

185
24°

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

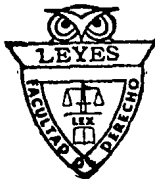


LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN LA
DEFENSA DE LOS DERECHOS
HUMANOS

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :

EDGAR CORZO SOSA



CIUDAD UNIVERSITARIA, D. F.

MARZO 1992

FALLA DE ORIGEN



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.

A mi madre, Rita Maria, con quien comparto este momento, pero recordando que las circunstancias adversas no me permitieron cargarla en brazos.

A mi padre y amigo, Angel Manuel, porque sin su guía este momento no existiría y porque cada día que transcurre la razón camina más de su lado.

A mis hermanos, Angel Ricardo y Julio César, profesionistas cuyo ejemplo seguiré, pero sobre todo por el 30 de agosto de 1981; y a Ana Virginia, con el cariño de un hermano.

A mi tía Alicia, por su afecto y apoyo invaluable en los momentos cruciales de mi vida.

A Graciela, mi compañera, por el camino largo que nos corresponde caminar.

CONTENIDO

Introducción.....	V
-------------------	---

Capítulo I

ESTADO Y DERECHOS HUMANOS

I. Edad Media.....	2
II. Absolutismo.....	4
III. Constitucionalismo Renacentista.....	6
A) Inglaterra.....	6
B) Estados Unidos.....	12
C) Francia.....	16
IV. Liberalismo y Estado de Derecho.....	20
A) Liberalismo.....	21
B) Estado de Derecho.....	25
1. Poder, Estado y Derecho.....	26
2. Pensamiento Liberal Alemán.....	28
V. Sociedad y Estado de Derecho.....	31

Capítulo II

ESTADO Y CONSTITUCION

I. Limitación al poder.....	38
II. Surgimiento de las Constituciones.....	40
III. Surgimiento del gobierno constitucional.....	46

IV. Contenido de las Constituciones.....	47
V. Preámbulo de las Constituciones.....	56
VI. Declaraciones de derechos.....	63
A) Gran Bretaña.....	68
B) Estados Unidos.....	72
VII. Clasificación de las Constituciones.....	76
VIII. Papel actual de las Constituciones.....	86

Capítulo III

JUSTICIA CONSTITUCIONAL

I. Defensa de la Constitución.....	91
A) Consideraciones generales.....	91
B) Aceptaciones y concepto.....	95
II. Sectores de la defensa constitucional.....	97
A) Protección de la Constitución.....	97
1. La supremacía constitucional.....	98
2. Procedimiento dificultado de reforma constitucional.....	100
B) Garantías de la Constitución.....	104
III. Ubicación de la justicia constitucional.....	109
IV. Justicia constitucional.....	110
A) Concepto.....	113
B) Contenido.....	116

Capítulo IV
EL PROCESO CONSTITUCIONAL

I. Consideraciones generales.....	120
A) Antecedentes (teoría general del proceso).	120
B) Acción, jurisdicción y proceso.....	125
C) Vinculación entre el derecho procesal y el derecho constitucional.....	129
D) Ubicación del derecho procesal constitucional.....	134
II. Proceso constitucional.....	136
III. Jurisdicción constitucional.....	141
A) Sistemas de jurisdicción constitucional...	144
1. Sistema americano.....	145
2. Sistema austriaco.....	151
B) Tribunales constitucionales.....	153
1. Tribunales constitucionales en Europa.....	153
a. Tribunal constitucional austriaco.....	153
b. Tribunal constitucional alemán....	157
c. Corte constitucional italiana.....	161
d. Tribunales de garantías consti- tucionales y constitucionales es- pañoles.....	166
2. Tribunales constitucionales latinoamericanos.....	179
a. Corte de constitucionalidad de Guatemala.....	179
b. Tribunal constitucional chileno...	185

c. Tribunal de garantías constitucionales del Ecuador.....	189
d. Tribunal constitucional peruano...	190
e. Corte constitucional colombiana...	193
C) Jueces y norma constitucional.....	198

Capítulo V

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN MEXICO

I. Consideraciones generales.....	201
II. Aspectos históricos.....	203
A) Constitución de Cádiz de 1812.....	204
B) Constitución de Apatzingán.....	205
C) Constitución federal de 1824.....	207
D) Constitución centralista de 1836.....	209
E) Voto particular de José Fernando Ramírez..	211
F) Congreso Constituyente de 1842.....	212
G) Creación del amparo.....	215
1. Constitución yucateca de 1841.....	215
2. Acta de reformas de 1847.....	218
3. Constitución de 1857.....	220
III. Garantías constitucionales en el ordenamiento jurídico mexicano.....	222
Conclusiones.....	247
Bibliografía.....	255

Introducción

El presente trabajo se realiza con la intención de profundizar en la forma en que los derechos fundamentales de la persona se han concebido, y en la evolución jurídica de los diversos países que al respecto se han caracterizado por su concepción. De esta manera, también se pretende abordar el sentido en que dichos derechos se han preservado o bien, su desconocimiento ha sido reparado.

Para ello, es necesario establecer un marco, con apoyo en el derecho comparado, que nos permita delinear las características principales del documento fundamental en donde se encuentran reconocidos los derechos de la persona, así como los instrumentos que han sido creados para la defensa de la Constitución, teniendo en cuenta que es mediante su aplicación correcta como en realidad los derechos fundamentales van a estar resguardados.

También pretendemos dar un esbozo de las características de la disciplina que se encarga del estudio de esos instrumentos, predominantemente procesales, instaurados en las Constituciones para la defensa misma de ellas. En efecto, el derecho procesal constitucional tiene como objeto de estudio las garantías constitucionales, a las cuales se tendrá que analizar desde los conceptos fundamentales del derecho procesal, es decir, de la acción, la jurisdicción y el proceso.

En relación con estos conceptos merece especial atención la jurisdicción constitucional en cuanto que ha representado un gran avance en la defensa de los derechos humanos, virtud de la creación, cada vez mayor, de tribunales constitucionales a los que se les caracteriza como intérpretes máximos de la Constitución.

Con estos lineamientos, en el primer capítulo hacemos una relación sucinta de las principales concepciones que de los derechos fundamentales han sostenido los Estados, en cuanto entes públicos determinadores de la actividad en una sociedad.

Aunado a ello, en el capítulo segundo analizamos la Constitución, desde su teoría misma, en relación con los derechos humanos, para así estar en posibilidades de abordar en el capítulo tercero, la defensa de la Constitución con los sectores que la integran. Es importante señalar que el segundo sector, denominado justicia constitucional, ha sido el objeto principal de estudio en este trabajo.

En el capítulo cuarto se dan algunas características del proceso constitucional como objeto de análisis del derecho procesal y, por último, en el capítulo quinto, además del somero repaso del control constitucional en los ordenamientos que nos han regido, se hace referencia a las garantías constitucionales insertas en nuestra Constitución, pero refiriéndonos principalmente a dos de ellas, el juicio de amparo y la reciente Comisión Nacional de Derechos Humanos.

Por último, quiero expresar mi profundo agradecimiento a las personas que me han alentado en el estudio de estos difíciles temas y han hecho posible que pueda concluir una etapa en mi formación personal y académica. Al doctor Héctor Fix-Zamudio, de quien he aprendido el poco conocimiento que tengo sobre estos temas, pero sobre todo por su inquebrantable voluntad, no fácil de seguir, en las actividades académicas. Al doctor José Luis Soberanes Fernández, por darme la posibilidad, en un momento de difícil resolución, de continuar con mis modestas aspiraciones académicas y al licenciado Jorge Madrazo Cuéllar, bajo cuya administración tuve el primer acercamiento al Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Ciudad Universitaria, D.F., 6 de marzo de 1992.

CAPITULO I
ESTADO Y DERECHOS HUMANOS

SUMARIO: I. Edad Media. II. Absolutismo.
 III. Constitucionalismo Renacentista. A) Inglaterra.
 B) Estados Unidos. C) Francia. IV. Liberalismo y Estado
 de Derecho. A) Liberalismo. B) Estado de Derecho.
 1. Poder, Estado y Derecho. 2. Pensamiento Liberal
 Alemán. V. Sociedad y Estado de Derecho.

La idea de control de la vida política en una comunidad tiene sus antecedentes en épocas antiguas. Así, por ejemplo, en Grecia existían los éforos (Esparta)¹ y en Atenas² los aerópagos, los nomofilacos, y normas superiores (nomoi) y ordinarias (psefismata), junto con otras instituciones de Roma como la monarquía doble, el senado y el tribunado.³ Sin embargo, aun cuando su estudio resultaría interesante, enfocaremos nuestra investigación en la evolución de instituciones jurídico-políticas en la protección de los derechos humanos, a partir de la Edad Media.

1 Cfr., Sánchez Viamonte, Carlos, Las instituciones políticas en la historia universal, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1958, pp. 112 y ss. y 140 y ss.

2 Cfr., Vinogradoff, Paul, Outlines of Historical Jurisprudence, vol. II, The Jurisprudence of the Greek City, Londres, Oxford University Press, 1922, pp. 128-152.

3 Cfr., Mommsen, Teodoro, Compendio de derecho público romano, Buenos Aires, Editorial Impulso, 1942, pp. 161 y ss. Las anteriores instituciones también son tratadas, con una idea de la concepción de Constitución en esa época, por Rolando Tamayo y Salmorán en su obra Introducción al estudio de la Constitución, México, UNAM, 1986, pp. 19-54.

I. EDAD MEDIA

A pesar de lo que comúnmente se piensa, la época de los siglos XI a XVI caracterizada por un sistema feudal, logró una situación si no bastante completa, al menos indiciaria de lo que debiera ser una limitación a la relación monarca-súbditos.

Los estados absolutos surgen cuando finaliza la Edad Media, pues la organización feudal no admitía la imposición de un monarca absoluto.⁴ Primero, porque existían ciertos privilegios y derechos pertenecientes a individuos de un determinado status. Segundo, porque la libertad política de esa época, como señala A. J. Carlyle, tenía su más importante concreción en la supremacía del derecho. En efecto, ese derecho era expresión de la costumbre supeditada al consentimiento posterior de la comunidad⁵ que expresaba su voluntad y consentimiento en la ley y además, existía una limitación judicial en la cláusula 39 de la Magna Carta de 1215 al establecer que ningún hombre libre puede ser detenido o encarcelado ni siquiera por el rey, salvo por el juicio legal de sus pares o por la ley de la tierra. Así pues, el rey tenía una autoridad limitada (es decir, no había una aplicación del principio legibus solutus) y los estamentos (alta y baja nobleza, clero y burguesía) gozaban de privilegios muy determinados.

