión de las legislaturas para que resolvieran la inconformidad.

Cuando se discutía el último de los proyectos preparados por la comisión, el Congreso fue disuelto.

G) Bases orgánicas de 1843

De 1843 a 1846, estuvo vigente en México un nuevo proyecto de Constitución, sancionado por Antonio López de Santa Anna y el cual fue conocido como Bases Orgánicas, y cuyo nombre correcto es: Bases de la Organización Política de la República Mexicana.

En este ordenamiento se suprimió el Poder Conservador de 1836, pero las facultades del Poder Judicial se limitaron a la revisión de las sentencias del orden civil y penal que pronunciaban los jueces inferiores.

H) El Acta de Reformas de 1847

En 1846 Santa Anna ordenó la vigencia de la Constitución de 1824, y convocó ese mismo año a un Congreso Constituyente. La situación histórica por la que atravesaba nuestro país (la invasión por parte de los Estados Unidos de Norteamérica) propició que se precipitaran muchas decisiones; se discutió si debía ordenarse la vigencia lisa y llana de la Constitución de 1824 o si debía irse afectando por las reformas del Constituyente. Al exponer su punto de vista Mariano Otero destacó sus ideas en torno al sistema de defensa de las garantías individuales, exposición que dio lugar al nacimiento del juicio de amparo en el Acta de Reformas que fue jurada y promulgada el 21 de mayo de 1847.

Otero propuso básicamente que la defensa de las garantías ante los abusos de la autoridad fuera depositada en el Poder Judicial, ya que su respetabilidad y solidez era el seguro más firme para ese propósito.

Por cuanto hace a la protección de los Derechos Humanos consagrados constitucionalmente, era ejercida por los Tribunales de la Federación, pero cuando el acto valorado era la infracción al ámbito competencial reservado a los Estados o a la Federación o bien una ley contraria a la Constitución, correspondía al Congreso su resolución, devolviéndose a la Suprema Corte únicamente para efectos de publicación.

El artículo 25 de la citada Acta de Reformas, disponía:

Los Tribunales de la Federación ampararán a cualquier habitante de la República en el ejercicio y conservación de los derechos que le concedarán esta Constitución y las leyes constitucionales contra todo ataque de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, ya de la Federación, ya de los Estados; limitándose dichos tribunales a impartir su protección en el caso particular sobre que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o del acto que la motivare. (277)

Por su parte el artículo 22 del mismo documento constitucional disponía:

Toda Ley de los Estados que ataque la Constitución o las leyes generales, será declarada nula por el Congreso; pero esta declaración sólo podrá ser iniciada en la Cámara de Senadores. (278)

En tanto que el artículo 23 decía:

Si dentro de un mes de publicada una ley del Congreso General, fuera reclamada como anticonstitucional, o por el Presidente, de acuerdo con su Ministerio, o por diez diputados, o por seis senadores, o tres Legislaturas, la Suprema Corte, ante la que se hará el reclamo, someterá la ley al examen de las Legislaturas, las que dentro de tres meses, y precisamente en un mismo día, darán su voto.

Las declaraciones se remitirán a la Suprema Corte, y ésta publicará el resultado, que dando anotada la ley, si así lo resolviera la mayoría de las Legislaturas. (279)

277) Tena Ramírez, Felipe, *op. cit.*, *supra* nota 266, p. 475.

278) *Ibidem*, p. 474.

279) *Ibidem*, pp. 474-475.

Correlativo de lo anterior, lo es la disposición del artículo 24, que disponía:

En el caso de los dos artículos anteriores, el Congreso general y las Legislaturas a su vez, se contraerán a decidir únicamente si la ley de cuya invalidez se trate es o no anticonstitucional; y en toda declaración afirmativa se insertarán la letra de la ley anulada y el texto de la Constitución o ley general a que se oponga. (280)

Se apreciará, entonces, que el control de constitucionalidad era mixto, ya que por una parte encontramos la intervención de los Tribunales de la Federación en la protección de los Derechos Fundamentales consagrados en las normas constitucionales, cuyo efecto era interpartes y, por el otro, la intervención de un órgano político para la declaración de nulidad de las leyes inconstitucionales.

El Acta de Reformas, si bien fue sancionada por el Congreso Extraordinario Constituyente, nunca estuvo vigente y por tanto ni el juicio de amparo ni el control de constitucionalidad de las leyes por un órgano político tuvieron aplicación práctica.

1) La Constitución de 1857

Después de la revolución de Ayutla que se inició para derrocar a Antonio López de Santa Anna, se convocó a un Congreso Constituyente, dentro del cual se designó una comisión para preparar un nuevo proyecto de Constitución. Dicha comisión estuvo integrada por Ponciano Arriaga, Mariano

280) *Ibidem.* p. 475.

Yáñez, Isidoro Olvera, José M. Romero Díaz, Joaquín Cardoso, León Guzmán, Pedro Escudero, José M. Mata, José M. Cortés Esparza, José M. del Castillo y Melchor Ocampo.

Después de numerosas discusiones el 5 de febrero de 1857 fue jurada la Constitución. En ella, se declaró a la Nación como una República, democrática, representativa y popular. Se consagraron tres garantías constitucionales: el juicio de responsabilidad de los altos funcionarios, las controversias constitucionales y el juicio de amparo.

Por cuanto hace a la revisión de la constitucionalidad de las leyes y actos de autoridad, Ponciano Arriaga, Melchor Ocampo y León Guzmán, insistieron en que el propósito de trasplantar el modelo estadounidense era fundamentalmente para la protección de los Derechos Humanos consagrados constitucionalmente.

El juicio de responsabilidad abarcó diputados del Congreso de la Unión, ministros de la Suprema Corte, los gobernadores por infracción a la Constitución y leyes federales y al Presidente de la República por delitos de alta traición a la Patria y delitos de carácter oficial, por violación expresa a la Constitución y ataque a la libertad electoral.

El artículo 103 de la Constitución de 1857, dispuso:

Los diputados al Congreso de la Unión, los individuos de la Suprema Corte de Justicia y los Secretarios del Despacho, son responsables por los delitos comunes que cometan durante el tiempo de su encargo, y por los delitos, faltas u omisiones en

que incurran en el ejercicio del mismo encargo. Los gobernadores de los Estados los son igualmente por infracción de la Constitución y leyes federales. Lo es también el Presidente de la República; pero durante el tiempo de su encargo sólo podrá ser acusado por los delitos de traición a la Patria, violación expresa de la Constitución, ataque a la libertad electoral y delitos graves del orden común.

Originalmente, correspondía al Congreso unicameral conocer del caso en primera instancia como jurado de acusación, pero la resolución era competencia de la Suprema Corte como jurado de sentencia, la que podía imponer la pena señalada en la ley secundaria.

El artículo 105 del citado ordenamiento fundamental, dispuso:

De los delitos oficiales conocerán: el Congreso como jurado de acusación y la Suprema Corte de Justicia como jurado de sentencia.

El jurado de acusación tendrá por objeto declarar a mayoría absoluta de votos, si el acusado es o no culpable. Si la declaración fuere absolutoria, el funcionario continuará en el ejercicio de su encargo. Si fuere condenatoria, quedará inmediatamente separado de dicho cargo, y será puesto a disposición de la Suprema Corte de Justicia. Esta, en Tribunal Pleno y erigida en jurado de sentencia, con audiencia del reo, del fiscal y del acusador, si lo hubiere, procederá a aplicar a mayoría absoluta de votos, la pena que la Ley designe.

Con la reforma constitucional de 13 de noviembre de 1874, la imposición de la pena por delitos oficiales cometidos por altos funcionarios, se retiró de la Corte para depositarse en el naciente Senado de la República. La reforma de 1874, en su artículo 105, dispuso: "De los delitos oficiales conocerán: la

Cámara de Diputados como jurado de acusación, y la de Senadores como jurado de sentencia".

Como sucede hoy en día, el juicio de responsabilidad de altos funcionarios y las controversias constitucionales tuvieron muy poca utilidad práctica, pues se comenzó a usar en forma exclusiva el juicio de amparo como instrumento de control de la constitucionalidad. Esto propició que la procedencia del juicio de amparo se ampliara a todos los preceptos constitucionales y a las sentencias pronunciadas por los jueces del país, encontrando algunas oposiciones a tal extensión pero finalmente ampliándose en su competencia hasta el grado en que hoy lo conocemos.

J) La Constitución de 1917

Concluida la revolución con el triunfo de Carranza, se convocó en 1916 a un Congreso Constituyente en la Ciudad de Querétaro, elaborándose la Carta Magna que fue promulgada el 5 de febrero de 1917.

Inspirada en una gran medida en la Constitución de 1857, la nueva Constitución reconoció los derechos del hombre a la libertad, seguridad, propiedad e igualdad, añadiendo además principios de reforma social al reconocer derechos a los campesinos y obreros.

En cuanto al control de la constitucionalidad, conservó intacta la redacción del artículo 101 de la Carta de 1857, y dispuso que los Tribunales de la Federación resolvieran las controversias suscitadas por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales y por leyes o actos de las

autoridades de los Estados que invadan la esfera competencial de la autoridad Federal.

Por otra parte, el nuevo artículo 107 reprodujo el contenido del artículo 102 de la Constitución de 1857, precisando el trámite del juicio constitucional.

Se adoptó la forma de gobierno republicana, representativa, democrática y federal, compuesta de Estados libres y soberanos pero unidos en una Federación, señalándose que el Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

III. Las garantías constitucionales en el Derecho Positivo Mexicano

Como indicamos al inicio de este tercero y último capítulo, no existe un criterio uniforme sobre el número de garantías constitucionales consagradas en el texto constitucional de 1917. Por ello, hemos preferido hablar de los cinco instrumentos a que se refiere Don Héctor Fix-Zamudio, además de otros dos a que hacen alusión los ilustres constitucionalistas Don Jorge Carpizo y Don Jorge Madrazo, respectivamente.

En el desarrollo de las garantías constitucionales nos basaremos fundamentalmente en las disposiciones fundamentales y, en su caso, en las respectivas leyes reglamentarias.

1. El juicio de amparo

Esta institución es la garantía constitucional de mayor relevancia en el sistema jurídico mexicano.

A través del juicio de amparo se resuelve toda controversia originada por leyes o actos de autoridad que violen los Derechos Humanos, por leyes o actos de autoridad que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados y por leyes o actos de la autoridad estatal que invadan la esfera competencial de la autoridad federal.

En torno a su procedencia, debe destacarse que el juicio de amparo cumple una doble función; como garantía para el control de la constitucionalidad, y como control de la legalidad.

En el año 1988 fue reformado el artículo 107 de la Carta Magna, estableciéndose que la Suprema Corte de Justicia de la Nación habría de avocarse al control de la constitucionalidad mediante el juicio de amparo, en tanto que los Tribunales Colegiados vigilarían la legalidad de los actos de autoridad.

La finalidad de esta reforma fue evitar la saturación en la capacidad de estudio y respuesta de la Suprema Corte, como consecuencia de la gran ampliación en la materia de amparo (recordemos que su inicial competencia lo fue sólo la protección de las garantías individuales), buscando que toda su atención se concentrara en el control y vigilancia de la constitucionalidad de las leyes.

La proyección del juicio de amparo en cuanto a los alcances de su competencia, se originó en la evolución de la tutela de los actuales artículos 14 y 16 constitucionales, ya que protegiendo inicialmente garantías, la vigilancia y el control de la legalidad le permitió extenderse en la tutela de la exacta aplicación de cualquier disposición legal, lo cual, como ya mencionamos, puso en serio riesgo la capacidad de respuesta del órgano encargado de su tramitación.

Los principios fundamentales del juicio de amparo, son los siguientes:

A) Principio de la relatividad de la sentencia

Según este principio, conocido también como fórmula Otero, la sentencia de amparo no puede tener efectos generalizados que trasciendan a los intereses concretos que se encuentren en conflicto, esto es, una sentencia de amparo no resulta aplicable *erga omnes*, ni puede favorecer a quien no haya fungido como parte en el propio juicio, es decir, las resoluciones son concretas y relativas exclusivamente al hecho y las partes sobre las que versa la demanda (inter partes).

Este principio es un efecto natural de que el control de la constitucionalidad de las leyes se encuentre en manos del Poder Judicial, puesto que de ser competencia del Poder Legislativo, sus resoluciones serían oponibles a todos los hombres, ya que constituirían un acto material y formalmente legislativo, general y abstracto.

Debemos señalar que la relatividad de las sentencias de amparo comprende al quejoso, a la autoridad y al objeto del juicio, es decir, al acto de autoridad que se reclama en el juicio de garantías.

El mantenimiento del principio de relatividad de la sentencia impone el pago de un costo social, ya que el juicio de amparo, a pesar de su formal gratuidad, por su complejidad técnica permanece fuera del alcance de la población de escasos recursos.

Existe hoy en día una tendencia doctrinaria que pugna por el efecto general de la declaración de inconstitucionalidad de leyes por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, independientemente de su aplicación al caso concreto; dicha tendencia parte de la idea de que sería injusto continuar aplicando una ley inconstitucional a un gobernado por el solo hecho de no haberla impugnado mediante el juicio de garantías, además de que en el campo de la economía procesal se evitaría la interposición de un número considerable de juicios de amparo.

Respecto a la declaración general de inconstitucionalidad de las leyes, principio que ha sido introducido en algunos países latinoamericanos, tales como Colombia, Venezuela, Panamá, El Salvador y Costa Rica, no existe un criterio unánime en la doctrina y la jurisprudencia para su consagración en el sistema de justicia constitucional mexicano. Por ello consideramos pertinente destacar las ventajas y desventajas de dicho principio, a fin de poder emitir nuestra opinión.