4 Cfr., Díaz, Elías, Estado de derecho y sociedad democrática, Madrid, Editorial Cuadernos para el Diálogo, 1979, pp. 20-24.

5 Cfr., Carlyle, A. J., La libertad política. Historia de su concepto en la Edad Media y los tiempos modernos, 1a. reimposición, México, Fondo de Cultura Económica, 1982, pp. 27-33 y 273.

Lo anterior nos lleva a considerar que la Edad Media se caracterizó por ser un Estado de estamentos y por no ofrecer una garantía suficiente con respecto a los derechos humanos, desde el momento que hablamos no de toda la comunidad sino de ciertos sectores sociales.

El otorgamiento de esos privilegios que requerían de la pertenencia a un status se llevaba a cabo mediante la elaboración de Cartas que otorgaba el rey o príncipe a los señores feudales. Tales textos legales tenían el carácter de concesiones unilaterales otorgadas sin intervención alguna del pueblo.

Ciertos documentos estamentales⁶ se expidieron en este contexto. La Magna Carta⁷ inglesa de 15 de junio de 1215, por ejemplo, es un convenio entre el monarca y sus barones. Contiene en 63 capítulos, diversas limitaciones a la supremacía feudal del rey. De carácter judicial, ningún hombre libre puede ser hecho preso o detenido, sino por un Tribunal legal de personas de su clase o según el derecho del país (cláusula 39); regla que anteriormente ya la contemplaba el decreto de Alfonso IX de León en 1188. En el aspecto fiscal existían límites del derecho de impuesto y, de carácter represivo, se contemplaba la existencia de un comité para los casos de incumplimiento.

6 Aparte de la Constitución de 1215 se encuentra el decreto de Alfonso IX del año 1188 en las Cortes de León, así como las subsiguientes Cartas de 1216, 1217 y 1225 otorgadas por Enrique III y no son más que revisiones a la Carta de 1215.

7 Su nombre original es Great Charter of Liberties. Cfr., Stubbs, William, Select Charters and other Illustrations of English Constitutional History from the Earliest times to the Reign of Edward the First, Oxford, Clarendon Press, 1942, pp. 291-303.

Se ha querido ver en este documento, un antecedente de las modernas constituciones liberales en el sentido de sostener una declaración de derechos. Sin embargo, craso error sería, como lo señala Carl Schmitt, considerar que al establecerse que todo "hombre libre" goza de ciertos derechos era una declaración de derechos del hombre, pues hombre libre sólo lo era el Barón.⁸

II. ABSOLUTISMO

Transcurrida la Edad Media, tiene lugar una época en la que el monarca no dará mayores concesiones a los señores feudales ni a sus súbditos. Su relación con la divinidad (de la cual ha recibido el mandato de gobernar) le permite gobernar en una forma absoluta donde su voluntad es ley. Por lo tanto, este período del absolutismo, que abarca dos siglos,⁹ podemos considerarlo como opuesto a la concepción de libertad política, característica de la Edad Media. La monarquía absoluta destruyó prácticamente el constitucionalismo medieval. El poder de los reyes fue tan intenso que no quedaba, para entonces, ni rastro de las antiguas instituciones.

Este movimiento absolutista de los monarcas adopta en su teoría dos formas: la concepción teológica y la secular. Por su parte, la primera concepción da lugar a la llamada teoría del derecho divino de los reyes o de la no resistencia, que tuvo

⁸ Cfr., Schmitt, Carl, Teoría de la Constitución, México, Editora Nacional, 1981, pp. 51-53.

⁹ De 1589 a 1789 aproximadamente. En 1589 con la llegada de los Borbones en Francia al poder (Enrique IV) y 1789 con los inicios de la Revolución Francesa.

lugar en una época donde la teología y la política estaban estrechamente vinculadas y, además, señala la transición de la Edad Media a la edad moderna. Independientemente de considerar como fundamento de esta teoría la supremacía del monarca en toda su extensión, conviene analizar la gran influencia que el Papado en ese entonces poseía. "Era afortunado el rey que en el siglo XVI tuviera el suficiente poder para sacudir el yugo de Roma, y a la vez pudiera eludir las cadenas de alguna otra autoridad eclesiástica".¹⁰ De esta manera, esta teoría es anticlerical en el sentido de oponerse al vasto poderío que la iglesia tenía en ese tiempo.

Esta concepción teológica del absolutismo se caracteriza por una monarquía como institución de ordenación divina, un derecho hereditario irrevocable, una responsabilidad de los reyes sólo ante dios y la no-resistencia y obediencia pasiva como prescripciones divinas.¹¹ Pues bien, esta concepción, propia de una etapa de la monarquía inglesa, tuvo como principal ideólogo sostenedor al autor del *Leviatán*, Thomas Hobbes, quien en su pensamiento sobre la soberanía (aspecto político de la teoría del derecho divino de los reyes) sostuvo la obligación absoluta de la obediencia y no-resistencia al soberano de todo Estado.¹²

La segunda concepción de esta teoría, la secular, tiene lugar en la tradición monárquica francesa y en el pensamiento de Juan Bodino. Lo que Hobbes es en la defensa inglesa del derecho

10 Cfr., Neville Figgis, John, El derecho divino de los reyes, la reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica, 1982, p. 198.

11 Para una mayor comprensión del desarrollo de los principios de esta teoría ver Neville Figgis, John, ob. cit., pp. 16 y ss.

12 idem, p. 183.

divino, Bodino lo es en la defensa de la monarquía francesa. Ambos consideran que el rey recibe su investidura de la divinidad y por ello el Papa no puede suprimir lo que no ha concedido. Sin embargo, discrepan en la regla sucesoria. Para la monarquía inglesa el rey sucede por gracia de dios (vía primogénita); en cambio para la monarquía francesa el rey sucede en virtud de la ley, la obediencia al sucesor legítimo es un ordenamiento divino.¹³

III. CONSTITUCIONALISMO RENACENTISTA

Como hemos visto, dos son los países característicos del sistema de régimen monárquico: Francia e Inglaterra. Sin embargo, ambos tomaron senderos diferentes ya que Inglaterra, previa evolución política constitucional, logró desistir del yugo del monarca a través del Parlamento y, en cambio, Francia optó por la forma absoluta que logró erradicar de su seno, tiempo después, mediante un movimiento social que vino a cambiar la concepción que del derecho y la persona se tenía.

A) Inglaterra

En Inglaterra es con los Tudor¹⁴ que se logra un régimen

13 Esta situación tiene una explicación histórica ya que a Enrique IV de Navarra, hijo de quien era legalmente el rey no le correspondía el trono sino a Catalina, esposa de Carlos Manuel "El grande", hija mayor de Felipe e Isabel de Valois. La ley Sálica fue la que le concedió el triunfo. Cfr., Neville Figgis, John, *op. cit.*, pp. 94, 104-105.

14 El primer monarca Tudor, uno de los cinco soberanos que esta familia dio a Inglaterra, fue Enrique VII, hijo de Edmundo Tudor y Margaret Beaufort y nieto

absoluto del monarca. Las cosas cambian al subir al trono los Estuardo a través de Jacobo I en 1603.

Veamos un poco la evolución del constitucionalismo inglés. En un principio existía un equilibrio entre la Corona, el Parlamento y los Tribunales. Ninguno era superior al otro. Sin embargo, la aplicación del derecho recaía en los tribunales, por lo que los primeros conflictos suscitados fueron entre los tribunales y la Corona, es decir, la supremacía de la Constitución se llevó a cabo mediante los tribunales ingleses. De esta forma, es a través de ciertos "remedies" (recursos procesales) como se logró cierto margen de garantías a los súbditos.¹⁵

Dos son los instrumentos procesales del sistema jurídico inglés de esa época: la equity y el writ of habeas corpus. La equity es la aplicación que hacía el rey de normas jurídicas donde no las había, para la obtención de un resultado justo y razonable. El writ of habeas corpus (que en latín significa presentación del cuerpo) era un instrumento genérico que mediante una de sus especies (act subjiciendum) se dio origen a la protección de la libertad ya que se daba un mandato para que cualquiera persona detenida ilegalmente fuera llevada ante el juez para poder determinar, conforme a derecho,¹⁶ la pertinencia

de Owen Tudor quien a la muerte de Enrique V se casó con la viuda Catalina de Valois, suceso que dio inicio a la aparición real de los Tudor.

¹⁵ Cfr., Tamayo y Salmorán, Rolando, ob. cit., Introducción al estudio..., BURSA, nota 3, pp. 198-199.

¹⁶ Cfr., Sharpe, Robert J., The Law of Habeas Corpus, Oxford, Clarendon Press, 1976, pp. 2-3. Esta expresión no se encontraba necesariamente asociada a la idea de libertad. Su asociación se debía a la negativa de los tribunales a fallar un litigio sin que estuviera presente el acusado. Esto era síntoma del respeto y autoridad que habían adquirido los tribunales.

de tal medida. Posteriormente logra su establecimiento en la Petition of Rights arrancada a Carlos I, gracias a la colaboración de sir Edward Coke. En 1679 logra ya su plena consolidación al crearse la Habeas Corpus Amendment Act.

Este panorama del poder judicial vino a apoyar lo que sería la característica principal del sistema jurídico inglés: la supremacía del Parlamento. El régimen absolutista que impusieron los Tudor tuvo su relajamiento al subir al trono los Estuardo mediante Jacobo I en 1603.¹⁷ El Parlamento rompe su letargo y presenta enfrentamientos serios a la corona. Así, mediante resoluciones en las que participó activamente Coke, se logró imponer el principio de que nadie puede cambiar las leyes de Inglaterra salvo el Parlamento.¹⁸ El derecho del reino y el Parlamento estaban por arriba del rey. Sin embargo, éste último quedaba supeditado a que las leyes no fueran contrarias al common law, pues en tal caso debían ser declaradas nulas.¹⁹ Es en este

17 Esta familia escocesa tuvo una historia desafortunada por muertes repentinas o llegada al trono como menores. Jacobo I subió al trono de Escocia como hijo de la reina María de Escocia en 1567 y debido a que su bisabuela era Margarita Tudor, hija de Enrique VII de Inglaterra, en 1603 heredó el trono inglés.

18 Cfr., Tamayo y Salmorán, Rolando, ob. cit., Introducción al estudio..., supra, nota 3, pp. 202-204.

19 Preocupado por los conflictos que la Corona y el Parlamento pudieran tener, (recuérdese que primeramente fue un activo parlamentario como speaker of the House of Commons (1593) y posteriormente Attorney General (1504), por lo cual era partidario de las prerrogativas reales, sin embargo, al ser designado Chief Justice empezó a combatir tales prerrogativas teniendo serios enfrentamientos con la Corona) Coke pensó en dar solución a este problema mediante la idea de un derecho fundamental o common law, que limitara a la Corona y el Parlamento indistintamente. Estas ideas las aplicó en numerosas decisiones como Chief Justice designado bajo el reinado de Jacobo I y de las cuales se cita con bastante frecuencia el caso Dr. Bonham en 1610. Cfr., Plucknett, Theodore F. T., A Concise History of the Common Law, 5a. ed., Londres, Butterworth & Co., 1956, pp. 50-51 y 242-244.

sentido como existió una protección de los derechos del individuo contra el arbitrio gubernamental.

El Parlamento tuvo una interferencia mayor con la Corona cuando en 1628, bajo la iniciativa de Coke, se llegó a establecer el principio de que cualquier erogación debía ser previamente aprobada por el Parlamento. Los impuestos necesarios para sostener una guerra con Francia, país al que derrotó al formar una alianza con Holanda, tuvieron que ser aprobados por el Parlamento. Este principio se plasmó en la Petition of Rights de 1629 que establecía que ninguna persona podría ser obligada a pagar dinero al Estado sin el consentimiento del Parlamento, además ninguna persona podría ser presa por algún delito sin un proceso y sin la oportunidad de contestar los cargos.²⁰

Para llegar a la consolidación de la supremacía del Parlamento sobre la Corona, Inglaterra tuvo que pasar por momentos álgidos como los acaecidos en 1649 y 1688. En 1642 Inglaterra sufrió una cruenta guerra civil y el rey de ese entonces, Carlos I, es derrotado, condenado y ejecutado el 30 de enero de 1649. Oliver Cromwell se encargó primero, de que los sucesos tomaran ese cauce y segundo, del gobierno en forma de protectorado. Esta aparente república duró hasta 1660 en que la monarquía se restableció. Carlos II y Jacobo II siguieron y aplicaron la admiración que tenían por la monarquía absoluta de Francia. Esto aunado a que Jacobo II proclamó la tolerancia religiosa y era católico, resultó en su destronamiento en 1688

²⁰ Cfr., Wormeer, René A., The Story of the Law and the Man who Made It. From the Earliest Time to the Present, Nueva York, Simon and Schuster, 1962, p. 283.

con la Gloriosa Revolución que vino a marcar el final al antiguo régimen. Guillermo III, príncipe de Orange y yerno de Jacobo II, sube al trono y de esta forma vuelve la república o régimen representativo a Inglaterra, consolidándose plenamente la supremacía del Parlamento sobre la Corona y estableciéndose el sistema constitucional inglés de limitación a los actos del gobierno.²¹ Así pues, se abrió la puerta al "imperio de la ley" después de haber pasado por el derecho divino de los reyes, la obediencia pasiva al príncipe y la supremacía del Parlamento.

El Agreement of the People de 1647 adoptó como idea principal no ser una Carta o Pacto sino una Ley Fundamental²² del Estado. De su texto se infiere que la Constitución es obra del pueblo y se encuentra por encima de los órganos de poder, por lo tanto, significó algo asociado a los derechos fundamentales.²³ Por su parte Karl Loewenstein opina que este documento debe ser considerado como el primer proyecto de una Constitución moderna totalmente articulada.²⁴

Aparece también en ésta época (1654) el Instrument of government de Cromwell al que el mismo Loewenstein considera la

21 Véase Hauriou, André et. al., Derecho constitucional e instituciones políticas, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 1980, pp. 250-270.

22 La idea de Ley fundamental fue acuñada durante la época absolutista donde se la consideró como aquella a la que el Estado debe su existencia. Cfr., García Pelayo, Manuel, Derecho Constitucional Comparado, Madrid, Alianza Editorial, 1984, p. 25.

23 En realidad este documento quedó sólo como proyecto elaborado por el Consejo Militar de Cromwell ya que no fue promulgado, sin embargo, su contenido fue recogido en el Instrument of government, cfr., Tamayo y Salmorán, Rolando, ob. cit., Introducción al estudio..., *supra*, nota 3, pp. 70, 214-215.

24 Cfr., Loewenstein, Karl, Teoría de la Constitución, 4a. reimpresión de la 2a.ed., Barcelona, Ariel, 1976, p. 158.

primera Constitución escrita válida del Estado moderno.²⁵ A partir de entonces, el constitucionalismo inglés empieza a impulsar la idea de una constitución escrita para un mejor desarrollo de la protección de los derechos individuales. También resultan trascendentes las contribuciones de otros documentos como el Habeas Corpus Act de 1679,²⁶ el Bill of Rights de 1688²⁷ y el Act of Settlement de 1701.²⁸

25 Ibidem.

26 Expedido bajo el reinado de Carlos II. Este documento contribuyó grandemente en la batalla por la libertad, sobre todo en esa época donde las personas podían ser puestas en prisión, sin juicio, con el solo mandato del Rey firmado por el Secretario de Estado y algunos integrantes del Consejo Privado del Rey. Amén de algunos problemas procedimentales para su planteamiento. Esto se corrigió de alguna manera con esta ley. Cfr., Plucknett, Theodore F. T., ob. cit., A Concise History..., supra, nota 19, pp. 57-58.

27 Declaración que consideró ilegales la suspensión de las leyes que frecuentemente realizó Jacobo II con base en sus prerrogativas, lo cual aunado con su política religiosa y la tolerancia católica repercutió en su retiro a Francia y la llegada de Guillermo III príncipe de Orange y su esposa María II, hija de Jacobo II; las comisiones para erigir una Corte de comisionados para causas eclesiásticas y la disposición de dinero para el uso de la Corona sin aprobación del Parlamento. También señaló que los individuos protestantes podían tener armas para su defensa, la elección de los miembros del Parlamento debía ser libre, la libertad de expresión no debía ser impugnada en ninguna Corte o lugar fuera del Parlamento; para la reforma, fortalecimiento y prevención de las leyes, el Parlamento debía sostenerse frecuentemente y por último se pide, demanda e insiste en las anteriores premisas como los indudables derechos y libertades de las personas. Cfr., Plucknett, Theodore F. T., ob. ult. cit., pp. 59 y 60.

28 Después de Guillermo III, subió al trono Ana hermana de María y para asegurar la sucesión del reino el Act of Settlement limitó la sucesión de la Corona no permitiéndose a ningún católico el acceso al trono, además agregó este documento algunas cuestiones suplementarias al Bill of Rights. Requirió que la monarquía estuviera en unión con la iglesia inglesa. Los integrantes del Consejo Privado y Parlamento deberían ser británicos y ninguna persona que tuviera un cargo sujeto al rey o recibiera una pensión de la Corona debía ser miembro de la Cámara de los Comunes. Asimismo, los jueces debían permanecer en su cargo mientras mostraran buena conducta (good behaviour) y sólo podían ser removidos por su majestad con la aprobación de ambas Cámaras del Parlamento, por lo tanto se estableció la independencia del poder judicial. Cfr., Plucknett, Theodore F. T., ob. ult. cit., pp. 60-61.

B) Estados Unidos

Es importante señalar que la idea que de Constitución se tenía en los documentos coloniales otorgados por la Corona cambió y comenzó a gestarse la idea de un documento que se creara en igualdad de circunstancias y si bien no fuera otorgado, al menos reconocido por la Corona quedando ella misma obligada. De esta suerte las colonias inglesas de Norteamérica hicieron su aparición con apoyo en pactos (covenants) para la organización de una comunidad política, independientemente de las anteriores Cartas que con motivo de la colonización fueron otorgadas a empresas de interés privado.

Pues bien, dentro de los pactos celebrados, el Fundamental Orders of Connecticut de 1639 tiene un lugar importante pues contiene los elementos necesarios para considerarlo una Constitución ya que define la naturaleza del poder, establece la comunidad y los poderes públicos, entre otras cosas.²⁹

La situación que imperaba en las colonias inglesas a mediados del siglo XVIII era la siguiente. Las provincias reales eran administradas por un gobernador nombrado por el rey con legislaturas electas popularmente, al igual que en la Europa insular, sin embargo, el gobernador poseía el veto sobre las leyes que emitieran tales cuerpos legislativos y además dichos ordenamientos coloniales podían ser rechazados por el Consejo Privado en Londres. Las decisiones del poder judicial, organizado también a semejanza del de Inglaterra, podían ser apeladas por el

29 Cfr., Tamayo y Salmorán, Rolando, ob. cit., Introducción al estudio..., supra, nota 1, pp. 71-74.

Consejo Privado. Además, existía la práctica de los tribunales coloniales para desaplicar las leyes locales por contradecir los estatutos de las colonias. En general, los nuevos habitantes de las colonias gozaban de los mismos derechos que los súbditos de la Corona tenían en la propia Inglaterra. Esta igualdad será el punto base para el posterior descontento de los colonos.

La guerra que Inglaterra mantuvo contra Francia provocó la búsqueda de tropas y fondos en las colonias. Esto las llevó a su primer intento de unión mediante el "Plan Albania" (1754) elaborado por Benjamín Franklin quien después cambiaría de opinión oponiéndose al mismo. Así pues, se creó un Consejo compuesto por delegados de las colonias, el cual estaría bajo la dirección de un presidente nombrado por la Corona. Este Consejo tenía facultades para allegarse tropas e impuestos para sufragar guerras. Dicho plan no fue aprobado porque dejaba que las colonias controlaran sus asuntos internos y la Corona no admitía tal grado de autonomía local.³⁰

El Parlamento buscó otro camino y el 19 de octubre de 1765 estableció el impuesto al papel sellado (stamp act) lo cual trajo de nuevo, como consecuencia, otro acto de unión de las colonias en forma de protesta. Si eran súbditos de la Corona justo era que tuvieran representación en el Parlamento o bien, las leyes de dicha institución debían ser aprobadas por las Asambleas de las colonias.

30 Cfr., Pritchott, Herman C., La Constitución americana, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1965, pp. 10-12.

Lo anterior, aunado a otras imposiciones de gravámenes a artículos de importación en 1767 para la obtención de fondos que tenía como intención evitar que los gobernadores dependiesen de las legislaturas para allegarse fondos,³¹ llevó a que el 5 de septiembre de 1774 se reuniera en Filadelfia el Primer Congreso Continental con la representación de todas las colonias con excepción de Georgia. Como resultado de esta reunión se creó la Declaration and resolves de 14 de octubre de 1774 en la cual se negó la competencia del Parlamento inglés para imponer tributos. Es más, dicho documento fue dirigido al pueblo de Gran Bretaña y al rey, pero no al Parlamento.