Algunos tratadistas alemanes, refiriéndose a los jueces constitucionales en sistemas jurídicos de diversos países de Europa continental, han manifestado su preocupación por las facultades conferidas a dichos jueces en virtud de que pueden conducir a un gobierno judicial. Inclusive, hablan de una dictadura de los jueces.

Dicha preocupación carece de justificación debido a las propias autolimitaciones que han establecido los tribunales constitucionales en su importantísima función de control de la constitucionalidad de las leyes. (281)

Paralelamente, se han destacado como desventajas de los efectos generales de la declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes, las siguientes:

- La actividad de los tribunales se vería afectada o envuelta en los procesos políticos, corriendo el riesgo de perder el respeto popular y de realizar una auténtica y verdadera función judicial.
- El debilitamiento de las actividades de los órganos legislativos en la formulación de las leyes. Inclusive, se ha llegado a hablar del riesgo del principio de la división de poderes, ya que el poder encargado del control constitucional se ubicaría en un nivel superior al poder Legislativo.
- La ausencia del beneficio de la experiencia y del pleno desarrollo de los hechos, al preferir imponer la validez a la legislación.

281) Al respecto consultar el profundo análisis del tratadista alemán, Bachof Otto, *La defensa de la Constitución*, cit. por Fix-Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el Derecho de Amparo*, México, UNAM, 1993, p. 176.

Coincidimos con el jurista Fix-Zamudio, en que dichas objeciones no tienen aplicación en la actualidad en virtud de la evolución que los conceptos tradicionales de la división de poderes, la función jurisdiccional y la diferencia entre justicia y política, que han experimentado en su devenir histórico. (282)

Por cuanto a las ventajas que implica la declaración de inconstitucionalidad de una ley con efectos *erga omnes*, nos permitimos señalar la principal y fundamental cuyo soporte lo constituyen las experiencias de los tribunales constitucionales europeos.

Si analizamos la labor de los órganos especializados del control constitucional, veremos como lejos de hacer innumerables declaraciones de inconstitucionalidad, han recurrido a la importantísima labor de interpretación constitucional, buscando armonizar las normas ordinarias con las disposiciones constitucionales.

Adicionalmente, los jueces constitucionales han mostrado prudencia en sus declaraciones de inconstitucionalidad, mismas que han prosperado en casos extremos. Esta situación es fácilmente comprobable, si tomamos en cuenta el

282) En el profundo análisis que realiza en su obra *Ensayos sobre el derecho de amparo*, op. cit., pp. 178-182.

alto número de impugnaciones y el bajo número de declaratorias de inconstitucionalidad.

En atención a lo expuesto y tomando en consideración el principio de igualdad de los gobernados ante la ley, propugnamos por lo que en reiteradas ocasiones ha expuesto, el muchas veces citado maestro Héctor Fix-Zamudio: La declaración general de inconstitucionalidad de las leyes. (283)

B) Principio de instancia de parte agraviada

A través de este principio se consagra la acción constitucional, eliminándose toda posibilidad de control oficioso de constitucionalidad mediante el juicio de amparo.

El daño o perjuicio causado por el acto de autoridad que se reclama, recibe el nombre de agravio, configurado por el menoscabo de una garantía individual o por la invasión de la esfera competencial de las Entidades Federativas o de la Federación en perjuicio de un individuo. El promovente deberá ser el titular del derecho menoscabado.

283) "... un sistema de control constitucional en el cual se atiende exclusivamente a los efectos particulares de la sentencia que declara la contradicción de una disposición legislativa con la Carta Fundamental, llega a desvirtuar el principio esencial de la igualdad de todos los gobernados frente a la Ley, ya que ésta se aplica a todos los que no obtuvieron la protección, pero quedan exentos los favorecidos con la declaración particular", *op. cit.*, p. 191.

C) Principio de definitividad del juicio de amparo

Para que el juicio de garantías resulte procedente, es indispensable que el quejoso o agraviado haya agotado previamente todos los recursos ordinarios contenidos en la Ley que rige el acto que se pretenda reclamar en la vía constitucional, es decir, el acto que se reclama debe ser definitivo, con las salvedades señaladas en la propia Ley y que han sido ampliadas por la jurisprudencia.

Dichas excepciones son las siguientes:

a) En materia penal:

a) Cuando se trate de actos que pongan en peligro la vida, deportación, destierro o alguno de los prohibidos por el artículo 22 constitucional (artículo 73, fracción XII, de la Ley de Amparo).

b) Cuando se trate del auto de formal prisión, será optativo agotar el recurso ordinario o interponer directamente el juicio de amparo (criterio jurisprudencial).

c) Cuando se trate de resoluciones jurisdiccionales que impliquen privación de la libertad, con excepción de la sentencia condenatoria (criterio jurisprudencial).

b) En materia administrativa:

a) Cuando el acto carezca de fundamentación (artículo 73, fracción XV, de la Ley de Amparo).

b) Cuando el acto implique una violación directa a un precepto de la Constitución (criterio jurisprudencial).

c) Cuando la ley administrativa no regule la figura de la suspensión del acto reclamado (artículo 73, fracción XV, de la Ley de Amparo).

d) Cuando la ley administrativa prevea la figura de la suspensión del acto reclamado, pero exija mayores requisitos para su concesión que los que establece la Ley de Amparo (artículos 73, fracción XV, de la Ley de Amparo).

c) En amparo contra leyes

a) Cuando la ley que se tacha de inconstitucional regule un recurso para combatir la legalidad del acto de aplicación, no será obligatorio agotar dicho recurso por estimarse que el quejoso no debe sujetarse a la ley que a su juicio es inconstitucional (criterio jurisprudencial).

d) En materia civil y laboral

a) Cuando se trate de una resolución jurisdiccional que afecte la esfera jurídica de un tercer extraño a juicio.

D) Principio de prosecución judicial del amparo

La substanciación del procedimiento de amparo, ha de darse precisamente en los términos de la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales.

E) Principio de estricto derecho

En principio, los términos de la demanda representan una barrera infranqueable para el juez de amparo, es decir, no puede entrar al estudio de la constitucionalidad de actos que no se le hubieren reclamado, sin poder siquiera suplir las deficiencias técnicas que detectare, sin embargo, se establecen excepciones a este principio en materia penal, laboral, agraria, justicia de menores y cuando el acto reclamado se funde en leyes declaradas inconstitucionales por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia.

Hasta aquí los principios del juicio de amparo.

F) Extensión protectora del juicio de amparo

Hemos tratado ya los efectos del juicio de amparo en tratándose de actos de autoridad y violación a las garantías individuales; sin embargo, creemos que merece una mención más detallada la clasificación de su competencia.

El ilustre investigador y maestro Fix-Zamudio sintetiza cinco aspectos de las funciones del juicio de amparo. (284)

a) El amparo contra leyes, basado en el principio de supremacía constitucional al refutarse una ley secundaria que atente contra las normas fundamentales.

Entendemos que en este rubro debemos incluir las leyes que lo sean en sentido material, mientras revistan las características de abstracción y generalidad, cualquiera que haya sido su origen, lo mismo que las leyes formalmente emanadas del Congreso, como disposiciones reglamentarias provenientes de autoridades administrativas. El juicio de amparo no resulta procedente en contra de normas constitucionales por ser la Constitución el ordenamiento de máxima jerarquía, ni aún en el supuesto de aplicación retroactiva.

En la impugnación de una ley mediante el juicio de amparo se debe distinguir el tipo de ley de que se trate; bien sea autoaplicativa, es decir, aquella que con su sola expedición adquiere carácter obligatorio y causa en sí misma un perjuicio al quejoso modificando una determinada situación jurídica; o

284) Fix-Zamudio, Héctor, *Justicia Constitucional Ombudsman y Derechos Humanos, op. cit.*, pp. 186 y ss.

heteroaplicativa, en donde la persona que eventualmente podría resultar afectada, deberá esperar el primer acto de aplicación de la ley para recurrirla mediante el juicio de garantías.

En los casos de leyes autoaplicativas, las demandas se enderezan contra los órganos creadores y eventualmente contra la publicación y el refrendo. Respecto de estos últimos actos, no encontramos justificación alguna para incluirlos en la demanda debido a que aun cuando el juicio de amparo prosperara, la publicación es un acto consumado que no puede ser resarcido; y en cuanto al refrendo, la autoridad responsable se ve ante la imposibilidad jurídica de anularlo en virtud de que afectaría todo el proceso legislativo, invadiendo esferas competenciales.

Por lo que hace a las leyes heteroaplicativas, la hipótesis se presenta diferente. El agraviado deberá esperar el acto concreto de aplicación que le cause un perjuicio y ocurrirá a través de un juicio de amparo indirecto, señalando a las autoridades responsables en su carácter de ordenadores y ejecutoras del acto reclamado.

b) El amparo como defensa de los derechos de libertad que, como ya hemos mencionado, fue la primera manifestación del juicio de garantías, cuyo ámbito de aplicación se circunscribió a las garantías individuales contenidas en los primeros 28 artículos de la Constitución.

c) El amparo-casación, "cuya finalidad es el examen de la legalidad de las sentencias de última instancia dadas por los tribunales". El estudio se ciñe exclusivamente a la legalidad de la sentencia, no a los hechos juzgados que,

en todo caso, habrán de ser considerados tal y como estuvieron probados al momento de dictarse la sentencia combatida.

d) El amparo administrativo, cuya finalidad es revisar resoluciones administrativas de órganos de autoridad o de Tribunales Administrativos que afecten derechos de particulares.

e) El amparo social agrario, en el cual se fijan criterios y lineamientos favorecedores para los grupos ejidales y comunales, tales como la suplencia de la queja, la ampliación de términos y la prohibición del desistimiento cuando se afecten derechos colectivos.

G) Trámite del juicio de amparo

Sin pretender abordar exhaustivamente los detalles procesales del juicio de amparo, haremos un planteamiento muy general de su forma de operar.

La Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales, prevé dos procedimientos del juicio de garantías: el amparo indirecto y el amparo directo.

El amparo indirecto se tramita ante el Juez de Distrito y, excepcionalmente, ante las Salas del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal y de los Estados, en los casos en que opera la competencia concurrente de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 37 de la Ley de Amparo.

La competencia de los jueces de distrito, se determina en función de la materia (Distrito Federal y Estado de Jalisco), el territorio, el turno y por la índole de la autoridad responsable.

De acuerdo con el artículo 114 de la Ley de Amparo, este procedimiento se utiliza para combatir los siguientes actos: actos legislativos de carácter autoaplicativo; actos administrativos; actos jurisdiccionales dictados fuera de juicio, dentro de él, cuando se trate de aquellos que causen sobre las personas o las cosas una ejecución de imposible reparación, y después de concluido el juicio, y contra actos que se traduzcan en violaciones al pacto federal.

El procedimiento en mención, se inicia con la presentación de la demanda, la cual puede formularse por escrito, por comparecencia o por vía telegráfica, de acuerdo a lo establecido en los artículos 116, 117 y 118 de la Ley de la materia. Presentada la demanda con las copias para cada una de las partes, se determina su admisión, solicitándole a las autoridades responsables rindan su informe justificado en el término de cinco días, el cual pueden rendir, incluso, hasta ocho días antes de la audiencia constitucional; en el mismo auto donde se admite la demanda, se señala fecha para la celebración de la audiencia constitucional, la cual está integrada por tres etapas: la probatoria, en sus fases de ofrecimiento, admisión y desahogo de pruebas; la de alegatos y la de resolución. En esta última, se pone fin a la primera instancia de este procedimiento, pudiéndose dictar la sentencia en tres sentidos: concediendo el amparo, en los casos en que se haya acreditado la existencia y la inconstitucionalidad del acto reclamado; negando el amparo, cuando no se haya acreditado la inconstitucionalidad del acto impugnado y sobreseyendo el

juicio cuando haya quedado actualizada alguna de las causas de improcedencia previstas en la Ley y en la Jurisprudencia o cuando se hubiera improbadado alguna de las causas de sobreseimiento, establecidas en el artículo 74 de la referida Ley de Amparo.

La sentencia que concede el amparo, de acuerdo con el artículo 80, tiene un doble efecto: positivo, que implica volver las cosas al estado en que se encontraban antes de cometerse la violación, y negativo, que se traduce en obligar a la autoridad a que cumpla con la obligación impuesta en el precepto constitucional violado.

La sentencia de primera instancia dictada por el Juez de Distrito puede ser materia de impugnación a través del recurso de revisión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 83, fracción IV, y serán competentes para conocer de él, como regla general, los Tribunales Colegiados de Circuito y, excepcionalmente, la Suprema Corte de Justicia, en los casos en que subsista un problema de inconstitucionalidad de leyes.

En el amparo indirecto operan dos tipos de suspensión: la de oficio y la de petición de parte.

La primera, es procedente contra actos que importen peligro de privación de la vida, deportación o destierro, o alguno de los prohibidos por el artículo 22 de la Constitución, así como en los casos en que se afecte un derecho patrimonial cuya restitución física sea imposible. Este tipo de suspensión se caracteriza porque se resuelve de plano, es decir, sin que opere trámite

procedimental alguno, sin que medie petición de parte, además de ser irrecurable.

En cambio, la suspensión a petición de parte es procedente cuando se satisfagan los siguientes requisitos:

- Que lo solicite el agraviado;
- Que no se cause perjuicio de interés social;
- Que no se causen daños y perjuicios de difícil reparación;
- Que el acto sea cierto; que provenga de una autoridad;
- Que su naturaleza admita la suspensión y,
- Que no se encuentre ejecutado.