Sin embargo, el Congreso mantuvo relaciones generales con Inglaterra aun cuando convino la suspensión de importaciones y exportaciones con aquel país, inclusive llegó a determinarse que todo aquél que no cumpliera el "boycot" sería considerado enemigo de la libertad.

El 2 de julio de 1776, con motivo del Segundo Congreso Continental, las colonias dieron muestra de las ideas que las llevaron a la independencia, ya que en ese Congreso se aprobó la propuesta de Richard Henry Lee (gobernador de Virginia) para declarar a las colonias libres e independientes.³² Las razones de

31 Conocido es el caso del impuesto al té de 1773 en Boston donde las colonias no dejaron desembarcar un cargamento de té proveniente de Inglaterra, provocando el bloqueo del puerto, la suspensión de las cartas coloniales y el establecimiento del gobierno militar con alojamiento de las tropas en casas particulares. Cfr., Pritchett, Herman C., op. ult. cit., p. 13.

32 El texto de la propuesta es el siguiente: "Resuelve que estas colonias unidas son, y de hecho deben ser, Estados libres e independientes, que están desligadas de toda lealtad hacia la Corona británica y que toda conexión política entre ellas y el Estado de la Gran Bretaña es y debe ser totalmente disuelto", cfr., McLaughlin, Andrew C., A Constitutional History of the United States, New York, Appleton-Century-Crofts, Inc., 1935, pp. 99-100.

tal separación fueron expuestas posteriormente en la "Declaración de Independencia" de 4 de julio de 1776 elaborada por Thomas Jefferson.

A partir de entonces, la mayoría de las colonias empezaron a darse una nueva organización con base ya no en las Cartas sino en las nuevas Constituciones y sólo Connecticut y Rhode Island se retrasaron en adoptarlas. Así las cosas, se empezó a gestar la concepción nueva de Constitución como documento escrito precedido de una declaración de derechos (Bill of Rights) y que contenía la división de poderes, la soberanía de la ley y la división de la Constitución en parte dogmática y orgánica. Esta estructuración de los documentos constitucionales será motivo y fundamento para la posterior Declaración francesa de 1789 y para el constitucionalismo moderno.³³

Como hemos podido apreciar, es vasta y significativa la contribución de Gran Bretaña al constitucionalismo y, sobre todo, a la protección de los derechos del hombre. Aporta las bases para la doctrina de la división de poderes que después desarrollarán los franceses. Lo que resulta paradójico es que habiendo proporcionado los instrumentos fundamentales para una teoría político-jurídica de la separación de poderes los ingleses no hubiesen logrado un desarrollo mayor en esta dirección.

³³ Véase García Pelayo, Manuel, ob. cit., Derecho constitucional comparado, supra, nota 22, pp. 332-333.

C) Francia

Si bien Inglaterra y Holanda lograron erradicar el absolutismo a temprana edad, Francia en cambio lo acrecentó a grado tal de ser considerada como el Estado absoluto por excelencia en toda Europa. Pocos son los sucesos que acontecieron durante los dos siglos de dominio absoluto que tuvieran alguna repercusión directa en la protección de los derechos humanos, sin embargo, hay un período de gestación intelectual donde pensadores como Voltaire, Montesquieu y Rousseau marcan el camino de la representación política como el único para dar término a la supremacía del monarca. Los tres, ideólogos de la posterior Revolución Francesa, usan como musa común la Constitución de Gran Bretaña.

Voltaire es el primero en dar a conocer a la Europa continental los prodigios de la Constitución inglesa que había logrado establecer, con éxito, la defensa de la libertad del pueblo contra el rey y los nobles.³⁴ Sin embargo, corresponde a Charles de Secondat barón de la Brède y de Montesquieu el mérito de haber estudiado y expuesto con mayor claridad y sistematización las leyes, la forma de gobierno, la libertad política y la separación de poderes característicos del régimen constitucional inglés.³⁵ En su obra Del espíritu de las leyes de 1748, Montesquieu logró una visión de las funciones de los

34 Cfr., Carlyle, A. J., ob. cit. La libertad política..., *supra*, nota 5, pp. 201-205.

35 Este politólogo desarrolla el régimen jurídico-político inglés teniendo como punto de partida el "Segundo tratado sobre el gobierno civil" de John Locke. La obra Commentaries on the Laws of England de Blackstone por su parte presenta ideas ya expuestas por Montesquieu.

poderes legislativo, ejecutivo y judicial de una manera tal que reveló dicha Constitución a los propios Ingleses.³⁶

En el desarrollo de la idea de separación de poderes que perdura hasta nuestros días³⁷ Montesquieu señaló que no hay libertad política si el poder de juzgar³⁸ no está separado del poder legislativo y ejecutivo. Asimismo, consideró que los poderes deben servir como límites de los otros poderes evitando siempre su conjunción en una sola persona lo cual sólo llevaría a la tiranía o despotismo.

Otra de las obras que aportaron y señalaron las bases para el contenido político del siglo XVIII lo constituye el Contrato Social de Juan Jacobo Rousseau escrita en 1762.³⁹ Señala Rousseau

36 Giner apunta que incluso los estadistas británicos no han visto la política de su patria, a la que servían de ciegos instrumentos, sino con los ojos de Montesquieu, y han hecho en sus libros la glosa de la obra Del espíritu de las leyes, cfr., Estudios jurídicos y políticos, Madrid, 1975, citado por Adolfo Posada y Blesca, La crisis del Estado y el derecho político, Madrid, C. Bermejo impresor, 1934, p. 76. Del mismo modo Madison señaló que "el oráculo siempre citado en estas cuestiones es el célebre Montesquieu", al igual que reconoció que "si no es el autor de este inestimable precepto de la ciencia política, tiene, por lo menos, el mérito de haberlo expuesto y recomendado eficazmente a la atención de la humanidad". Cfr., Hamilton, Madison y Jay, El federalista, 3a. reimpresión de la 1a. ed. en español, México, Fondo de Cultura Económica, 1982, p. 205.

37 Para una mayor información y análisis véase Fix-Zamudio, Héctor, "Actualidad del principio de la división de poderes", Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México, núms. 58-59, enero-agosto de 1967.

38 A él se refiere Montesquieu como "la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma", si bien él mismo considera que "los juicios en los tribunales deben ser fijos de tal suerte que no sean nunca otra cosa que un texto preciso de la ley. Si fueran nada más que una opinión particular del juez, se viviría en sociedad sin saberse exactamente cuáles son las obligaciones contraídas", cfr., Montesquieu, Del espíritu de las leyes, México, Porrúa, 1987, pp. 104-108.

39 Ese mismo año se publicó El Emilio o la educación que junto con El Contrato social en el año de su aparición su reproducción fue prohibida. El Emilio posteriormente fue quemado. Otra obra que nos muestra el pensamiento de Rousseau es "El discurso sobre los orígenes de la desigualdad entre los hombres".

que el hombre es libre por naturaleza, sin embargo cada persona debe dar parte de su libertad para quedar bajo la dirección de la voluntad general y así su persona y bienes sean protegidos. El problema del contrato social es encontrar una asociación por la cual cada uno no obedezca sino a sí mismo y permanezca tan libre como antes. El contrato social se integra con la suma de las libertades que cada persona otorga en beneficio del gobierno. Así pues, el Estado o gobierno es tal porque los individuos le han dado parte de su libertad. Con esto, claramente combate la teoría del derecho divino de los reyes imperante en esa época de monarquías absolutas francesas, por lo que esta obra vino a constituir el principal sustento ideológico de la Revolución Francesa.

La voluntad general (pueblo) al estatuir algunas disposiciones lo hace sobre los aspectos generales y al acto que lo establece llama ley, la cual sólo podrá crearse por la voluntad general pues son actos que emanan de ella. Las leyes son el registro de la voluntad general.⁴⁰

Otro libro de cabecera, fundamento del pensamiento de los revolucionarios, lo constituye la obra del Abate Sieyès ¿Qué es el tercer Estado?. Los assembleístas se inspiraron en esta obra para proponer el cambio de la votación que se realizaba por Estados a una votación por cabeza o en lo individual y así el

40 Véase Rousseau, Juan Jacobo, El contrato social o principios de derecho político, México, Porrúa, 1977, pp. 19-20.

Tercer Estado o Estado Llano adquiriría una fuerza política semejante a la de los restantes órdenes.⁴¹

El proceso que culminó con este movimiento social⁴² empieza al ser convocados los "Estados Generales" por el rey Luis XVI, posteriormente proclamado "restaurador de la libertad francesa", situación que no sucedía desde 1614. Los Estados Generales era una asamblea integrada por representantes de los tres órdenes políticos en ese entonces: nobleza, clero y estado llano o tercer Estado (comunes). Las instrucciones a seguir fueron dadas en cuadernos (cahiers) y entre las cuales se encontraba la limitación del poder público mediante una Constitución y una Declaración de Derechos del Hombre.

En la reunión sostenida el 5 de mayo de 1789, aparte de la situación económico-financiera, se introdujeron como puntos a tratar la libertad de prensa y las medidas para garantizar la seguridad pública.

Debe señalarse que las sesiones se llevaban a cabo en forma separada por las tres clases políticas integrantes de la sociedad francesa y la votación era por Estados (estamentos). Por ello, lo que el Tercer Estado intentaba era que sesionaran en conjunto y la votación fuera por cabeza (inspirados en la obra del Abate Sieyès). Así lo manifestaron, a través del Abate, en la sesión de 10 de junio, en la cual invitaron a los restantes órdenes a verificar los poderes que le dieron la representación.

41 Cfr., Sieyès, Emmanuel J., ¿Qué es el tercer Estado?, traducción de José Rico Godoy, México, UNAM, 1973, pp. 69-89.

42 Para el desarrollo de este tema sigo la interesante y bien documentada obra de Carlos Sánchez Viamonte, Los derechos del hombre en la revolución francesa, México, UNAM, Ediciones de la Facultad de Derecho, 1956.