En el amparo indirecto este tipo de suspensión se tramita por vía incidental y por cuerda separada. Tiene dos momentos de resolución: uno denominado suspensión provisional, cuyos efectos se producen desde el momento en que se concede y hasta que se resuelva sobre la suspensión definitiva; y otro llamado suspensión definitiva, produciendo sus efectos hasta que se dicte sentencia ejecutoriada de amparo.

Una vez que se abre el incidente de suspensión, se resuelve sobre la suspensión provisional y se solicita a las autoridades responsables rindan su Informe previo, el cual deberá rendirse dentro de las 24 horas siguientes a la notificación de dicho incidente. Posteriormente se lleva a cabo la audiencia incidental la cual, a su vez, está integrada por tres etapas: la probatoria, la de alegatos y la de resolución.

La resolución que recae a este incidente se denomina "interlocutoria suspensiva" y puede ser dictada en tres sentidos: concediendo la suspensión definitiva, en los casos en que se hayan satisfecho los requisitos antes citados; negando la suspensión definitiva, cuando no se hubiese satisfecho alguno de los requisitos aludidos, y declarando sin materia el incidente en los casos en que se hubiese señalado que la materia de ese incidente ya fue resulta en otro incidente de suspensión promovido por el mismo quejoso, contra las mismas autoridades responsables y en contra de los mismos actos reclamados.

La interlocutoria suspensiva cuando se dicta en los sentidos de conceder o negar la suspensión definitiva, puede ser impugnada a través del recurso de revisión, en términos del artículo 83, fracción II, inciso a), de la Ley de Amparo. Y cuando se dicta declarando sin materia el incidente, el recurso que procede es el de queja, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 95, fracción VI de la citada Ley.

Por cuanto hace al amparo directo, por regla general, la competencia para conocer de él se surte en favor de los Tribunales Colegiados de Circuito, utilizándose los criterios de la materia (en el Distrito Federal y en el Estado de Jalisco), territorio y turno para delimitar su competencia. Excepcionalmente, la Suprema Corte de Justicia conocerá de amparo directo cuando haga uso de su facultad de atracción, la cual operará de oficio o a petición del Procurador General de la República o de los Tribunales Colegiados de Circuito que, en un primer momento, hubieran conocido de la demanda de amparo y cuando a su juicio el asunto revista importancia y trascendencia para la nación.

Este procedimiento se utiliza para combatir actos jurisdiccionales que tengan el carácter de sentencia definitiva o de resolución que ponga fin al juicio. De conformidad con la Ley de Amparo, debe entenderse por sentencia definitiva aquella que resuelve el fondo de un asunto y contra la cual ya no es procedente interponer ningún medio de impugnación ordinario. Por resolución que pone fin al juicio, debe entenderse aquella que pone fin a un juicio determinado sin resolver el fondo del mismo y respecto de la cual ya no es posible interponer algún medio de impugnación ordinario.

Este procedimiento inicia con la presentación de la demanda, la cual en todos los casos será por escrito. Dicha presentación debe hacerse siempre por conducto de la autoridad responsable ordenadora, la cual en un término de tres días deberá remitirla, junto con su informe justificado y los autos originales del juicio de donde proviene el acto reclamado, al Tribunal Colegiado de Circuito que corresponda o la Suprema Corte de Justicia, según el caso.

Una vez que es admitida la demanda, el expediente queda a la vista de las partes por el término de diez días y, concluido dicho término, el Presidente del Tribunal Colegiado en término de cinco días turna el expediente a un magistrado ponente para que formule su proyecto de resolución, el cual será distribuido entre los demás magistrados y, en una audiencia que no es pública, se procederá a su discusión y a su votación. En el caso de que el proyecto sea aprobado por la mayoría, adquirirá el carácter de sentencia, pero si la mayoría votara en contra, se le sugiere al ponente que modifique su proyecto y en caso de aceptar, la formulación de la nueva resolución adquirirá el carácter de sentencia. Para el caso de que el ponente no aceptara modificar

su proyecto, uno de los magistrados que votó en contra formulará la sentencia respectiva, sin perjuicio de que el ponente pueda asentar su voto particular.

La sentencia que se formula en este procedimiento, puede ser dictada en tres sentidos: concediendo el amparo, en los casos en que se haya acreditado la ilegalidad de la resolución recurrida; negando el amparo cuando no se haya comprobado la ilegalidad del acto reclamado y sobreseyendo el amparo, cuando se haya actualizado alguna de las causales de improcedencia o de sobreseimiento previstas en la ley o en la jurisprudencia.

En el amparo directo se pueden alegar tanto violación al procedimiento como violaciones de fondo. En esa virtud, cuando la sentencia de amparo se dicta en el sentido de conceder el amparo por haberse acreditado violaciones procesales, el efecto de dicha sentencia será el de ordenar a la responsable deje sin efectos su sentencia y reponga el procedimiento hasta el momento que se cometió la violación. Si las violaciones acreditadas fueran de fondo, la sentencia de amparo producirá el efecto de ordenar a la responsable deje sin efecto su sentencia y emita una nueva en los términos que la propia ejecutoria le mande o sólo observando los lineamientos generales que en ella se indiquen.

El procedimiento de amparo directo es uninstitucional, por lo que la sentencia dictada por los Tribunales Colegiados y, en su caso, por la Suprema Corte de Justicia, no admite recurso alguno. Sin embargo, en aquellos casos en que por la vía de amparo y a nivel de los conceptos de violación, se hubiere alegado la inconstitucionalidad de una ley en la que se fundó el acto

reclamado, es procedente interponer el recurso de revisión, con fundamento en la fracción V del artículo 83, de la ley de la materia, siendo materia del mismo únicamente el considerando de la sentencia de amparo que esté resolviendo sobre la inconstitucionalidad de la ley.

Por cuando hace a la suspensión del acto reclamado, operará ésta de oficio sólo en los casos de sentencias definitivas en materia penal, cuando resulten ser privativas de libertad. En los demás casos opera la suspensión a petición de parte, la cual debe solicitarse ante la autoridad responsable ordenadora, quien resolverá de plano sobre su concesión o negativa.

Esta resolución mediante la cual se concede o niega la suspensión, puede ser objeto de impugnación a través del recurso de queja, con fundamento en lo previsto por el artículo 95, fracción VIII de la Ley de Amparo.

2. La facultad de investigación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Dicha facultad se encuentra comprendida en los párrafos II y III, del artículo 97 de la Constitución Federal, otorgándose a la Corte Suprema la facultad para iniciar de oficio o a petición del Poder Ejecutivo Federal, de alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión o de los Gobernadores de los Estados, las investigaciones en torno a la conducta de algún juez o magistrado, conducta que puede implicar hechos que constituyan una grave violación a alguna garantía individual; la violación del voto público cuando se pusiera en duda la legalidad de todo un proceso de elección de alguno de los Poderes de la Unión y cuando su conducta tipifique un delito del orden federal.

La facultad se limita a la sola investigación y, en todo caso, los resultados deberán hacerse del conocimiento de la autoridad competente, es decir, que la Suprema Corte actuará en todo caso como un órgano instructor.

Las investigaciones se llevarán a cabo por el personal que la propia Corte determine.

En materia de violación grave a las garantías individuales, el procedimiento de investigación de la Corte iniciará cuando la reparación del daño causado sea ya imposible, ya que de lo contrario, se actualiza una de las hipótesis de procedencia del juicio de amparo.

En cuanto a la investigación de delitos federales, la participación de la Suprema Corte podrá darse de manera paralela a la del Ministerio Público Federal, siempre y cuando los delitos sean de los que, por su naturaleza, provoquen un malestar generalizado en todo el país.

No existe una ley reglamentaria en esta materia por lo que el funcionamiento de esta facultad de investigación ha sido muy esporádico, además de que en cuestiones políticas la Suprema Corte se ha mostrado extremadamente cautelosa.

La intervención de la Corte en esta materia carece de efectos jurídicos reales, ya que su resolución no es propiamente una sentencia, sin embargo, su participación tiene una importancia considerable en la opinión pública.

3. Las controversias constitucionales

El litigio constitucional, terminología empleada por Carl Schmitt, es un instrumento con el cual una entidad pública (Federación o Estado) puede defender ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación su soberanía o las facultades o atribuciones que le han sido asignadas por la propia Constitución, frente a los actos que la vulneren, cometidos por otra entidad. Las resoluciones de la Corte en estos casos tienen efectos generales. Esta característica representa una de sus marcadas diferencias con el juicio de amparo, ya que en este último se resuelve un conflicto en el que un particular ha sido afectado por un acto de autoridad y la resolución tiene únicamente efectos inter partes.

Las controversias pueden darse entre dos o más Entidades Federativas; entre los poderes de una misma Entidad sobre la constitucionalidad de sus actos; entre la Federación y una o más Entidades Federativas; -de las autoridades de éstas que invadan la esfera de la autoridad federal-, así como en aquellos casos en que la Federación sea parte, según lo establezcan la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y el pleno de la propia Corte.

La finalidad de este medio de control es el equilibrio entre los Poderes de la Unión y los poderes de los Estados; sin embargo, tampoco ha operado en la práctica debido a que, cuando se suscitan este tipo de conflictos, regularmente son solucionados por instancias políticas más que judiciales.

Quedan excluidas de esta jurisdicción las controversias por límites geográficos y los problemas políticos nacidos por la desaparición de todos los poderes constitucionales de un Estado.

Estos mecanismos de resolución de controversias, tampoco han sido aprovechados adecuadamente y por esta razón son mínimos los casos concretos que se han presentado. La única hipótesis que ha tenido regular aplicación es el concepto de la Federación como parte en un proceso judicial, cuando en el juicio respectivo se afectan los intereses fundamentales de la nación, con lo que se excluye la hipótesis de interpretación de que la sola participación de un funcionario federal convierte a la Federación en parte procesal, obligando al pleno de la Suprema Corte a conocer del asunto. Este tipo de casos no tiene ninguna vinculación con la disposición constitucional que comentamos, -el artículo 105-, cuando no se afectan los intereses fundamentales de la nación y, por tanto, deben ser desahogados en juicios ordinarios.

En este orden de ideas, la última controversia constitucional que fue planteada ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, fue el llamado "Caso Oaxaca", mismo que fue resuelto por el pleno del más alto Tribunal de la República los días 3 y 7 de diciembre de 1932.

Este conflicto constitucional presentado por el Procurador General de la República, en representación del Gobierno Federal, consistió en la solicitud de anulación de la Ley de Dominio y Jurisdicción de Monumentos Arqueológicos, expedida por el gobierno de Oaxaca el 13 de febrero de 1932.

Después de arduos debates, la resolución correspondiente favoreció al Gobierno Federal. Desde entonces no se ha vuelto a presentar controversia constitucional alguna.

4. El juicio de responsabilidad política

Su antecedente directo es el llamado *impeachment* anglosajón y se encuentra actualmente regulado en el título IV de la Constitución y en la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos de 1982.

En cuanto a las diversas formas de responsabilidad en que pueden incurrir los servidores en el ejercicio de su encargo o con motivo de él, debemos apuntar que las responsabilidades civiles y penales se dan de manera independiente de la política y de la administrativa, esto es, no son necesariamente alternativos, sino que pueden concurrir en una misma conducta con la distinción de que la materia civil y la penal se rigen por su propio ordenamiento, mientras que la política y la administrativa se rigen por la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.

A través de la reforma constitucional de 1982, se amplió el número de servidores que pueden incurrir en responsabilidad a los de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial de la Federación, los Poderes de los Estados y Municipios y a los servidores públicos que integran la administración pública paraestatal, situación a la que nos referiremos más adelante.

El juicio de responsabilidad política busca la sanción y el castigo a toda violación que se cometa a las disposiciones constitucionales que enmarcan el ámbito de atribuciones de los servidores públicos.

Evidentemente, esta garantía busca que los servidores públicos se conduzcan con honestidad durante su encargo.

En su texto original, el artículo 108 de la Constitución de 1917, señaló expresamente a los funcionarios que gozaban del llamado fuero constitucional (el Presidente de la República, Senadores, Diputados, Ministros de la Suprema Corte, Secretarios del Despacho, Procurador General de la República, Gobernadores y Miembros de los Congresos Locales), de tal suerte que para proceder judicialmente en contra de estos funcionarios era menester desahogar ante el Congreso de la Unión un procedimiento de responsabilidad, al cual más adelante nos referiremos.

La finalidad del fuero constitucional consiste en impedir que los enemigos del país puedan entorpecer la función pública, presentando demandas frívolas en contra de servidores públicos; sin embargo, el fuero constitucional no puede ser interpretado, de ninguna manera, como un sinónimo de impunidad. Existen otras instituciones semejantes a la anterior, pero de muy diversa naturaleza, como es la inmunidad diplomática que se rige al tenor de los tratados internacionales y que se refieren a faltas administrativas y delitos no graves de los diplomáticos acreditados, o el fuero militar cuya finalidad es sujetar las faltas en esta materia a un conjunto de normas específicas que en nada representan un trato privilegiado.

En algunos casos, particularmente tratándose de la responsabilidad del Presidente, las hipótesis para su enjuiciamiento eran muy limitadas (sólo por traición a la patria y delitos graves del orden común), buscando que las facultades de investigación y juzgamiento del Congreso no se convirtieran en un factor de desequilibrio entre los poderes, ya que de ser muy amplia esta facultad, el Congreso podría colocarse en un plano superior al del Ejecutivo, existiendo la posibilidad de que se presentaran abusos.

Por cuanto hace a la responsabilidad de los miembros del Poder Judicial, el fuero se otorgó únicamente a los ministros de la Suprema Corte, mientras que para los jueces y magistrados se estableció un procedimiento que requería que el Presidente de la República presentara una solicitud de destitución, después de oír en privado al funcionario judicial. Este procedimiento basado en el concepto de mala conducta, subjetivamente valorada, fue suprimido en la reforma constitucional de 1982.

El procedimiento para desahogar las responsabilidades políticas, que en esencia se mantienen en la actualidad, consistía en dividir en dos instancias a las Cámaras del Congreso de la Unión; ante la Cámara de Diputados, que actuaba como órgano de acusación después de haber valorado el hecho con pruebas de cargo y descargo, y ante la Cámara de Senadores, la cual por mayoría absoluta de los miembros presentes decidía si la acusación era o no fundada.

Existe una controversia en torno al fuero otorgado a las autoridades de las Entidades Federativas, cuestionándose que, los integrantes de las legislaturas locales, pudieran infringir la Constitución o las leyes federales. Debe quedar

claro que la posibilidad más seria de que se presente este caso se da en la esfera de competencia reservada a la Federación, la cual puede ser vulnerada por las autoridades locales y, desde luego, por lo menos en una primera instancia, compete a los poderes de la Federación discernir este conflicto y fincar responsabilidades.

A partir de la reforma de 1982, se hizo una enumeración exhaustiva en el artículo 110 de los servidores públicos que pueden ser sujetos de juicio político:

...Senadores y Diputados del Congreso de la Unión, Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los Secretarios de Despacho, los Jefes de Departamento Administrativo, los Representantes a la Asamblea del Distrito Federal, el Titular del Organismo u Organos de Gobierno del Distrito Federal, El Procurador General de la República, el Procurador General de Justicia del Distrito Federal, los Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito, los Magistrados y Jueces del Fuero Común del Distrito Federal, los Directores Generales o sus equivalentes de los Organismos Descentralizados, Empresas de Participación estatal mayoritaria, Sociedades y Asociaciones asimiladas a ésta y fideicomisos públicos.

Los Gobernadores de los Estados, Diputados locales y Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia locales, sólo podrán ser sujetos de juicio político en los términos de este título por violaciones graves a esta Constitución y a las leyes federales que de ella emanen, así como por el manejo indebido de fondos y recursos federales; pero en este caso la resolución será únicamente declarativa y se comunicará a las legislaturas locales para que en ejercicio de sus atribuciones procedan como corresponda.

La enumeración anterior es restrictiva, es decir, que ningún funcionario diferente a los señalados podrá ser sujeto de juicio político por analogía. Las sanciones posibles en torno a la responsabilidad política, independientemente

de las sanciones que procedan por la comisión de un delito, son dos: la destitución del cargo y la inhabilitación para ocupar otro en el servicio público.

En tratándose de servidores públicos de las Entidades Federativas, la resolución del Congreso de la Unión pueden ser en un doble sentido: meramente declarativa a fin de que, como un acto de respeto a la soberanía de los Estados, sea la propia legislatura local la que determine en última instancia las responsabilidades, o bien se considera que el Congreso local únicamente implementará la resolución, puesto que difícilmente podría modificar y enfrentar un criterio externado por el Congreso de la Unión.

El procedimiento para el juicio político se inicia con la denuncia ante la Cámara de Diputados que puede presentar cualquier ciudadano bajo su más estricta responsabilidad y mediante la presentación de elementos de prueba a fin de que dicha Cámara, una vez evaluado el caso, determine si es procedente la acusación o no en contra de un servidor público ante el Senado. El Senado, constituido en gran jurado, decidirá la responsabilidad o inocencia del servidor público. Las decisiones de la Cámara de Diputados y de la Cámara de Senadores son irrecurribles, es decir, no podrán ser impugnadas ante autoridad alguna ni tendrá posibilidad el servidor público de promover el juicio de garantías, sin embargo, le asistirá en todo momento el derecho de defenderse de las imputaciones hechas en su contra en ambas instancias del procedimiento.

Las responsabilidades que dan origen al juicio político se encuentran contenidas en los artículos VI y VII, de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos de 1982. El primero de dichos ordenamientos, señala

la procedencia del juicio político cuando los actos y omisiones de los servidores públicos que pueden ser sujetos a éste, redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho, siendo estos: El ataque a las instituciones democráticas, el ataque a la forma de gobierno republicano, representativo, federal; las violaciones graves y sistemáticas a las garantías individuales o sociales; el ataque a la libertad de sufragio; la usurpación de atribuciones, infracciones graves a la Constitución o a las leyes federales, y las violaciones sistemáticas a los programas presupuestales de la Administración Pública Federal.

El juicio político sólo podrá iniciarse durante el período activo del servidor público o hasta un año después de terminado su encargo. Es obvio que la finalidad de esta disposición es evitar la llamada "cacería de brujas" o revancha política cuando el servidor público se ha separado de su cargo.

El juicio de responsabilidad política ha sido un medio de control constitucional muy poco usado en la práctica, más por razones prácticas y políticas que por el bajo índice de conductas desviadas de los servidores públicos del país.

5. Declaratoria del Senado de que ha llegado el caso de nombrar un gobernador provisional

El insigne maestro Jorge Madrazo, considera que la facultad exclusiva de la Cámara de Senadores a que se refiere la fracción V del artículo 76 de la Constitución General de la República, constituye una garantía constitucional. (285)

285) Madrazo, Jorge y Carpizo, Jorge, "El sistema constitucional mexicano", *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, en *op. cit. supra*, nota 198, p. 181.

Este instrumento ha sido utilizado para resolver litigios jurídicos que se presentan entre las entidades federativas y las autoridades de la Federación, las cuales al contar con mayor fuerza política, propician la centralización que caracteriza a los regímenes federales, tal y como lo señala el maestro Fix-Zamudio. (286)

Ante la desaparición de todos los poderes constitucionales de un Estado, corresponde al Senado de la República hacer esta declaratoria señalando que ha llegado el caso de nombrar un Gobernador, el cual convocará a elecciones. El nombramiento lo hará el Senado a partir de una terna propuesta por el Presidente de la República con la aprobación de las dos terceras partes de los senadores presentes y, en sus recesos, por la Comisión Permanente.

La declaración del Senado reconoce una situación previa, la desaparición de poderes, pero no los hace desaparecer. Los casos que motivan dicha desaparición de los poderes, se encuentran previstas en la Ley Reglamentaria de la Fracción V, del artículo 76 constitucional de 1978. Conviene precisar que antes de la publicación de la citada Ley, en donde se señala expresamente dicho supuesto, los casos de desaparición de poderes eran utilizados como instrumento de presión política hacia las entidades federativas, pues se partía de interpretaciones subjetivas que bien podrían ser manipuladas.

286) Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit. supra*, nota 252, p. 180.

El Gobernador provisional designado por el Senado tiene como función primordial la de convocar a elecciones, encontrándose impedido, para participar en dicho proceso electoral.

En este orden de ideas, es lógico que no corresponda a ninguna instancia de los Estados la declaración aludida, ya que no es posible que la desaparición de los poderes fuera declarada por ellos mismos.

La diferencia en la competencia para conocer de los conflictos constitucionales de las entidades federativas, queda especificada de la siguiente manera:

Cuando la pugna sea jurídica, conocerá la Suprema Corte de Justicia de la Nación; cuando la pugna sea política, conocerá el Senado de la República.

6. Competencia del Senado para resolver en términos de la fracción VI, del artículo 76 constitucional, las cuestiones políticas que surjan entre los poderes de una Entidad Federativa

Para el destacado tratadista, Jorge Carpizo, la facultad consagrada en la fracción VI del artículo 76 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, constituye una garantía constitucional atribuida a un órgano político, toda vez que se le encomienda resolver las cuestiones políticas que surjan entre los poderes de un Estado cuando alguno de ellos así lo solicite o cuando se haya interrumpido el orden constitucional mediante un conflicto de armas.

Se ha destacado como objeción a considerar esta facultad como una garantía constitucional el hecho de que la controversia sea de carácter político y no de carácter jurídico.

7. La Introducción y desarrollo del Ombudsman

Resulta evidente que la figura del *Ombudsman* hasta hace poco tiempo se encontraba alejada de la tradición jurídica latinoamericana, situación que empezó a modificarse a raíz de la preocupación de los juristas latinoamericanos. Recordemos aquí el análisis comparativo realizado por el tratadista venezolano Humberto J. La Roche sobre el *Ombudsman* en los países nórdicos y el caso de Venezuela; también el estudio del jurista argentino Miguel M. Padilla, sobre la institución del Comisionado Parlamentario; los estudios del conocido constitucionalista colombiano Carlos Restrepo Piedrahita y, en México, los estudios del tratadista Lucio Cabrera sobre el Comisionado Parlamentario en Escandinavia, así como los profundos estudios realizados por el ilustre maestro Héctor Fix-Zamudio.

No obstante lo anterior, en México hasta hace poco tiempo la figura del *Ombudsman* era poco conocida. Sus antecedentes son a nivel de las Entidades Federativas e incluso en los municipios, antes de cobrar vida propia en el ámbito de la Federación y de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El actual *Ombudsman* nacional, Don Jorge Madrazo, señala como antecedentes de esta novedosa figura jurídica en México, los siguientes:

- La Dirección para la Defensa de los Derechos Humanos del Estado de Nuevo León, creada por decreto del Poder Ejecutivo Estatal el día 31 de enero de 1979, a través de la Ley de Defensoría de Oficio del Estado, misma que fue abrogada por la Ley para la Defensa de los Derechos Humanos del Estado de Nuevo León. (287)

- La Procuraduría de Vecinos del municipio de Colima creada por acuerdo del Ayuntamiento de la ciudad de Colima, el 21 de noviembre de 1983. Dicha Procuraduría fue institucionalizada por la Legislatura Local en la Ley Orgánica Municipal del Estado de Colima del 8 de diciembre de 1984, en los artículos 94 y 95, con las mismas facultades con las que originalmente fue conceptualizada. (288)

- La Defensoría de los Derechos Universitarios de la Universidad Nacional Autónoma de México, creada el 29 de mayo de 1985.

287) El artículo 1º de la Ley enfatiza la protección de los Derechos Fundamentales de las personas de escasos recursos económicos, así como de aquellos que por una escasa preparación, incapacidad física o legal o por su corta o avanzada edad, así lo solicitaran. Para un análisis más profundo sobre las características de la Dirección para la Defensa de los Derechos Humanos, *cfr.* González Ramos, Juventino, *Los Derechos Humanos en Nuevo León*, México, 1991.

288) Las funciones de dicha Procuraduría son:

- Recibir e investigar las quejas, reclamaciones y proposiciones que presenten, por escrito u oralmente, los afectados por la actividad de la Administración Pública local.

- Una vez realizada la investigación, proponer a la autoridad responsable vías de solución a las instancias planteadas, sin carácter imperativo.

- Rendir un informe anual de sus actividades al Cabildo incluyendo sus propuestas de solución y las respuestas de las autoridades requeridas. Este informe deberá incluir también las sugerencias que tenga para reformar tanto el procedimiento como las leyes que regulen la actividad de la administración pública local. *Vid. Periódico Oficial* del Estado de Colima de 8 de diciembre de 1984.

El proyecto de Estatuto por el cual se crea dicha Defensoría fue presentado por el primer *Ombudsman* nacional, en ese entonces Rector de la Universidad Nacional Autónoma de México, doctor Jorge Carpizo, al honorable Consejo Universitario.

La Defensoría de los Derechos Universitarios es un órgano independiente de las autoridades de la UNAM y está integrado por un defensor, dos adjuntos y el personal auxiliar necesario. (289)

- La Procuraduría para la Defensa del Indígena del Estado de Oaxaca creada en el año de 1986. Su creación respondió a la imperiosa necesidad de proteger a uno de los grupos más vulnerables de la sociedad oaxaqueña: los indígenas (290).

289) El artículo 1° de dicho Estatuto dispone: "La Defensoría de los Derechos Universitarios es el órgano de carácter independiente que tiene por finalidad esencial recibir las reclamaciones individuales de los estudiantes y de los miembros del personal académico de la UNAM, por la afectación de los derechos que les otorga la legislación universitaria; realizar las investigaciones necesarias, ya sea a petición de parte o de oficio, y proponer, en su caso, soluciones a las autoridades de la propia Universidad". *Cfr. La Defensoría de los Derechos Universitarios de la UNAM y la institución del Ombudsman en Suecia*, México, UNAM, 1986.

290) El artículo 9° del Reglamento de la Ley Orgánica de la Defensoría de Oficio y Social del Estado de Oaxaca, publicado en el *Periódico Oficial* el 23 de octubre de 1982, a la letra dispone:

"La Procuraduría de la Defensa del Indígena, por conducto de sus órganos de autoridad y de acuerdo con lo estipulado en los artículos cuarto fracción II, séptimo y octavo de la Ley que se reglamenta, tendrá las siguientes atribuciones y obligaciones:

I. Será la responsable del proceso de liberación de los indígenas que se encuentran privados de su libertad por causa de problemas relacionados con su condición socioeconómica y cultural.

II. Promover el estudio de todos los casos penales ya iniciados en los que se encuentran involucrados los miembros de las comunidades étnicas del Estado, a fin de que logren su libertad, teniendo en todos los casos intervención de oficio tanto en los asuntos ya instaurados en los juzgados y demás instancias, así como en los que se inicien por la Procuraduría de Justicia del Estado en averiguación previa, en los términos de las leyes procesales aplicables.

- La Procuraduría Social de la Montaña del Estado de Guerrero, creada mediante Ley, publicada en el *Periódico Oficial* del Estado, el 29 de abril de 1987, constituye un intento por acelerar y equilibrar el desarrollo de esa región, buscando la igualdad entre los grupos sociales de las diversas regiones. De esta manera, los municipios altamente poblados por indígenas encuentran una instancia de protección de sus Derechos Fundamentales consagrados constitucionalmente, procurando la preservación de la identidad cultural de cada etnia.