Posteriormente, el 17 de junio, los comunes cambiaron la denominación de la Asamblea a Asamblea Nacional por lo que la representación no debía ejercerse separadamente. La nobleza no hizo esperar su desacuerdo mediante intervenciones que hicieron que los comunes sesionaran en lugar diverso. El 28 de junio debido a la insistencia de los comunes, el rey ordenó a la nobleza y clero sesionar juntos, asumiendo así la Asamblea Nacional el ejercicio del poder legislativo. La Asamblea logró el 9 de julio, día en que en ejercicio del poder constituyente y sin el concurso del monarca, se determinó crear una Constitución, que debía iniciarse con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, con lo cual cambió su nombre por el de Asamblea Nacional Constituyente. A partir de ese día hasta el 26 de agosto del mismo año las discusiones sobre la Declaración de Derechos fueron el tema absorbente. Una de las cuestiones fundamentales era considerar si la Declaración se colocaría en el comienzo de la Constitución o bien, en la parte final y conclusiva de ésta, habiéndose optado por la primera solución.

En la sesión posterior de 4 de agosto se tomó la importante decisión de abolir los derechos feudales. Finalmente, el 26 del mismo mes de agosto de 1789 se concluyó la discusión y se expidió la Declaración.

IV. LIBERALISMO Y ESTADO DE DERECHO

Consideramos que los elementos institucionales característicos de la etapa liberal son los cimientos para el

nacimiento posterior del llamado Estado de Derecho. Así pues, podemos señalar que una de las inmediatas consecuencias de la revolución francesa fue el surgimiento de la idea más concreta del Estado de Derecho.

A diferencia de algunos autores,⁴³ no podríamos determinar con nitidez si el Estado de Derecho surge conjuntamente con la idea de un Estado liberal. Lo que sí nos queda claro es que si bien la revolución francesa vino a aportar uno de los últimos, pero no por ello menos importantes elementos del Estado de Derecho (algunos lo consideran el más relevante), las restantes instituciones jurídicas se vinieron gestando con el paso del tiempo. Locke y Montesquieu se refirieron a la división de poderes, Rousseau a la voluntad general (ley), la historia inglesa nos mostró el imperio de la ley (rule of law) y los movimientos sociales de la revolución de las colonias inglesas y la francesa con su declaración de derechos del hombre y del ciudadano,⁴⁴ son ideas que consideradas en su conjunto nos dan la noción de Estado de Derecho.

A) Liberalismo

Esta nueva concepción de las ideas subyacentes en la sociedad y que tuvo como arranque la revolución francesa, fue

43 Elías Díaz se muestra preocupado por esta sucesión temporal, véase su obra Estado de derecho, cit. supra, nota 4, pp. 15-17.

44 Esto no quiere decir por ningún motivo que no haya habido alguna preocupación por los derechos del hombre tiempo atrás, sin embargo, hago referencia al movimiento que consideró como parte de una Constitución los derechos del hombre que siguieron los demás países y que fue uno de los resultados de la revolución francesa.

alimentada por la clase social que en ese entonces manifestó su inconformidad ante la situación imperante. La burguesía⁴⁵ constituyó el eje sobre el cual la concepción de la libertad tomó su rumbo, así a partir de sus intereses se representaron los intereses de la colectividad.

La libertad caracterizó la lucha de los individuos en contraposición con el Estado. Ya la declaración de los derechos del hombre de 1789 apuntaba en su artículo 10. que "los hombres nacen y viven libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden estar fundadas en la utilidad común". La experiencia adquirida con los Estados absolutos hizo que la burguesía tomará como estandarte la no intervención del Estado en la esfera estrictamente personal de los individuos.

Por otro lado, tomando en consideración la situación patrimonial de la burguesía, como partícipe del régimen de adquisición de bienes, la propiedad privada desempeñó un papel preponderante. El concepto de libertad que predominó estuvo vinculado con la propiedad. Es más, la libertad por la que propugnaba la burguesía es aquella consistente en la protección y no intervención del Estado en sus bienes. Así pues, el orden jurídico de esa época giraba en torno a la libertad y a la propiedad privada.⁴⁶

La libertad no fue la única preocupación de los liberales. El poder como cara contrapuesta a la libertad⁴⁷ comenzó

45 Cfr., Ayala, Francisco, El problema del liberalismo, México, Fondo de Cultura Económica, 1941, pp. 14 y 34.

46 Cfr., Schmitt, Carl, ob. cit., Teoría de..., *supra*, nota 8, pp. 151-154.

47 Libertad y poder van a ser la preocupación que los constitucionalistas tomarán en cuenta para el desarrollo del derecho constitucional. Organizar

nuevamente a limitarse. La actividad estatal se restringió de diversas formas, una de ellas, la principal, estaba constituida por la delimitación de la libertad de los individuos por medio de las declaraciones de derechos.

El individualismo empezó a tomar lugar en esta escena política. El hombre para poder desarrollarse y tener una actividad más participativa en la sociedad, indudablemente necesitaba del ejercicio de su libertad y para ello, la actividad del Estado debía limitarse a aquella que no perturbara el proceso de desarrollo del individuo.⁴⁸

El papel de la limitación estatal tuvo como posterior resultado el desarrollo de un Estado abstencionista que sólo tenía por objeto proteger el ámbito de libertad de los individuos, en cuanto derechos de autonomía que creaban un ámbito de libre desarrollo del titular del derecho garantizado por el Estado, frente a interferencias o intromisiones de los poderes públicos, de los grupos sociales o de los demás individuos.⁴⁹ Además, esto produjo una escisión mayor, un disimbolismo entre Estado y sociedad, que si bien mantenían relaciones, éstas eran mínimas.⁵⁰

poder y libertad es uno de los objetivos inslitos en todo derecho constitucional. Cfr., Hauriou, André, et al., ob. cit., Derecho constitucional, supra, nota 21, pp. 41-49. Recuérdese que ya antes había surgido la preocupación, aun cuando de carácter político, de la división del poder.

48 Para 1792 aparece la obra de Wilhelm von Humboldt Los límites de la acción del Estado que vino a desarrollar esta concepción del individuo ante el Estado y presenta como fundamento ideológico las experiencias adquiridas con el reciente movimiento social de Francia tres años antes.

49 Cfr., Noriega Cantú, Alfonso, Los derechos sociales, creación de la revolución de 1910 y de la Constitución de 1917, México, UNAM, 1988, p. 73.

50 Cfr., García Polayo, Manuel, El Estado social y sus implicaciones, México, UNAM, 1975, pp. 14-15. Posteriormente este trabajo se integró a otra obra del

Otro aspecto importante de la declaración de derechos del hombre de 1789 en esta época liberal, lo constituye el haber sido el instrumento de determinación de instituciones jurídico-políticas, gestadas anteriormente, fundamentales para la idea de Estado de Derecho. El artículo primero de dicha declaración hace referencia a la igualdad y libertad como cualidades indisolubles de la persona humana; la división de poderes y derechos individuales se vincularon de tal manera que se estableció en la propia declaración que la sociedad que no contara con ellos, carecería de Constitución (artículo 16) y la ley como expresión de la voluntad general y como único medio de someter la libertad individual al derecho (artículos 3 y 6).

El inquietante artículo 16 de la declaración francesa provocó algunos comentarios que tenían relación directa con el pensamiento subyacente en esa época. Por un lado, la burguesía consideró que la Constitución se integraba con la noción de libertad que ellos pretendían (ver supra p. 20). Por otro lado, la idea de Constitución de acuerdo con la declaración de derechos contenía dos elementos que si bien no eran los únicos, se consideraban como los principios que le dieron nacimiento al Estado liberal de derecho⁵¹ lo cual no deja de ser cierto.

Sin embargo, ha suscitado diversas opiniones la concreta concepción de Constitución, en relación con estas instituciones ya que podemos señalar en la misma forma que Carl Schmitt, que no

mismo autor si bien en un aspecto general en la concepción del Estado, véase Las transformaciones del Estado contemporáneo, Madrid, Alianza Editorial, 1977, pp. 21-22.

51 Cfr., Schmitt, Carl, ob. cit., Teoría de..., supra, nota 8, pp. 145-149.

es determinante que una Constitución consagre dichas instituciones para que valgan como principios del Estado burgués de derecho.⁵² Es más, no se requiere una Constitución escrita para su existencia.⁵³ De hecho, los propios principios surgieron previamente a la Constitución escrita pero posteriormente se les consideró como parte indispensable de un documento fundamental, lo cual incidió para que la defensa de esta situación cayera en un vacío debido a lo indispensable de su establecimiento en cartas fundamentales.

B) Estado de Derecho

Debemos hacer la advertencia de que la idea central que daremos del Estado de derecho es producto del pensamiento liberal de los siglos XVIII y XIX, sin embargo, las instituciones que lo integran pueden ser, y de hecho lo son, utilizadas como medida para la evolución del propio Estado de Derecho.

Pues bien, como ha quedado mostrado en el pensamiento liberal, lo que se empieza a buscar ya en forma más institucionalizada es la limitación del poder a través de medios jurídicos. La experiencia que dejó el absolutismo hizo que se tratara de evitar el abuso del poder en esa época.

52 Si bien el mismo Schmitt considera que "el reconocimiento a los derechos fundamentales, en el sentido del Estado burgués de derecho, significa que los principios de Estado de derecho de una Constitución liberal burguesa moderna son reconocidos como elemento esencial de la Constitución misma". *Idem*, pp. 205-206.

53 Ejemplificativos, aun cuando de manera excepcional, son los casos de Gran Bretaña, Nueva Zelandia e Israel que no cuentan con un documento fundamental escrito.

1. Poder, Estado y Derecho

Las relaciones en la convivencia de una sociedad, que en una época fueron consideradas anárquicas, sin embargo, con el transcurso del tiempo la noción de imperium como la idea de hacer que los demás hagan lo que una persona quiere comenzó a gestarse (Robert Dahl), ya sea por razones religiosas, carismáticas o lógico-rationales (Max Weber).

El poder posteriormente comienza a vincularse con la noción de política en el sentido de polis griega, de ciudad organizada, de ciudad-estado. De esta forma el poder político se concibe como poder capaz de utilizar la fuerza para obtener ciertos efectos deseados.⁵⁴ Esto da base para la elaboración de la teoría política a la que se reduce el concepto de Estado que viene a ser, entonces, la visión de una organización completa del poder. Es el Estado por lo tanto, el que detenta la summa potestas, el poder supremo.

Así las cosas, resulta interesante abordar los límites que deben establecerse respecto de todo poder susceptible de extralimitaciones. Es aquí donde se presenta la divergencia entre derecho y poder o derecho y Estado, si se quiere. Divergencia por el hecho que estos dos vocablos son considerados como contrapuestos, es decir, siendo el derecho el límite a la actividad del Estado resulta, por lo tanto, que el primero implica una idea restrictiva de la utilización del poder.