- La Procuraduría de Protección Ciudadana del Estado de Aguascalientes, creada por decreto que reforma y adiciona la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos de la entidad, publicado en el *Periódico Oficial* el 14 de agosto de 1988.

Esta institución constituye un importante antecedente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, toda vez que se inspira en las características del *Ombudsman* de origen escandinavo.

III. Intervendrá para evitar que a los procesados indígenas se les den malos tratos.

IV. Supervisar, custodiar y operar los recursos financieros destinados para el pago de las fianzas que sean aportados por el Gobierno del Estado o por otras instituciones federales, estatales y municipales.

V. Fungir como órgano de asesoría jurídica a instituciones gubernamentales que desarrollan acciones tendientes a la defensa de los derechos étnicos.

VI. Brindar asesoría jurídica general (individual o colectiva) a las distintas etnias de la entidad.

VII. Promover la difusión de los instrumentos legales vigentes a través de campañas realizadas en idiomas indígenas.

VIII. Prevenir a través de campañas, la comisión de los distintos delitos por parte de la comunidad indígena utilizando el material técnico necesario".

- La Defensoría de los Derechos de los Vecinos del Estado de Querétaro, creada en el año de 1988. Tiene como finalidad primordial la de recibir e investigar las quejas y denuncias que se presenten por presuntas violaciones a los Derechos Humanos de los ciudadanos, ya sea por acciones u omisiones de las autoridades del municipio.

- La Procuraduría Social del Departamento del Distrito Federal, creada por Acuerdo del Jefe del Departamento del Distrito Federal de 22 de diciembre de 1988. Dicha Procuraduría es concebida como un medio de control de la Administración Pública del Departamento del Distrito Federal, buscando mejorar las relaciones entre la administración y los administrados; evitando y rectificando las deficiencias o irregularidades de los funcionarios públicos, buscando que los actos de estos últimos se realicen con estricto apego a la legalidad, honestidad y oportunidad.

Ciertamente, todos y cada uno de los ejemplos antes señalados, no respondieron estrictamente al modelo del *Ombudsman* de origen escandinavo, además de que algunos de ellos no se desarrollaron efectivamente, sin embargo, son antecedentes de la creación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos. (291)

El antecedente más inmediato de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, lo encontramos en la creación de la Dirección General de Derechos Humanos de la Secretaría de Gobernación, cuyo fin primordial radicaba en la atención

291) Cfr. Madrazo, Jorge, *Derechos Humanos: el nuevo enfoque mexicano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993, pp. 45-52.

de las reclamaciones de los ciudadanos por presuntas violaciones a los Derechos Humanos.

La Comisión Nacional de Derechos Humanos fue creada por Decreto del Ejecutivo Federal el 5 de junio de 1990, como un órgano desconcentrado de la Secretaría de Gobernación y cuya finalidad radicó en proponer y vigilar el cumplimiento de la política nacional en materia de respeto y defensa de los Derechos Humanos; se le facultó para establecer mecanismos de prevención, atención y coordinación para salvaguardar dichos derechos, tanto de los mexicanos como de los extranjeros que se encontrasen en el territorio nacional; esta facultad en coordinación con la Secretaría de Relaciones Exteriores.

Como consecuencia de los resultados obtenidos por esta institución a lo largo de un año y de la confianza ganada dentro de la sociedad civil, el Presidente de la República envió al Poder Revisor de la Constitución la iniciativa para constitucionalizar este Organismo Nacional.

En efecto, el 28 de enero de 1992 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el Decreto por el que se reforma el Artículo 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para adicionar un apartado B y, en consecuencia, crear un sistema novedoso de protección de los Derechos Humanos bajo la modalidad de *Ombudsman*.

Es importante destacar que este nuevo sistema complementa y enriquece las garantías que integran la justicia constitucional en México, es decir, las

garantías constitucionales, sin suprimir ni modificar ninguna de las ya establecidas en el ordenamiento jurídico nacional.

El texto del apartado B, del artículo 102 constitucional, textualmente dispone:

B) El Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de los Derechos Humanos que otorga el orden jurídico mexicano, los que conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa proveniente de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos. Formularán recomendaciones públicas autónomas, no vinculatorias y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas.

Estos organismos no serán competentes tratándose de asuntos electorales, laborales y jurisdiccionales.

El organismo que establezca el Congreso de la Unión conocerá de las inconformidades que se presenten en relación con las recomendaciones, acuerdos u omisiones de los órganos equivalentes de los Estados.

De la lectura del precepto constitucional antes transcrito, y siguiendo las ideas del destacado constitucionalista Jorge Madrazo, se desprenden los principios básicos siguientes:

- El Sistema de Protección de los Derechos Humanos no sustituye a ninguno de los previstos por la Constitución General de la República. Por el contrario, enriquece el sistema de justicia constitucional mexicano.

- La adición constitucional respeta en todo momento la estructura federal del Estado y desarrolla un sistema federalista de protección de los Derechos

Humanos, al establecerse en cada una de las Entidades Federativas un organismo similar que tutela los derechos de los gobernados.

- La Comisión Nacional de Derechos Humanos actúa como un órgano de revisión en caso de presentarse inconformidades por las Recomendaciones, acuerdos u omisiones de los organismos protectores de Derechos Humanos de las Entidades Federativas.

- Las Recomendaciones que formulen tanto el Organismo Nacional como los de las Entidades Federativas, serán autónomas y basadas estrictamente en las evidencias que obren en los expedientes. Dichas Recomendaciones no tienen un carácter vinculatorio, pero su fuerza radica en la autoridad moral del *Ombudsman*.

- Quedan exceptuadas de la competencia de la Comisión Nacional y de las Comisiones Locales de Protección de los Derechos Humanos, los asuntos de carácter electoral, laboral y jurisdiccional.

- La Comisión Nacional de Derechos Humanos no podrá conocer de quejas que pudieran representar violaciones a Derechos Humanos cometidas por servidores públicos del Poder Judicial de la Federación. (292)

Por otra parte, el artículo segundo transitorio del Decreto de reforma constitucional dispone que hasta en tanto se establezcan los organismos de protección de los Derechos Humanos en los Estados, la Comisión Nacional de

Derechos Humanos podrá seguir conociendo de las quejas que sean de competencia local.

Así las cosas, esta reforma constitucional da vida a un Sistema No Jurisdiccional de Protección de los Derechos Humanos bajo la figura del *Ombudsman*.

Ahora bien, de conformidad con la reforma constitucional y al lado de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, se crean en cada una de las Entidades Federativas Comisiones Estatales de Protección de los Derechos Humanos, cuyo ámbito de competencia será conocer, precisamente, de violaciones en las que estén involucrados servidores públicos del fuero común.

Luego entonces, el Sistema Nacional de Protección No Jurisdiccional de los Derechos Humanos se integra por 33 instituciones; 31, correspondientes a los Estados de la Federación; una al Distrito Federal, además de la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

Por otra parte, el 29 de junio y el 12 de noviembre de 1992, aparecieron publicados en el *Diario Oficial* de la Federación la Ley y el Reglamento de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, respectivamente.

El tratadista Jorge Madrazo, refiriéndose a la nueva estructura legal de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, señala:

La reestructuración del orden legal de la Comisión Nacional produjo una importante serie de efectos y consecuencias: se reafirmó su naturaleza de *Ombudsman*; se fortalecieron sus principios de autonomía e independencia; se fijaron las reglas para llevar a la práctica todo el sistema nacional de protección no jurisdiccional de los Derechos Humanos; se crearon dos Visitadurías Generales más y la Contraloría Interna, y se precisaron, enriquecieron y perfeccionaron los procedimientos para el trámite y resolución de las quejas.

En términos normativos, técnicos, financieros y por la cantidad de recursos humanos que le fueron asignados, la Comisión Nacional ha quedado adecuadamente equipada para hacer frente a sus responsabilidades y desafíos. (293)

El mismo autor establece los avances de la nueva legislación en los siguientes términos:

a) La Comisión Nacional deja de ser un organismo desconcentrado para convertirse en organismo descentralizado, por ello, con personalidad jurídica y patrimonios propios.

b) La designación del presidente de la Comisión Nacional será hecha por el Presidente de la República y sometida a la aprobación de la Cámara de Senadores, o en los recesos de ésta, a la Comisión Permanente del Congreso de la Unión.

El presidente de la Comisión Nacional durará en el cargo cuatro años y podrá ser designado exclusivamente para un segundo periodo.

c) La forma de designación de los miembros que integran el Consejo de la Comisión Nacional será igual a la de su presidente.

d) El presidente de la Comisión Nacional y los visitadores generales gozarán de inmunidad en relación con el ejercicio de sus funciones.

e) En general, el procedimiento para el tratamiento de las quejas, es el fruto de la experiencia de dos años de la CNDH.

f) La Comisión Nacional, por conducto de su presidente y previa consulta con el Consejo, puede declinar su competencia en un

293) Discurso pronunciado en ocasión del primer Informe Anual correspondiente al periodo mayo 1992-mayo 1993, el día 3 de junio de 1993.

caso determinado cuando así lo considere conveniente para preservar la autonomía y autoridad moral de la Institución.

g) Los visitadores generales tienen la facultad de solicitar en cualquier momento que se tomen medidas precautorias o cautelares para evitar la consumación irreparable de violaciones a los Derechos Humanos.

h) El presidente de la Comisión Nacional, los visitadores generales y los visitadores adjuntos están dotados de fe pública.

i) El presidente de la Comisión Nacional deberá enviar un informe anual tanto al Congreso de la Unión como al titular del Ejecutivo Federal sobre las actividades que se hayan realizado en el período respectivo. Dicho informe deberá ser ampliamente difundido en la sociedad. Con motivo de dicho informe, ninguna autoridad o servidor público podrá dar instrucciones a la Comisión Nacional. (294)

En este orden de ideas, la Ley y el Reglamento de la Comisión Nacional precisan la estructura orgánica de la Comisión Nacional y delimitan su ámbito de competencia. Así, tenemos que la CNDH se integra hasta por cinco Visitadores Generales y, actualmente, se cuenta con tres.

Las dos primeras Visitadurías Generales se encargan de tramitar hasta su conclusión todas y cada una de las quejas que se presentan por presuntas violaciones a Derechos Humanos. En tanto que la Tercera Visitaduría General se encarga de los Asuntos Penitenciarios, supervisando los Centros de Reclusión del país, tanto de adultos como de menores, y sin necesidad de que medie queja alguna.

Otra área de la Comisión Nacional es la Secretaría Ejecutiva, cuyo objetivo fundamental es proponer las políticas generales que en materia de Derechos

294) *Op. cit. supra* nota 291, pp. 62-63.

Humanos se debe seguir ante los organismos gubernamentales y no gubernamentales, nacionales e internacionales.

Particular importancia reviste el Consejo de la Comisión Nacional que es un órgano de la sociedad, integrado por diez personas de reconocido prestigio y que, establece los lineamientos generales de la actuación de la Comisión Nacional. El Consejo cuenta con un Secretario Técnico como instancia de apoyo.

Como corolario de lo anterior y en virtud de la importancia que reviste su contenido, consideramos pertinente citar lo expuesto por el actual *Ombudsman* nacional, con motivo del segundo Informe Anual de la Comisión Nacional de Derechos Humanos correspondiente al periodo mayo 1993-mayo 1994, el día 6 de junio de 1994, precisamente, a cuatro años de creación de esta importantísima institución jurídica:

En materia de Derechos Humanos, el México de hoy no es igual, afortunadamente, al de antes de junio de 1990. La causa ha ido permeando a muchos servidores públicos y a distintos grupos y sectores de la sociedad. Ahora se conocen mejor las prerrogativas, libertades y facultades que nos corresponden, así como los instrumentos para hacerlos valer. Hoy, los Derechos Humanos son un tema común en el seno de las familias, en las escuelas, en las comunidades indígenas; entre los niños y las mujeres; en las cárceles y con los discapacitados; en los periódicos y los medios masivos de comunicación; en los debates de los intelectuales y en las charlas de café.

México ha iniciado un movimiento por los Derechos Humanos que no tiene regreso porque el pueblo lo conoce, lo valora y lo ha hecho suyo; y esto es así, porque el mensaje profundo de los Derechos Humanos refuerza a la justicia, ensancha los márgenes de la libertad, asegura la dignidad de los individuos todos, impulsa la democracia, vigoriza el Estado de Derecho y hace posible la paz. Con esta confianza y esta honda convicción, encaramos los retos del presente y asumimos los muchos desafíos del porvenir.

Por lo tanto, en esta gran lucha por los Derechos Humanos el fortalecimiento y la permanencia de una auténtica y verdadera cultura de los Derechos Humanos y, en consecuencia, de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, harán que los resultados que se obtengan sean cada día más alentadores.

CONCLUSIONES

1.- En gran parte de los países de Europa, la defensa de la Constitución fue concebida, en sus inicios, como un mecanismo político de defensa de la legitimidad constitucional y no como un conjunto de instrumentos jurídicos y fundamentalmente procesales de protección de las normas incorporadas a la Constitución. En este sentido, la legitimidad constitucional fue entendida como la situación por virtud de la cual la Constitución era reconocida de hecho y como ordenación jurídica, porque su fuerza y autoridad descansa en el mismo acto del Poder Constituyente, como expresión genuina de la voluntad del pueblo.

Una situación distinta se observó en América, en donde como consecuencia de la ausencia de tensiones importantes en la estructura socio-política - situación calificada como de utopismo constitucional mágico- pero con una clara disociación entre la normativa constitucional y la realidad política, motivaron que la defensa de la Constitución se entendiera como una protección de los valores ínsitos en la Constitución a través de instrumentos y procedimientos jurídicos.

2.- Lo expuesto en el punto anterior, explica la distancia entre la justicia constitucional en el sistema americano basado en el *judicial review*, que se inicia en la Constitución norteamericana de 1787 y que ha sido ampliamente desarrollado a partir de la sentencia del juez Marshall, de 1803, en el caso

Marbury versus Madison, y la justicia constitucional europea o austriaca, que se caracteriza por la existencia de una jurisdicción especializada en materia de control de constitucionalidad de las leyes, esto es, la existencia de un Tribunal o Corte Constitucional.

3.- Como consecuencia del proceso evolutivo de las instituciones jurídicas, entendemos que la defensa de la Constitución se integra por aquellos instrumentos jurídicos y procesales que se han establecido para preservar las normas constitucionales, prevenir su violación e impedir su desconocimiento, así como para lograr el desarrollo y evolución de las propias disposiciones constitucionales, buscando su paulatina adaptación a la realidad político-social y su transformación en virtud de las normas programáticas de la propia Ley Fundamental.

4.- La defensa de la Constitución se dividen en dos categorías importantes: la protección constitucional y las garantías constitucionales.

5.- La protección constitucional se integra por todos aquellos instrumentos políticos, económicos, sociales y de técnica jurídica establecidos e incorporados a las normas fundamentales, cuya finalidad consiste en la limitación del poder, buscando que los titulares del mismo se sometan o acaten los principios consagrados en la Constitución, es decir, se busca el buen funcionamiento de los órganos del poder. Son ejemplo de esta primera categoría el principio de la separación de poderes, en tanto se encargan funciones distintas a órganos distintos, buscando la racionalización del poder; los controles intraorganos e interorganos de carácter constitucional; los lineamientos o reglas económicas y financieras consagrados

constitucionalmente, en cuanto evitan la utilización discrecional de los recursos económicos y financieros por parte de los órganos del poder; los factores sociales -grupos de interés, grupos de presión y partidos políticos- que al tener un reconocimiento constitucional, se les dota de los mecanismos jurídicos para la defensa de sus derechos consagrados constitucionalmente y, finalmente, los principios de supremacía y reforma constitucional.

6.- La evolución del concepto de garantías constitucionales atravesó por cuatro etapas importantes: la primera, en la cual se le consideró como sinónimo de derechos de la persona humana, *verbigracia*, las declaraciones francesas; en la segunda etapa en la que se consideró que las garantías constitucionales eran aquellas instituciones que por su importancia política y social, pero sin tener vinculación con los derechos de la persona humana ni con la organización de los poderes públicos, se consagraron constitucionalmente. Son ejemplos, en el caso mexicano, la reforma agraria y la legislación laboral; en una tercera etapa se le equiparó con el concepto general de la Defensa de la Constitución, abarcando con ello tanto la protección constitucional como las garantías constitucionales y la cuarta etapa se caracteriza por desarrollar el concepto preciso y actual de las garantías constitucionales.

7.- Las garantías constitucionales en sentido estricto, son los instrumentos jurídicos, predominantemente de carácter procesal, que han sido establecidos para lograr la efectividad de las normas constitucionales cuando existe conflicto, incertidumbre o violación de las mismas. Dicho en otras palabras, las garantías constitucionales se integran por los instrumentos de protección de los Derechos Fundamentales consagrados constitucionalmente, incluyendo

el control de constitucionalidad de las leyes en cuanto pueda aplicarse a la protección de los derechos de la persona humana.

8.- La justicia constitucional se integra por todos los instrumentos jurídicos y procesales que garantizan la efectividad de las disposiciones constitucionales. En este sentido, el término justicia constitucional es el género y las garantías constitucionales en sentido estricto son la especie.

9.- En el ámbito doctrinal existe un problema terminológico grave, toda vez que los conceptos defensa, control, justicia y jurisdicción constitucional suelen ser empleados de manera indistinta e incorrectamente para significar los instrumentos de garantía de las disposiciones constitucionales.

La defensa de la Constitución es un concepto amplio que abarca tanto los instrumentos que procuran el funcionamiento armónico y equilibrado de los órganos del poder, como aquellos que reintegran el orden constitucional violado, es decir, las garantías constitucionales en sentido estricto.

La expresión control de constitucionalidad, frecuentemente utilizada por autores franceses, es uno de los instrumentos de garantía de las disposiciones constitucionales, es decir, es una categoría de las garantías constitucionales en sentido estricto.

La expresión jurisdicción constitucional, utilizada por la doctrina italiana y en sentido similar por la alemana, denota los organismos judiciales, y más estrictamente hablando, los organismos especializados -Tribunales o Corte Constitucionales- a quienes se les encomienda el conocimiento de los

instrumentos de garantía o de justicia constitucional; en tanto que la justicia constitucional coincide con el concepto de garantías constitucionales.

10.- El derecho procesal constitucional es una de las disciplinas más jóvenes del procesalismo científico, teniendo la misma por objeto el estudio de las garantías constitucionales. Dicho en otras palabras, tiene por objeto el estudio de los instrumentos jurídicos y procesales que aseguran el cumplimiento de las normas constitucionales.

La creación sistemática de esta disciplina jurídica se atribuye al fundador de la escuela de Viena, Hans Kelsen, cuyos estudios fructificaron con la creación de la Corte Constitucional austriaca en la Constitución de 1920.

11.- El derecho constitucional procesal se ocupa del estudio sistemático de los conceptos, categorías e instituciones procesales consagradas en disposiciones constitucionales. Es decir, estudia la regulación constitucional de los instrumentos procesales que dan efectividad a las normas constitucionales, pero no a los instrumentos en sí mismo.

12.- Tres son los sectores que integran el estudio de la justicia constitucional: el primero que es calificado por el destacado procesalista italiano como Jurisdicción Constitucional de Libertad; el segundo, denominado por el tratadista mexicano Héctor Fix-Zamudio como Jurisdicción Constitucional Orgánica y, finalmente, una tercera categoría denominada, también por Fix-Zamudio, como Jurisdicción Constitucional de carácter Internacional y Comunitario.

13.- No coincidimos con el procesalista italiano Mauro Cappelletti cuando señala que la justicia constitucional de las libertades comprende todas aquellas formas de recurso o procedimiento jurisdiccional que tienen por objeto la protección judicial de los Derechos Fundamentales contra los actos del poder público lesivos de tales derechos. Por el contrario, consideramos que la jurisdicción constitucional de libertad comprende tanto a los instrumentos procesales como aquellos que no tienen un carácter estrictamente procesal, pero que protegen los Derechos Fundamentales consagrados constitucionalmente, tales como el *Ombudsman* de origen escandinavo.

14.- Los instrumentos que integran la jurisdicción constitucional de libertad podemos dividirlos a su vez, en tres categorías: a) Los remedios indirectos que son aquellos que protegen los derechos de carácter ordinario y que en forma refleja puede tutelar los Derechos Fundamentales. Son ejemplos de esta primera categoría, el proceso ordinario y la justicia administrativa; b) Los remedios complementarios son aquellos que si bien no han sido creados para proteger Derechos Humanos, se utilizan para sancionar la violación de los mismos cuando ha sido consumada. Es ejemplo de esta segunda categoría, el juicio político o de responsabilidad de altos funcionarios; y c) Los remedios específicos son aquellos que de manera pronta, eficaz y directa protegen los Derechos Humanos, además de que en la mayoría de los casos el efecto es reparador, es decir, restituyen al particular en el goce de sus derechos infringidos. Son ejemplo de esta tercera categoría el hábeas corpus, el juicio de amparo, la acción popular de inconstitucionalidad, los recursos constitucionales regulados en gran parte de los países de Europa continental y la solución escandinava del *Ombudsman*.

15.- Los remedios específicos han sido divididos con base a su predominio, aunque no exclusividad, en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, en cinco sectores: a) Los que prevalecen en el sistema angloamericano, es decir, el hábeas corpus y la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes; b) Los imperantes en ordenamientos iberoamericanos, esto es, la acción de amparo, el *mandado de segurança* brasileño y la acción popular de inconstitucionalidad, además de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes y de cierta influencia del sistema europeo caracterizada para la existencia de una jurisdicción especializada (Tribunales o Cortes Constitucionales) y la declaración general de inconstitucionalidad de las leyes; c) Los prevalecientes en gran parte de los sistemas constitucionales de Europa continental, tales como los recursos constitucionales y la instancia judicial especializada para la declaración de inconstitucionalidad de las leyes; d) La Procuratura en los antes llamados países socialistas y e) La solución escandinava del *Ombudsman*.

16.- El juicio de amparo debe considerarse como un instrumento procesal de protección de los Derechos Fundamentales y de la supremacía de las disposiciones constitucionales.

No obstante lo anterior, la extensión en su concepción protectora difiere en los diversos ordenamientos iberoamericanos. Por esta razón, debemos de hablar de tres categorías importantes. La primera que se integra por aquellos ordenamientos jurídicos que consideran al amparo como un instrumento procesal de protección de libertad humana contra las de tensiones arbitrarias. Concebida así esta institución, sería sinónimo de hábeas corpus.

La segunda categoría de ordenamientos se integra por aquellos que conciben al amparo como un instrumento procesal de protección de los Derechos Humanos, excepción hecha de la libertad personal, la cual es protegida de manera independiente por la figura jurídica del hábeas corpus o exhibición personal.

Finalmente, una tercera categoría que ha caído en desuso, es aquella que agrupa a los ordenamientos en donde la institución del amparo es un instrumento que tutela los Derechos Humanos, la libertad personal y realiza el examen de inconstitucionalidad de las leyes.

17.- El *mandado de seguridad* fue introducido en la Constitución brasileña de 16 de julio de 1934 y constituye una de las aportaciones más importantes al derecho procesal constitucional. En virtud de su notable desarrollo doctrinal, legal y jurisprudencial, debe considerarse como un instrumento procesal de protección de los Derechos Humanos consagrados en las disposiciones constitucionales, excepción hecha de la libertad personal que es tutelada por la institución del hábeas corpus.

18.- Sin apartarse de los lineamientos fundamentales del sistema americano de revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, pero con una clara influencia del sistema europeo o austriaco, algunos países latinoamericanos han introducido en sus ordenamientos constitucionales la figura jurídico-procesal de la acción popular de inconstitucionalidad.

Dicha institución jurídica debe considerarse como un instrumento procesal de protección de los Derechos Humanos consagrados constitucionalmente,

además de constituir una garantía procesal de las normas constitucionales que regulan el funcionamiento de los órganos del poder.

19.- El recurso constitucional establecido en la mayoría de los países de Europa continental, es un instrumento procesal de protección de los Derechos Humanos consagrados constitucionalmente y puede ser interpuesto por cualquier persona física o colectiva afectada en sus derechos. Para su procedencia es necesario agotar todos los recursos o medios ordinarios establecidos, excepción hecha en los casos de interés general o cuando se pueda causar un perjuicio o daño irreparable al recurrente.

En los casos de la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley, los efectos *erga omnes*.

20.- En algunos de los antes llamados países socialistas, el órgano encargado de proteger los derechos de los gobernados cuando son violados por actos de autoridad o de las organizaciones sociales, es la Procuratura.

Respecto de esta figura jurídica no existe un criterio uniforme en cuanto a sus atribuciones, toda vez que realiza funciones muy parecidas a las de un Ministerio Público y a las de un *Ombudsman*.

21.- La figura jurídica del *Ombudsman*, aún cuando no tiene carácter procesal, constituye una auténtica, verdadera y eficaz garantía constitucional, es decir, un instrumento específico de protección de los Derechos Humanos consagrados constitucionalmente que ha sido introducido en más de 50 países del mundo.

El *Ombudsman* es un funcionario autónomo, apolítico y apartidista que tiene una función de fiscalización de la administración.

Conoce de las quejas específicas de la ciudadanía contra la injusticia, la defectuosa actividad de las autoridades administrativas; posee facultades para investigar, criticar, recomendar y publicar, pero no la de revocar o anular los actos de las propias autoridades administrativas.

El *Ombudsman* cumple con una función preventiva y represiva en materia de protección de los Derechos Humanos.

22.- Existe una tendencia generalizada en el ámbito latinoamericano por divulgar y consagrar la figura jurídica del *Ombudsman*, así como profundizar y extender su competencia.

23.- La jurisdicción constitucional orgánica se dirige a la solución de los conflictos que se susciten entre los diversos órganos de poder, en cuanto a sus atribuciones y competencias. Es decir, a través de los instrumentos que integran este sector de la justicia constitucional los órganos del poder que se vean afectados por actos o disposiciones legislativas de otras instancias de poder que vulneren sus atribuciones y competencias, pueden impugnarlos.

El conocimiento de los conflictos o litigios constitucionales, terminología empleada por Carl Schmitt, se ha encargado fundamentalmente a los órganos judiciales.

24.- Las cada vez más importantes relaciones entre las normas de carácter nacional y comunitario, y las normas internas de Estados Nacionales, así como la resolución de las controversias que se puedan suscitar entre las mismas, han motivado la creación de un tercer sector de la justicia constitucional cada vez más complejo: la jurisdicción constitucional de carácter internacional y comunitario.

En consecuencia, este tercer sector comprende los instrumentos dirigidos a resolver las controversias entre las normas constitucionales internas y las del derecho internacional y comunitario, tanto las de carácter consuetudinario como las de naturaleza convencional, particularmente en el campo de los Derechos Humanos.

25.- En el derecho comparado existen cuatro sistemas o modelos de justicia constitucional. El primero calificado como "americano" de revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes; el europeo o austríaco que se caracteriza por la existencia de una jurisdicción especializada; el mixto que se integra por elementos de los dos anteriores y el socialista que se caracteriza porque el control constitucionalidad de las leyes se atribuye a un órgano legislativo.