54 Cfr., Bobbio, Norberto, Estado, gobierno, sociedad, contribución a una teoría general de la política, Barcelona, Plaza & Janés Editoras, 1987, pp. 86-93.

Por otro lado, hay que tomar también en consideración, además de que el Estado como poder organizado y que por lo tanto difícilmente acepta trabas o sujeciones a su ejercicio, que el derecho viene a ser un resultado de la función del Estado, es decir, aquél es producto de éste, pues una vez que el poder se organiza, presenta como próximo paso darse un régimen sobre el cual va a actuar. Claro está, ello no quiere decir que sea suficiente que conceptualmente se exprese la necesidad de limitar jurídicamente al poder, para que se realice en la práctica.

Por el contrario, nuestro propósito es demostrar que el Estado absoluto no estaba sujeto a límite alguno, o si lo estaba era de tipo religioso, por lo que se vio obligado a fijar las bases del ejercicio del poder en algo más estable y sólido como lo es el derecho. Si el Estado de Derecho se encuentra dentro de los cánones jurídicos, se debe a que el propio Estado se ha sometido a la regulación jurídica por medio de la autolimitación.⁵⁵

Antes de proporcionar una somera caracterización de los límites jurídicos al poder que, como ya vimos, principalmente se institucionalizan con el liberalismo, de ahí que se sostenga que no es neutral este vocablo pues la ideología imperante al momento de su nacimiento fue la liberal,⁵⁶ daremos algunas consideraciones de la idea de Estado de derecho.

55 Cfr., Hauriou, André, et al., ob. cit., Derecho constitucional..., supra, nota 21, pp. 180-181.

56 Véase Cascajo Castro, José Luis, "La lucha por el Estado de derecho", Sistema, Revista de ciencias sociales, Madrid, núms. 17-18, abril 1977, pp. 162-163.

2. Pensamiento liberal alemán

En efecto, es en el liberalismo alemán de principios del siglo XIX donde se acuña el vocablo Estado de Derecho. En ese entonces, se habían llevado a cabo esfuerzos para la restauración del Reich alemán, sin embargo, lo que tuvo lugar fue el nacimiento de una confederación alemana (Deutscher Bund) en 1815. Otro intento de restauración del Reich tuvo lugar en el año de 1848 pero la asamblea constituyente no tuvo éxito pues se ofreció la Corona imperial al rey de Prusia quien la rehusó. Posteriormente Bismarck fue nombrado Primer Ministro de Prusia y tras varios triunfos militares y diplomáticos se formó la Confederación noralemana (1867) y después el segundo Reich (1871-1919).⁵⁷ De esta manera, la forma en que puede caracterizarse el gobierno hasta antes de 1870 se encuadra dentro de las monarquías absolutas con inocuos frenos hacia el poder del monarca. La soberanía pertenecía al Estado personificado por el monarca.

En este marco de ideas comenzó a presentarse en el pensamiento de los políticos alemanes, la idea, ya no tan vaga, del Derecho como límite al poder atribuyendo como fundamento del derecho diversos principios jurídico-políticos. La transición de Estado absoluto a liberal se conoce como del Fürstentstaat (Estado del Príncipe) al Rechtsstaat (Estado de Derecho).

Ciertas divergencias se originan al tratar de dar un fundamento a la autoridad del Derecho dentro de la autolimitación

⁵⁷ Véase Floria Margadant, Guillermo, Panorama de la historia universal del derecho, 2a. ed., México, Porrúa, 1983, p. 297.

del Estado.⁵⁸ La soberanía popular, representada a través de la ley según el arquetipo francés (Stein, Möhl y Bahr) o bien la monarquía, contraposición basada en la experiencia inglesa sostenida por conservadores tradicionalistas (Stahl y Gneist). Esta idea también fue motivo de preocupación para los pensadores pertenecientes al iluminismo liberal clásico alemán como Kant, Fichte o Humboldt.

Conviene tomar en consideración que en esta época, por una parte en Inglaterra se consolidó lo que se denominó la Rule of Law o imperio del Derecho y por la otra, en Francia se desarrolló la doctrina de la "división de poderes". Por su parte, en Alemania se empezó a gestar una idea que si bien abarcaba las instituciones antes mencionadas, pretendía superarlas, de manera que el concepto del Estado de derecho puede considerarse como la aportación alemana a la regulación jurídica del poder.

En la obra publicada por Ernst von Möhl, profesor de derecho político de la Universidad de Tubinga Staatsrecht des Königreichs Württemberg (1829) (Estado de Derecho del Reino de Württemberg) ya se hace alusión al término Estado de Derecho. Sin embargo, gramaticalmente esa expresión había sido ya usada tiempo atrás en la misma Alemania. El conservador Federico Julio Stahl (1802-1861) contempla al Estado de Derecho desde una perspectiva formal y considera que debe tomarse como tal aquél que logre sus fines legalmente. Lorenz von Stein (1815-1890) condiciona al Estado moderno en un sistema de relaciones y aposiciones de la

58 Véase Baratta, Alessandro, "El Estado de derecho. Historia del concepto y problemática actual", Sistema, Revista de ciencias sociales, Madrid, núms. 17-18, abril 1977, p. 11.

sociedad burguesa y considera que la posibilidad de que cualquier individuo pueda acudir a los tribunales para defender sus derechos es la esencia del Estado de derecho. Esta noción de limitación de la administración por el derecho también la siguen Bahr (1817-1895), Rudolf Gneist (1816-1895) y Otto Mayer (1846-1924).⁵⁹

La concepción del vocablo Estado de Derecho⁶⁰ se precisa aún más en la obra de von Möhl intitulada Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates (1832-1833) (El conocimiento de las políticas dentro de los lineamientos del Estado de Derecho). Möhl equipara, de alguna forma, los fines de la vida humana a los del Estado, de manera que el Estado se apoya en los fines racionales del hombre y por lo tanto, el Estado de Derecho tenderá al desarrollo y apoyo a los individuos integrantes de la comunidad. Aunado a ello se encuentra la concepción de un Estado respetuoso del orden jurídico en todo el ámbito de su poder.⁶¹ Cosa curiosa es que el mismo Möhl preocupado por la unidad del Estado como lo señala Abellán, rechaza la teoría de la división de poderes , lo cual pudiera

59 Cfr., Lucas Verdú, Pablo, La lucha por el Estado de derecho, Bolonia, Real Colegio de España, 1975, pp. 13-17. Por cierto, este libro toma como base para su configuración la monumental obra de Rudolf von Ihering La lucha por el derecho, traducida al español por Adolfo Posada y Biesca.

60 Estos vocablos posteriormente tendrán aceptación y difusión en países como Italia y España por el influjo de la doctrina alemana en ellos. Ya dejamos claro que en Francia e Inglaterra son otras las instituciones base de su ideología política.

61 Cfr., Abellán, Joaquín, "Liberalismo alemán del siglo XIX: Robert von Möhl", Revista de Estudios Políticos, Madrid, núm. 33, mayo-junio 1983, pp. 127-133.

interpretarse y de hecho lo hace Fernando Garzoni,⁶² como una incoherencia en la concepción del Estado de Derecho.

Como conclusión podemos señalar que el Estado característico de la época posterior del absolutismo lo constituye aquél que se encuentra restringido por el Derecho como parte de una autolimitación que a su vez toma su sustento en las siguientes instituciones jurídico-políticas: imperio de la ley como expresión de la voluntad general; la división de poderes como freno del propio poder; la actividad de la administración sujeta a la legalidad y el establecimiento de derechos y libertades fundamentales. Este último elemento será motivo de nuestras siguientes reflexiones en sus dos aspectos: reconocimiento o institucionalización constitucional y protección efectiva.

V. SOCIEDAD Y ESTADO DE DERECHO

Aun cuando en el Estado liberal de derecho se dan las bases para la protección de los derechos humanos, su evolución requiere también la exposición, aun sea en breves líneas, de su caracterización y posterior desarrollo. Para ello, debemos tomar en cuenta la relación que sostiene con el anterior Estado liberal en el sentido de ser, al menos en mi parecer, un poco el desarrollo de aquél, es decir, conforme van evolucionando las instituciones de acuerdo con el devenir de la sociedad, se advierte la obsolescencia de que son objeto. De esta manera, el

62 Cfr., Garzoni, Fernando, Die Rechtsstaatsidee im schweizerischen staatsdenken des 19. citado por Pablo Lucas Verdú, La lucha..., supra, nota 58, p. 21.

aspecto fundamental de las necesidades libertarias de los hombres sufren una transformación al grado de que resulta insuficiente la falta de intervención.

Pues bien, durante el siglo XIX la sociedad comenzó a transformarse. La industrialización al encontrar su cauce llegó a alcances grandiosos. La economía entre particulares empezó a resentir los estragos de la limitación o inactividad del Estado. La sociedad, en sí misma, comenzó a cobrar mayor dimensión. Ahora no es el individualismo característico del siglo pasado, sino las clases sociales las que intervienen y son consideradas como grupos integrantes de la sociedad. Así, llegó a pensarse en una relación recíproca entre los individuos y la sociedad de tal manera que no se pueden concebir el uno sin la otra.⁶³

De esta manera, a los derechos clásicos del individuo se agregaron los derechos sociales. La inactividad cambió a una prestación, a una intervención del Estado en favor de la sociedad. Los derechos sociales, por lo tanto, son las prestaciones a las que pueden ser acreedores los individuos como integrantes de los grupos sociales, que requieren del Estado una participación positiva.

En forma similar a lo acontecido en el Estado liberal de derecho, estos derechos sociales se consagraron de manera paulatina en las constituciones. La primera fue la Constitución mexicana de 5 de febrero de 1917 en sus artículos 27 y 123⁶⁴ y

63 Cfr., García Pelayo, Manuel, ob. cit., Las transformaciones..., supra, nota 49, pp. 18-25.

64 Al respecto pueden consultarse entre otros los trabajos documentados de Alberto Trueba Urbina, La primera Constitución político-social del mundo, México, Porrúa, 1971 y Héctor Fix-Zamudio, "La Constitución y el Estado social

posteriormente la Constitución alemana de 11 de agosto de 1919. Sin embargo, esta tendencia se incrementó en la segunda posguerra cuando Alemania en su Ley Fundamental de 1949 estableció los vocablos Estado social y democrático⁶⁵ y como ya hemos señalado el influjo de la doctrina alemana no se hizo esperar pues posteriormente España⁶⁶ también consagró estos vocablos en su Constitución de 1978.