26.- El sistema americano de revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, se caracteriza por la existencia de un control difuso, es decir, se distribuye entre los diversos tribunales judiciales ordinarios, lo que significa que el control no se concentra en un órgano judicial único.

La cuestión de inconstitucionalidad de una ley es planteada de manera incidental en el desarrollo de un proceso concreto, y siempre que esa ley cuya

constitucionalidad se discute resulta necesaria para la resolución del caso concreto planteado. En este sentido, corresponde al juez que conoce del caso concreto resolver la cuestión de constitucionalidad planteada.

27.- El sistema europeo o austriaco surge en la Constitución austriaca de 1920, inspirado en las ideas del ilustre jurista de la escuela de Viena, Hans Kelsen.

Este sistema se caracteriza por la existencia de un órgano especializado para conocer las cuestiones de constitucionalidad de las leyes, es decir, un Tribunal o Corte Constitucional.

La cuestión de constitucionalidad puede ser planteada a través de dos vías: la acción directa de inconstitucionalidad de una ley ante el Tribunal Constitucional, por parte del Gobierno Nacional respecto de las leyes regionales o bien por las regiones o provincias respecto de las leyes del Estado o de otras regiones o provincias. La segunda vía calificada de incidental, es planteada por el juez *a quo* con motivo de un proceso planteado ante él.

Los efectos de la declaración inconstitucionalidad de una ley *erga omnes*.

28.- El sistema mixto o híbrido se caracteriza por una combinación del modelo americano y del europeo o austriaco. En otras palabras, el control de constitucionalidad de las leyes es encomendado a los tribunales judiciales ordinarios y la declaración de inconstitucionalidad de una ley tendrá efectos generales.

En contraposición al sistema de justicia constitucional encomendado a un organismo judicial, ya sea ordinario o especializado, el llamado sistema socialista atribuye el control de constitucionalidad a un organismo de carácter legislativo.

29.- La justicia constitucional mexicana ha tenido una evolución paulatina y difícil, en la cual se advierte la influencia de diversos sistemas jurídicos, fundamentalmente angloamericanos, españoles y franceses.

30.- Las garantías constitucionales que se consagran en el sistema jurídico mexicano se han inspirado fundamentalmente en el modelo de la Constitución norteamericana de 1787, tales como las controversias constitucionales, el juicio de amparo y el juicio de responsabilidad política.

31.- En el caso de la justicia constitucional en México no existe un criterio uniforme en cuanto a las garantías constitucionales que consagra el texto fundamental de 1917.

32.- La justicia constitucional en el ordenamiento jurídico mexicano se integra por cinco garantías constitucionales: a) El juicio de amparo; b) La facultad investigadora de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; c) Las controversias constitucionales; d) El juicio de responsabilidad política y e) La figura del *Ombudsman* que cobra vida en la Comisión Nacional de Derechos Humanos y en las Comisiones Locales de las Entidades Federativas.

33.- Existen autores que consideran que la facultad exclusiva del Senado consagrada en la fracción V del artículo 76 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, constituye una garantía constitucional.

34.- También se ha considerado que la facultad del Senado para resolver en términos de la fracción VI del artículo 76 de la Constitución General de la República, las cuestiones políticas que surjan entre los poderes de una Entidad Federativa, constituye una garantía constitucional.

35.- El juicio de amparo constituye la garantía constitucional de mayor relevancia en el sistema de justicia constitucional mexicana, no obstante que se ha convertido en un instrumento sumamente complejo en cuanto a su tramitación. Cumple con una doble función: como garantía de control de la constitucionalidad de las leyes y como control de la legalidad de los actos de autoridad.

36.- Existen -siguiendo las ideas del maestro Fix-Zamudio- cinco sectores del juicio de amparo: a) El amparo contra leyes, basado en el principio de supremacía constitucional al refutarse una ley secundaria que atente contra las normas fundamentales; b) El amparo como defensa de los derechos de libertad, que protege a los gobernados contra los actos que importen el peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal fuera del procedimiento judicial, deportación o destierro o algunos de los actos prohibidos por el artículo 22 de la Constitución Federal; c) El amparo casación, cuya finalidad es el examen de la legalidad de las sentencias de última instancia dada por los tribunales; d) El amparo administrativo, cuya finalidad consiste en revisar las resoluciones administrativas de los órganos de

poder o de los tribunales administrativos que afecten derechos de particulares y e) El amparo social agrario, en el cual se fijan los criterios y lineamientos favorecedores para los grupos ejidales y comunales, tales como la suplencia de la queja, la ampliación de términos y la prohibición del desistimiento cuando se afecten derechos colectivos.

37.- Las importantísimas reformas constitucionales efectuadas en agosto de 1987 y las legales de enero de 1988, convierten a la Suprema Corte de Justicia de la Nación en un Tribunal Constitucional en cuanto se avoca al control de la constitucionalidad de las leyes, trasladándose a los Tribunales Colegiados de Circuito la vigilancia de la legalidad de los actos de autoridad.

38.- Es necesario el fortalecimiento de la labor de interpretación constitucional por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

39.- En el proceso de evolución del juicio de amparo, resulta conveniente establecer la declaración general de inconstitucionalidad de las leyes, puesto que el mantenimiento del principio de relatividad de las sentencias impone el pago de un costo social, ya que el juicio de amparo a pesar de su formal gratuidad, por su complejidad técnica permanece fuera del alcance de la gente de escasos recursos. Aunado a lo anterior, consideramos que resulta injusto continuar aplicando una ley inconstitucional a un gobernado por el sólo hecho de no haberla impugnado mediante el juicio de garantías, además de que en el campo de la economía procesal se evitaría la interposición de un número considerable de juicios de amparo.

40.- La introducción y desarrollo de la Comisión Nacional de Derechos Humanos y de las Comisiones de las Entidades Federativas, constituye un auténtico, verdadero y eficaz instrumento de protección de los Derechos Humanos consagrados constitucionalmente. En este sentido, constituye una garantía constitucional.

41.- Si bien es cierto que la Comisión Nacional de Derechos Humanos fue creada por un Decreto del Ejecutivo Federal el 5 de junio de 1990, también lo es que con su actuación y resultados obtenidos fortaleció su independencia y autonomía.

42.- Como consecuencia de los resultados obtenidos por la Comisión Nacional de Derechos Humanos durante su primer año de vida y de la confianza ganada dentro de la sociedad civil, el Presidente de la República envió al Poder Revisor de la Constitución la iniciativa para constitucionalizar este Organismo Nacional.

43.- El Decreto por el que se reforma el artículo 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para adicionar un apartado B, crea un sistema novedoso de protección de los Derechos Humanos bajo la figura del *Ombudsman*.

44.- El Sistema Nacional de Protección No Jurisdiccional de los Derechos Humanos se integra por 33 instituciones; 31, correspondientes a los Estados de la Federación; una al Distrito Federal, además de la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

BIBLIOGRAFIA

Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, segunda edición, México, UNAM, 1970.

Almagro Nosete, José, "La evolución del derecho a la jurisdicción constitucional", en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, Madrid, número 4, 1981.

-----, *Justicia constitucional (comentarios a la ley orgánica del tribunal constitucional)*, Madrid, 1980.

Alonso García, Enrique, "Los límites de la justicia constitucional: La constitucionalización de los derechos prestacionales del 'Welfare State' en Norteamérica", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 4, número 11, mayo-agosto de 1984.

Andrade Sánchez, Eduardo, *Introducción a la ciencia política*, México, Colección de Textos Jurídicos Universitarios, Harla, 1983.

Andrea Sánchez, Francisco J. de, "Los partidos políticos en la Constitución mexicana de 1917", en *El constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX. La constitución mexicana 70 años después*, México, UNAM, 1988, T. VI.

-----, "Régimen jurídico de los partidos políticos", en *Memoria del III Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 1987, T. I.

Basave Fernández del Valle, Agustín, "Partidos políticos y sistemas electorales", en *Anuario Jurídico IX*, México, UNAM, 1982.

Bidart Campos, Germán J., "La jurisdicción constitucional Argentina", *II Coloquio Iberoamericano de Derecho Constitucional*, consultable en, *La*

Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 1984.

-----, *La interpretación y el control constitucional en la jurisdicción constitucional*. Buenos Aires, Editora Comercial Industrial y Financiera (EDIAR).

-----, *Manual de derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Editorial Comercial, Industrial y Financiera (EDIAR), 1972.

Bielsa, Rafael, "Examen de la constitucionalidad de las leyes por los tribunales judiciales", en *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Buenos Aires, año XXIII, números 107-108, 1961.

-----, *La protección constitucional y el recurso extraordinario*, segunda edición, Buenos Aires, 1964.

Biscaretti di Ruffia, Paolo, "La solución italiana al problema de la jurisdicción constitucional", en *Revista del Estudios Políticos*, Madrid, número 84, noviembre-diciembre de 1987.

-----, *Derecho constitucional*, segunda edición, traducción de Pablo Lucas Verdú, Madrid, Editorial Tecnos, Colección de Ciencias Sociales, 1982.

Bolívar Pedreschi, Carlos, *El pensamiento constitucional del doctor Moscote*, Panamá, 1959.

Brewer Carías, Allan R., "El sistema constitucional venezolano, en *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Madrid, Editorial Dickinson, 1992.

-----, *Garantías constitucionales de los derechos del hombre*, Colección de Monografías Jurídicas, número 1, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1976.

-----, *La defensa de la constitución*, Colección de Monografías Jurídicas, número 10, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1982.

Bryce, James, *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1952.

Burdeau, Georges, *Traité de science politique*, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1969, T. IV.

Campinos, Jorge, "La Constitución portuguesa de 1976 y su defensa", traducción de Alicia Elena Pérez Duarte y Noroña, en *La Constitución y su defensa*, México, UNAM, 1984.

Cappelletti, Mauro, "Justicia constitucional supranacional", traducción de Luis Dorantes Tamayo, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, T. XXVIII, número 110, mayo-agosto de 1978.

-----, *El control de constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, traducción de Cipriano Gómez Lara y Héctor Fix-Zamudio, México, UNAM, 1966.

-----, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, traducción de Héctor Fix-Zamudio, México, UNAM, 1961.

-----, *La justicia constitucional. (Estudios de derecho comparado)*, traducción de Luis Dorantes Tamayo, México, UNAM, 1987.

Carpizo, Jorge, "La función de investigación de la Suprema Corte de Justicia", *El Foro*, México, número, 28, 1971.

-----, "La interpretación del artículo 133 constitucional", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año II, número 4, enero-abril, de 1969.

-----, *La Constitución mexicana de 1917*, séptima edición, México, Porrúa, 1990.

-----, *El presidencialismo mexicano*, segunda edición, México, Siglo XXI, 1980.

-----, *Federalismo en Latinoamérica*, México, UNAM, 1973.

Cascajo Castro, José Luis, "Kelsen y la constitución española de 1931", en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, número 1, enero-febrero de 1978.

-----, "La jurisdicción constitucional de la libertad", en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, número 199, enero-febrero de 1975.

-----, "Consideraciones sobre el Estado de derecho", en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, números 189-190, mayo-agosto de 1973.

Casiello, Juan, *Derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, 1954.

Castro Borges, Arthur de y Jacques, Paulino, "Partidos políticos y sistemas electorales", en *Anuario Jurídico IX*, México, UNAM, 1982.

Chanes Nieto, José, "Referéndum e iniciativa popular", en *Revista de Teoría y Praxis Administrativa*, Instituto de Administración Pública de Nuevo León, Monterrey, vol. I, número 3, julio-septiembre de 1987.

Cherbollez, A., *Théorie des garanties constitutionnelles*, París, Edición Cherbollez, 1938, T. I.

Constant, Benjamín, *Réflexions sur les constitutions et les garanties, avec un esquisse de constitution*, París, 1814.

Cueva, Mario de la, *Teoría de la constitución*, México, Porrúa, 1982.

Daunou, F., *Ensayo sobre las garantías constitucionales*, traducción de Dean Gregorio Funes, Universidad de Córdoba.

Duguit, León, *Soberanía y libertad*, traducción de José G. Acuña, Buenos Aires, 1943.

-----, *Traité de droit constitutionnel*, segunda edición, París, 1924.

Ennis, Humberto María, "Referéndum", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1961, T. XXIV.

Enrico Paoli, Ugo, "Nomothetai", *Nuovo Digesto Italiano*, Torino, UTET, 1939, T. VIII.

Ermacora, Félix, "El Tribunal Constitucional Austriaco", en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Colección Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

Esméin, A., *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, séptima edición, París, 1921.

Esteva Gallicchio, Eduardo G., "El sistema constitucional uruguayo", en *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Madrid, Editorial Dickinson, 1992.

Fatrán Guillén, Víctor, "Consideraciones sobre el proceso aragonés de manifestación de las personas en relación con el hábeas corpus", en *Revista de Derecho Procesal*, Madrid, número 1, segunda época, 1963.

Ferrando Badía, Juan, *La democracia en transformación*, Madrid, 1973.

Fix-Zamudio, Héctor, "La protección procesal de las garantías individuales en América Latina", en *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Ginebra, Suiza, diciembre de 1968.

-----, *Ensayos sobre el Derecho de Amparo*, México, UNAM, 1993.

-----, "El Estado social de derecho en la Constitución mexicana", en *La Constitución mexicana, rectoría del Estado y economía mixta*, México, Porrúa, 1985.

-----, "El Pensamiento de Eduardo J. Couture y el derecho constitucional procesal", en *Latinoamérica: constitución, proceso y derechos humanos*, México, UDUAL-Miguel Angel Porrúa, 1988. También consultable en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año X, número 30, septiembre-diciembre de 1977. Aparecido también en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, Uruguay, T. I, enero-junio de 1980.

-----, "Estado social de derecho y cambio constitucional", en *Memoria del III Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 1984.

-----, "Introducción al estudio de la defensa de la Constitución", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año 1, número 1, enero-abril de 1968.

-----, "La Constitución y el Estado social de derecho", en *El constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX. La Constitución mexicana 70 años después*, México, UNAM, 1988.

-----, "La Constitución y su defensa (ponencia general)", en *La Constitución y su defensa*, México, UNAM, 1984.

-----, "La justicia constitucional en Iberoamérica y la declaración general de inconstitucionalidad", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, T. XXVIII, número 111, septiembre-diciembre de 1978.

-----, "La protección jurídica y procesal frente a los grupos de presión" en *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, México, año II, número 5, mayo-agosto de 1987.

-----, "La protección procesal de las garantías individuales en América Latina", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Madrid, número 3, 1967.

-----, "Las garantías constitucionales en el ordenamiento mexicano", en *Anuario Jurídico*, III-IV (1966-1967), México, 1977.

-----, "Valor actual del principio de la división de poderes y su consagración en las constituciones de 1857 y 1917", en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, año XX, números 58-59, enero-agosto de 1967.

-----, "Diversos significados jurídicos del amparo en el derecho iberoamericano", en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, año XVIII, número 52, enero-abril de 1965.

-----, *El juicio de amparo*, México, Porrúa, 1964.

-----, *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993.

-----, *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Madrid, Civitas-UNAM, 1982.

-----, "Los instrumentos procesales internos de protección de los derechos humanos en los ordenamientos de Europa continental y su influencia en otros países", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XII, número 35, mayo-agosto de 1979.

-----, *Los Tribunales Constitucionales y los Derechos Humanos*, México, UNAM, 1980.

-----, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1965)*, México, UNAM, 1968.

-----, *Los problemas contemporáneos del Poder Judicial*, Colección Grandes Tendencias Políticas Contemporáneas, México, UNAM, 1986.

-----, *Protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos*, Colección Manuales, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991.

Furniss, Norman, *Futures for the Welfare State*, Indiana, University Press, 1985.

García Alzugaray, Miguel Angel, "El sistema constitucional cubano", en *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Madrid, Editorial Dickinson, 1992.

García Belaúnde, Domingo, "Los orígenes del hábeas corpus", en *Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Perú, número 31, 1973.

-----, "El sistema constitucional peruano", en *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Madrid, Editorial Dickinson, 1992.

García de Enterría, Eduardo, *La constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Editorial Civitas, 1984.

García Laguardia, Jorge Marlo, "Iniciativa popular", en *Diccionario Jurídico Mexicano*, segunda edición revisada y aumentada, México, Porrúa, 1988, T. III.

-----, "La Constitución y su defensa. Notas sobre el sistema de la República de Guatemala. Una visión histórico-jurídica", en *La Constitución y su defensa*, México, UNAM, 1984.

García Pelayo, Manuel, "El estado social y sus implicaciones", en *Transformaciones del Estado Contemporáneo*, Madrid, 1977.

-----, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Revista de Occidente, 1964.

-----, *Transformaciones del Estado Contemporáneo*, Madrid, 1977.

García Ramírez, Sergio, "Tres textos precursores en el constitucionalismo social", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año I, números 2-3, mayo-agosto de 1968.

Goldschmidt Robert y James, *Derecho justicial material y derecho justicial material civil*. El primero, traducción de Catalina Grossman y, el segundo, redactado en castellano, Buenos Aires, 1959.

Gómez Robledo Verduzco, Alonso, "Artículo 133", en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (comentada)*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1985.

González Pérez, Jesús, *Derecho procesal constitucional*, Madrid, Editorial Civitas, 1980.

González Ramos, Juventino, *Los Derechos Humanos en Nuevo León*, México, 1991.

Griogarlán, L., Futafin, O. y Shevtsov, V., *Conocimientos básicos acerca de la constitución soviética*, traducción de Esteban Sánchez y Angel Pozo, Moscú, Editorial Progreso, 1980.

Gros Espiell, Héctor, "La jurisdicción constitucional en el Uruguay", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XII, número 35, mayo-agosto de 1979.

Guasp, Jaime, "Primer Congreso Mexicano de Derecho Procesal. La justicia constitucional en España", en *Revista de la Facultad de Derecho*, de México, 37-40, enero-diciembre, de 1960, T. X, números.

Günther, Reinhard, "El tribunal constitucional de la República Federal de Alemania", en *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, Chile, vol. 12, número 1, enero-abril, de 1985.

Haas, Ernest B., *Partidos políticos y grupos de presión en la integración europea*, traducción de Néstor Nieguez, Instituto para la Integración de América Latina, 1966.

Hamdan Amad, Fauzi, "Referéndum", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, México, año 4, número 4, 1980.

Harris David, *Justifying State Welfare: The New Right versus the Old Left*, New York, Basil, Blackwell, 1987.

Hauriou, Maurice, *Principios de derecho público y constitucional*, traducción de Carlos Ruiz del Castillo, Madrid, Reus, 1927.

Heller, Herman, *Teoría del Estado*, traducción de Luis Tobio, México, FCE, 1963.

Hernández, Octavio A., *Curso de amparo. Instituciones fundamentales*, segunda edición, México, Porrúa, 1983.

Horn, Hans Rudolf, "República Federal de Alemania: justicia y defensa de la Constitución", en *La Constitución y su defensa*, México, UNAM, 1984.

-----, "Consenso real y partidos políticos", en *Anuario Jurídico IX*, México, UNAM, 1982.

Howe, Irving, *Beyond, The Welfare State*, New York, Shocken Books, 1986.

Instituto de Investigaciones Jurídicas, "La protección jurídica y procesal frente a los grupos de presión", *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, México, año II, número 5, mayo-agosto de 1987.

Jellinek, Jorge, *Teoría general del Estado*, traducción de Fernando de los Ríos Urriti, Buenos Aires, Editorial Albatros, 1943.

Jezè, Gastón, "Les libertés individuelles", en *Annuaire de l'Institut International de Droit Public*, París, 1929.

Joffré, Tomás, *Manual de procedimiento*, 1920, T. II.

Jordan, Bill, *Rethinking Welfare*, New York, Basil, Blackwell, 1987.

Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la constitución*, traducción de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 1974.

-----, *Teoría general del derecho y del Estado*, traducción de Eudardo García Máñez, reimpresión, México, UNAM, 1983.

Key, V. O. Jr., *Partidos y grupos de presión*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1962.

Lasalle, Fernando, *¿Qué es una Constitución?*, traducción de Wenceslao Roces, Buenos Aires, Siglo Veinte, 1964.

Linares, Juan Francisco, *El debido proceso como garantía innominada en la Constitución argentina*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1944.

Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, segunda edición, Buenos Aires, Plus Ultra, 1980.

-----, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, Buenos Aires, Editorial Alfa, 1953, vol. II.

Lions, Monique, "El referéndum, la delegación del poder legislativo y la responsabilidad de los ministros en América Latina", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año V, número 15, septiembre-diciembre de 1972.

Locke, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, traducción de José Couner, México, 1941.

Loewenstein, Karl, *Teoría de la constitución*, traducción de Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, Editorial Ariel, 1965.

Madrazo, Jorge, *Derechos Humanos: el nuevo enfoque mexicano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.

Madrazo, Jorge y Carpizo, Jorge, "El sistema constitucional mexicano", *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Madrid, Editorial Dickinson, 1992.

Mariñas Otero, Luis, *Las constituciones de Venezuela*, Madrid, Instituto de Cultura Hispánica, 1965.

Mejía Gómez, Carlos, *Teoría de la constitución*, Bogotá, Editorial Temis, 1967.

Moscote, Juan de Dios, *El Derecho constitucional panameño*, Panamá, 1943.

Nogueira Alcalá, Humberto, "El sistema constitucional chileno", en *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Madrid, Editorial Dickinson, 1992.

Osorio y Florit, Manuel, "Plebiscito", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Editorial Bibliográfica Argentina, 1961, T. XXII.

Pizzorusso, Alessandro, "El tribunal constitucional italiano", en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Colección Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

Pontes de Miranda, *Historia e prática do habeas corpus. (Direito constitucional e processual comparado)*, tercera edición, Río de Janeiro, Brasil, 1955.

Quintero, César, "El sistema constitucional panameño", en *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Madrid, Editorial Dickinson, 1992.

Quiroga Laví, Humberto, *Derecho constitucional*, reimpresión, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1984.

Rébora, Juan Carlos, *El estado de sitio y la ley histórica del desborde Institucional*, Argentina, Editorial Universidad de la Plata, 1935.

Restrepo Piedrahita, Carlos, "El sistema constitucional colombiano", en *Los sistemas constitucionales iberoamericanos*, Madrid, Editorial Dickinson, 1992.

Revidatti, Gustavo A., "Iniciativa popular en la formación de leyes" en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1961, T. XV.

Reyes, Rodolfo, *La defensa constitucional*, Madrid, 1934.

Room, Graham, *The Sociology of Welfare -Social Policy Stratification and Political Order*, Oxford, England, Basil, Backwell, 1986.

Rouzaud, Adolfo R., *Las garantías constitucionales de la libertad civil*, Rosario, Argentina, Editorial Ciencia, 1941.

Rupp, Hans G., "El tribunal constitucional federal alemán", en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Colección Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

Sáchica, Luis, "La jurisdicción constitucional en la Reforma de 1979", en *Revista de la Universidad del Externado de Colombia*, Bogotá, vol. XXI, números 1-2, agosto de 1980.

Sagües, Néstor Pedro, *Ley de Amparo (comentada, anotada y concordada con las normas provinciales)*, Buenos Aires, 1979.

Sánchez Viamonte, Carlos, *El habeas corpus. Garantía de libertad*, segunda edición, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1956.

-----, *Los derechos del hombre en la Revolución Francesa*, (prólogo de Mario de la Cueva), México, UNAM, ediciones de la Facultad de Derecho, 1956.

-----, "Las garantías constitucionales", *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1961, T. XII.

-----, *El constitucionalismo y sus problemas*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1957.

Sayeg Helú, Jorge, *El constitucionalismo social mexicano. La integración constitucional de México (1808-1986)*, segunda edición, México, 1987, T. I.

Schlalch, Klaus, "El tribunal constitucional federal alemán", en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Colección Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

Schmill Ordóñez, Ulises, *El sistema de la constitución mexicana*, México, Librería de Manuel Porrúa, 1971.

Schlitt Carl, *Der Hüter der Verfassung* (literalmente protector de la constitución), traducción de Manuel Sánchez Sarto, Barcelona, Editorial Labor, 1981.

-----, *Teoría de la Constitución*, traducción de Francisco Ayala, Madrid, Alianza Universitaria de Textos, 1982.

Secondat, Carlos María, barón de Montesquieu, *El espíritu de las Leyes*, traducción de Nicolás Estevanez y Matilde Huici, Buenos Aires, 1951.

Silva Cimma, Enrique, "Le Contraloría General de la République Chilienne", marzo-abril, París, 1961.

Silva Herzog, Jesús, *Breve Historia de la Revolución Mexicana*, México, Fondo de Cultura Económica, 1965, T. I.

Silva, José Afonso da, "Sistema de defensa de la Constitución brasileña", traducción de Víctor Martínez Bulle Goyri, en *La Constitución y su defensa*, México, UNAM, 1984.

Sturlesse, Laura, "Tribunal constitucional y sistema institucional italiano", en *Justicia constitucional comparada*, México, UNAM, 1993.

Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución*, segunda edición, México, UNAM, 1986.

Tejada y Olozaga, Francisco, *El derecho de manifestación aragonés y el hábeas corpus inglés*, Madrid, Bibliográfica Española, 1957.

Tena Ramírez, Felipe, "La función del amparo mexicano en la protección internacional de los derechos humanos", en *Antología de clásicos mexicanos de los Derechos Humanos. De la Constitución vigente a nuestros días*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993, T. II.

-----, *Derecho constitucional mexicano*, decimoséptima edición, México, Porrúa, 1980.

-----, *Leyes fundamentales de México 1808-1975*, décimo séptima edición, México, Porrúa, 1975.

Universidad Nacional Autónoma de México, *La Defensoría de los Derechos Universitarios de la UNAM y la institución del Ombudsman en Suecia*, México, UNAM, 1986.

Valadés, Diego, "La Constitución reformada", *Los derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, segunda edición, México, Librería de Manuel Porrúa, 1979, T. XII.

-----, "Problemas de la reforma constitucional en México", en *Los cambios constitucionales*, México, UNAM, 1977.

Valencia Carmona, Salvador, "La reforma electoral mexicana", *Anuario Jurídico IX*, México, UNAM, 1982.

Vallarta, Ignacio L., *El juicio de amparo y el writ of habeas corpus*, segunda edición, México, Porrúa, 1980, T. V.

Vega, Pedro de, "De la Constitución y su defensa: Algunas peculiaridades del ordenamiento español", en *La Constitución y su defensa*, México, UNAM, 1984.

-----, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Editorial Tecnos, 1985.

-----, "Para una teoría política de la oposición", en *Estudios políticos constitucionales*, México, UNAM, 1987.

Venegas Alvarez, Sonia, *Origen y devenir del Ombudsman. ¿Una institución encomiable?*, México, UNAM, 1988.

Vergottini Giuseppe de, "La forma de gobierno de oposición garantizada", traducción de Faustino González, en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, número 9, 1979.

Vidal Coblan, Ana María, "Funcionamiento del Tribunal de Garantías Constitucionales", en *Revista el Foro*, año LXXI, número 2, 1984.

Zagrebelsky, Gustavo, "El tribunal constitucional italiano", en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Colección Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.