Lorenz von Stein puso en claro la visión sociológica del Estado. A partir de un enfoque social, la teoría política apoyada esencialmente en el Estado se transforma en tradicional y de esta manera, empieza a determinarse el nuevo objeto de la ciencia política: la sociedad. El pensamiento de Stein toma su rumbo poco después de los acontecimientos de 1848 en Alemania, época en la cual se inicia el paso de las revoluciones políticas a otra donde empiezan las revoluciones sociales.⁶⁷ Del mismo modo, en época más reciente Herman Heller en su obra Rechtsstaat oder Diktatur? (Estado de Derecho o Dictadura?) publicada en 1929 nos da una visión más cercana al Estado Social de Derecho, cuya denominación

de derecho" y "Estado social de derecho y cambio constitucional", respectivamente en las obras colectivas El constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX, la Constitución mexicana 70 años después, México, UNAM, 1988, t. V, pp. 73-117, y Memoria del III Congreso nacional de derecho constitucional (1983), México, UNAM, 1984, pp. 337-349.

65 La Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 1949 en su artículo 20, fracción I apunta que "la República Federal de Alemania es un Estado Federal, democrático y social" y en su artículo 28 define al Estado alemán como un "Estado democrático y social de derecho".

66 La Constitución española de diciembre de 1978 en su artículo 1, inciso 1 señala que "España se constituye en un Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político".

67 Para un estudio más completo del pensamiento de la teoría social de Stein puede consultarse el trabajo de Manuel García Pelayo "La teoría de la sociedad en Lorenz von Stein", Revista de Estudios Políticos, Madrid, año IX, núm. 47, 1949, pp. 43-48.

se precisa. Su pensamiento se contrapone a las ideas totalitarias y al Estado liberal de derecho, ya retrasado para ese entonces. Su concepción del Estado, afirma García Pelayo, radica en la participación mayor de los obreros en los bienes materiales.⁶⁸

Dentro del mismo pensamiento sociológico alemán el tratadista Ernst Forstthoff estima como criterio crítico que en su opinión sólo puede hablarse de Estado de Derecho ya que el calificativo social se traduce en una acción política y que los derechos sociales son proposiciones programáticas que pueden vincular a los poderes públicos, pero de las que no se desprende una aplicación inmediata.⁶⁹

La doctrina constitucional moderna también empezó a cuestionar el fundamento del Estado Social de Derecho y se preguntó el porqué de la subordinación del derecho de propiedad, a los intereses de la comunidad y si esta subordinación no afectaba la teleología de los derechos humanos.⁷⁰ En esta dirección la doctrina considera que se ha producido una nueva gestación de la justicia como justicia social en la cual los intereses particulares se subordinan a los de la comunidad, y por ello en derecho de ha incorporar una regulación equitativa de los grupos sociales.

Además, se ha hecho la observación de que la actividad del Estado es de suyo compleja, por lo que el control o pleno

68 *Cfr.*, García Pelayo, Manuel, *ob. cit.*, pp. 83-84.

69 *Idem*, p. 37.

70 *Cfr.*, Lucas Verdú, Pablo, *ob. cit.*, *La Lucha...*, *SUDRA*, nota 58, pp. 101-108.

ejercicio de las obligaciones del Estado se antoja quimérico.⁷¹ Por ello, Hauriou⁷² apunta que el Estado recibe en lugar de órdenes, invitaciones, pues la violación de los derechos prestacionales es mucho más difícil de comprobar que la de las libertades individuales clásicas.

Ahora bien, a últimas fechas, después de la segunda posguerra, si bien ya se empieza a contar con algo más de doctrina en la defensa de las normas constitucionales, el Estado Social todavía va a sufrir una última transformación. Por un lado, se empieza a hablar de una crisis del Estado Social y de un paso de un Estado del bienestar al Estado del malestar⁷³ ello debido a la insuficiencia que ahora presenta el Estado benefactor. Por otro lado, la función social que se incorporó a las Constituciones a mediados del presente siglo, nuevamente pasa a ser una etapa superada. Así, al lado de la insertación del vocablo Estado Social en las Constituciones, aparece el vocablo democracia.⁷⁴

En tal virtud, ahora el Estado de Derecho contemporáneo se sustenta en un régimen democrático en su dimensión social, con la aclaración de que otorgamos a este último vocablo, que tiene

71 Cfr., García Pelayo, Manuel, ob. cit., Las transformaciones..., supra, nota 49, p. 117.

72 Cfr., Hauriou, André, et al., ob. cit., Derecho constitucional..., supra, nota 21, pp. 241-242.

73 Cfr., Cabo Martín, Carlos de, La crisis del Estado social, Barcelona, Promociones Publicaciones Universitarias, 1986 y García Cotarelo, Ramón, Del Estado del bienestar al Estado del malestar, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

74 A partir de la insertación constitucional de estos vocablos se han incrementado los estudios del Estado social y democrático de derecho.

diversos significados, una concepción jurídico-programática.⁷⁵ Cabe hacer notar que la socialización del constitucionalismo no implica el establecimiento de un régimen democrático.⁷⁶

Por último, si bien el Estado liberal se fundamentó en un sistema económico capitalista, el Estado social de derecho se encuentra sustentado en una base ideológica proveniente del neocapitalismo. Pero, no ha sido bastante el considerar aspectos económicos y sociales en las Constituciones si el sistema económico continúa en la misma situación. Por ello, Elías Díaz, considera la simbiosis democracia-socialismo como la adecuada para dar cumplimiento a las demandas que una sociedad democrática requiere. Así, el Estado democrático de derecho debe considerarse como la superación del Estado Social de Derecho.⁷⁷

Lucas Verdú también habla de un Estado Democrático de Derecho en cuanto las luchas sociales fueron satisfechas de alguna manera con la fijación de tales derechos en las Constituciones pero en la actualidad es preciso interrogarse sobre si la política económica y social permiten la aplicación de tales principios constitucionalmente consagrados. La justicia social debe ser llevada a campos socioeconómicos, por ello dicho autor estima como preferible una "socialización de la libertad o

75 Cfr., Crisafulli, Vezio, La Costituzione e le sue disposizioni di principio, Milano, Giuffrè, 1952, pp. 32 y ss.

76 Cfr., Aragón Reyes, Manuel, Constitución y democracia, Madrid, Editorial Tecnos, 1989, p. 98.

77 Cfr., Díaz, Elías, ob. cit., Estado de derecho..., SUPRA, nota 4, pp. 127-133.

auténtica socialización del Estado Social de Derecho para llegar a un Estado Democrático de Derecho".⁷⁸

78 *Cfr.*, Lucas Verdú, Pablo, ob. cit., *La lucha...*, *supra*, nota 58, pp. 144-146.

CAPITULO II
ESTADO Y CONSTITUCION

SUMARIO: I. Limitación al poder. II. Surgimiento de las Constituciones. III. Surgimiento del gobierno constitucional. IV. Contenido de las Constituciones. V. Preámbulo de las Constituciones. VI. Declaraciones de derechos. A) Gran Bretaña. B) Estados Unidos. VII. Clasificación de las Constituciones. VIII. Papel actual de las Constituciones.

I. LIMITACION AL PODER

El fenómeno que nos interesa mencionar en estos momentos es el del poder y, por lo tanto, analizar su surgimiento, así como el origen de la idea de su limitación.

La organización que presentaban las comunidades en un principio no era lo suficientemente fuerte como para tener una consistencia política. Es con posterioridad, una vez que logran una evolución importante, que se logra un grado de organización bastante como para hablar de ciudades-Estado.

Las monarquías europeas se perfilaron como los primeros ejemplos de organización política con poder. Recordemos que imperaba en ese entonces la idea de que los monarcas recibían su investidura, y por consiguiente el poder, de la divinidad y, por lo mismo, sólo ella podía quitárselos.

Así las cosas, podemos señalar que si el monarca hacía imperar su voluntad sobre la de los demás, es porque contaba con cierta autoridad, la cual poco a poco se le fue reconociendo y aceptando.

Posteriormente, empieza a formarse una idea más clara de una comunidad política donde la autoridad del monarca era totalmente reconocida y su imperio tenía una organización con favorables resultados económicos, sociales y políticos.

Una vez que el monarca se sintió con posibilidades de dominación sobre sus súbditos, comenzó a tratar que su voluntad tomara una dimensión absoluta sobre ellos, sin dejar a éstos ninguna posibilidad real de libertad.

En estos momentos es cuando se ve con mayor claridad ya no la autoridad con que empezó el monarca sino el poder de influencia en la organización de su imperio y en la voluntad de su pueblo. Esto mismo dio pauta al monarca para abusar del poder en forma ilimitada y en detrimento del pueblo. Las experiencias que se tuvieron fueron amargas. Sin embargo, el fruto que dejó la época del absolutismo fue precisamente la racionalización del poder. De manera que en la época medieval ya vemos el otorgamiento de "cartas constitucionales" a diversos grupos sociales o estamentos donde se precisaban algunas libertades de estos últimos.

La evolución todavía fue más lejos, dado que se llegó a considerar que el pueblo era realmente el otorgante del poder y las personas al frente del Estado eran tan sólo depositarias del mismo.

Con esta idea, vemos como se pensaron diversas formas de limitación al poder. Por un lado, el pueblo era el otorgante y por ello se daba una forma de gobierno autolimitativa, pues el poder, siendo uno, debía dividirse para su ejercicio y autolimitación. Así fue como se acuñó la idea de un Parlamento y de una judicatura. Cabe señalarse que en esta concepción ya se ve un esbozo del poder y de los instrumentos jurídicos que establecieron el Parlamento y el poder judicial. Por todo esto, podemos considerar que el derecho al hacer su aparición, lo hace en una forma de codificación del poder mismo,¹ y lo lleva a su limitación.

II. SURGIMIENTO DE LAS CONSTITUCIONES

Ya concebida la necesidad de una limitación al ejercicio del poder y considerado también que el derecho representa un elemento primordial para el mismo objetivo, conviene ahora ver como las constituciones se empezaron a gestar como el elemento específico de sujeción del poder.

La comunidad jugó un papel importante en el surgimiento de las constituciones. En un primer momento es de considerarse que se buscó un acuerdo de ella para buscar determinaciones fijas que sirvieran para obligar a los detentadores del poder² a no excederse en el ejercicio de sus atribuciones. Además, se tenía

1 Giménez, Gilberto, Poder, estado y discurso: perspectivas sociológicas y semiológicas del discurso político-jurídico, 3a. ed., México, UNAM, 1989, p. 34.

2 Loewenstein, Karl, Teoría de la constitución, traducción de Alfredo Gallego Anabitarte, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 1976, pp. 29 y 149.

la preocupación de que en cumplimiento de las funciones que les eran permitidas a los detentadores, no respetarían las garantías de libertad de que debían gozar los destinatarios del poder.

Por otro lado, no podemos soslayar el desarrollo y la importancia del constitucionalismo clásico con su consiguiente ideología liberal. En el siglo XVIII, la Europa insular nos presentó la experiencia de la revolución puritana que logró una restricción a la hegemonía del Parlamento que para ese entonces se consideraba inobjetable.³ La Europa continental también mostró su preocupación estableciendo más reglas que llevaban a restringir la actividad de los monarcas.⁴

Ya los filósofos de finales del siglo XVIII, junto con las experiencias de las revoluciones francesa y norteamericana se encargaron de matizar un poco más la concepción del documento escrito que empezaron a denominar Constitución.

A pesar de la fuerte corriente que en ese entonces existía, no podemos señalar, en forma absoluta, que para limitar el ejercicio del poder era totalmente necesario un documento formal. En primer lugar, recuérdese que tratadistas como Jellinek y Carré de Malberg llegaron a sostener que "el Estado no accede a la vida jurídica más que a partir del momento en que tiene una constitución".⁵ Sin embargo, nosotros creemos un poco más pertinente el señalamiento que al respecto hace André Hauriou fundamentado en las experiencias que las costumbres de un país

3 *Idem*, pp. 152-154.

4 Duverger, Maurice, Instituciones políticas y derecho constitucional, trad. de Isidro Molas y otros, 5a. ed., Barcelona, Ariel, 1970, pp. 240-241.

5 Citados por Hauriou, André, et al., Derecho constitucional e instituciones políticas, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 1980, p. 160.

han aportado. En este sentido, sostiene Hauriou, la mayor parte de los países europeos en el siglo XVIII que no contaban con una Constitución presentaban una cohesión nacional mayor así como un dominio del mundo exterior y desarrollo cultural.⁶

Resulta pertinente hacer notar que a falta de documento formal, la costumbre es la que desempeñaba un papel primordial en la vida jurídica de un Estado. Es más, aún existiendo ese documento, la situación jurídica de un Estado estaba vinculada al reconocimiento y respeto que se le otorgaba a la costumbre.⁷ Muchas constituciones han podido sobrevivir gracias a ello.

En estricto sentido no puede afirmarse que dichos Estados carecían de Constitución, ya que la misma no implicaba la existencia de un documento formal sino, la organización y limitación del ejercicio del poder, y por ello esos países tenían una constitución, pero en sentido material.

De esta manera, si la finalidad de las constituciones es limitar el poder, todo Estado que cuente con un documento fundamental pero que no contemple dicha limitación, tendrá todo menos una constitución.⁸

En el surgimiento de las constituciones se advierten una de estas dos situaciones. Por un lado, como ya lo hemos expuesto, ha tenido como objeto controlar a los detentadores del poder. Sin embargo, con frecuencia esta finalidad se ha desvirtuado ya que se ha utilizado simplemente como una apariencia para cubrir el andamiaje de un gobierno autoritario y dictatorial, como es el

6 *Idem*, pp. 104-105.

7 Loewenstein, Karl, ob. cit., Teoría de ..., *supra* nota 2, p. 154.

8 *Idem*, p. 151.

caso de los regímenes militares. Como bien lo señala Manuel García Pelayo, "La constitución depende de la estructura política en la que fue creada y también de la situación social en la que fue concebida."⁹ Por fortuna, se está superando esta última hipótesis debido, entre otras causas a las presiones de la comunidad internacional.

Por este motivo, cuando un país se otorga una constitución tiene el sentido de demostrar a la comunidad internacional que ha alcanzado su madurez política y, por lo tanto, solicita sea considerado un miembro más de las Naciones Unidas. En este sentido André Hauriou señala que "la publicación de una constitución es el requisito previo indispensable para la admisión en las Naciones Unidas".¹⁰

Por otra parte, en este sentido, la constitución debe ser orientada a los principios que otras naciones ya han considerado necesarios, de acuerdo con la dinámica internacional.

Además existen otras razones por las cuales una comunidad organizada se da una constitución. Así ocurre cuando diversas provincias pertenecientes a un Estado se unen e inician una nueva vida, como consecuencia de una guerra que les permite la libre opción de gobernarse a sí mismas. O bien, porque la misma guerra trajo consigo un quebrantamiento de las estructuras político-sociales anteriormente existentes. Lo mismo cuando una revolución

9 García Pelayo, Manuel, Derecho constitucional comparado, Madrid, Alianza Editorial, 1984, pp. 117 y 120.

10 Hauriou, André, ob. cit., Derecho constitucional, supra nota 5, p. 106.

cambia el sistema jurídico político y establece una nueva forma de gobierno y por ello, una nueva constitución.¹¹

En cualquier caso, el factor común subyacente en estas circunstancias consiste en el rompimiento de una estructura político-social, o bien, en el establecimiento de una organización jurídica más adecuada, con una constitución que introduce las bases para un crecimiento ordenado y controlado.

Llegados a este punto, podemos bosquejar una concepción de constitución. En un comienzo, se consideró el documento otorgado por un monarca en el que se fijaban límites o más bien, reglas, para la organización del gobierno, tomando en consideración la situación de los súbditos. Posteriormente, con un fundamento filosófico, vemos a la constitución como el documento que nace con determinados supuestos y con un contenido específico. Los supuestos eran el origen popular y la auto-organización del poder y el contenido señalado por el artículo 16 de la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, según el cual toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de los poderes, no tiene Constitución.

Una etapa posterior determinó que el monarca otorgara cartas constitucionales para posteriormente desembocar en los pactos o covenants con el pueblo mismo.

Por lo tanto, podemos considerar a la constitución como la norma que establece una estructura político jurídica de un

11 Wheare, Karl C., Las constituciones modernas, traducción de Fernando Morera y Angel Alandí, ed. Labor, S.A., Madrid, 1971, p. 12.

Estado, que reconoce en su base, los derechos de todas las personas.¹²

Al respecto sostiene Hauriou que si la Constitución es el conjunto de reglas que rigen la organización y el funcionamiento del Estado, entonces todo Estado, por el hecho de existir, posee una Constitución.¹³ Este concepto nos parece demasiado amplio de acuerdo con las ideas del mismo autor, que más adelante señala que es preciso tomar en cuenta la constitución material.

Carl J. Friedrich expresa un concepto más estricto en cuanto, en su opinión la circunstancia de que una Constitución fije la base para la forma de un gobierno puede llevarnos al absurdo de que este gobierno sea tiránico o autoritario. Esto nos lleva a considerar que toda constitución supone una decisión de régimen, el cual puede significar algún cambio negativo que implique no tener propiamente una Constitución. Por lo tanto, Friedrich sostiene como constitución, y excluyendo al gobierno inconstitucional, la decisión fundamental al respecto de la organización del gobierno.¹⁴

Queremos señalar que esta concepción de constitución que aquí exponemos está relacionada con el documento que en una primera etapa tenía como finalidad, la organización del gobierno con el objeto esencial de la protección de los derechos del

12 García de Enterría, Eduardo, La constitución como norma y el tribunal constitucional, Madrid, Civitas, 1985, p. 41.

13 Hauriou, André, et al., ob. cit., Derecho constitucional..., supra nota 5, p. 352.

14 Friedrich, Carl Joachim, Gobierno constitucional y democracia. Teoría y práctica en Europa y América, traducción de Agustín Gil Laserra, Vol. I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, pp. 265-266.

hombre. Con posterioridad, daremos otras concepciones de constitución que se fueron forjando con el paso del tiempo.

III. SURGIMIENTO DEL GOBIERNO CONSTITUCIONAL

Una vez que hemos visto el surgimiento tanto del Estado como de las constituciones, la conjunción de ambos nos lleva a sostener la aparición de un Estado constitucional que, en estricto rigor, debe considerarse como un gobierno constitucional toda vez que el Estado implica una concepción más amplia que no sólo se refiere al gobierno sino también a la población y al territorio. Por ello, optamos, al igual que Carl J. Friedrich, por hablar de un gobierno constitucional.

La concepción prístina de gobierno constitucional es aquélla que da toda la importancia requerida a la constitución y ésta, a su vez, es considerada como aquélla que garantiza los derechos de los gobernados y señala las bases de una separación del poder.¹⁵ Sin embargo, el concepto de constitución y, así mismo, el de separación del poder, han cambiado.

Por ello, resultan sumamente acertadas las ideas de Carl Joachim Friedrich quien afirma que tiene un sentido funcional la calificación de un gobierno como constitucional o inconstitucional, pues existen extremos como la existencia de

¹⁵ Cfr., Vanossi, Jorge Reinaldo, "El Estado de derecho en las Américas", Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico, Puerto Rico, vol. XVII, núm. 2, enero-abril 1983, p. 228.

limitaciones muy fuertes o muy débiles pero no una limitación total o la falta absoluta de la misma.¹⁶

En consecuencia, resulta engañoso analizar bajo este prisma la situación muy particular de la Gran Bretaña. No podemos sostener que como dicho país no cuenta con un documento formal, llamado constitución, no posea un gobierno constitucional. En sustitución de este concepto los británicos elaboraron la frase rule of law, (imperio del derecho) y significa la participación democrática de los ciudadanos a través del derecho.¹⁷

IV. CONTENIDO DE LAS CONSTITUCIONES

Estructuralmente hablando, las constituciones han establecido en su articulado normas que regulan las libertades de las personas individuales y normas que sientan las bases del gobierno. Si bien estos dos sectores no se han diferenciado en forma estricta, los encontramos mencionados tanto en documentos históricos medievales como en documentos de la colonización americana y de la época independiente, como antecedentes del Estado liberal clásico.

Carlos Ollero, al hacer un análisis de las constituciones en la posguerra, señala que la división clásica de las constituciones en parte dogmática y parte orgánica corresponde a los principios del Estado demoliberal: la declaración de derechos

16 Cfr., Friedrich, Carl Joachim, ob. cit., Gobierno constitucional..., supra nota 14, pp. 261-262.

17 Cfr., Vanossi, Jorge Reinaldo, ob. cit., El Estado..., supra nota 15, p. 228.

y la distinción de poderes. De esta manera, en las constituciones de la posguerra se presenta este esquema ya como factor común establecido.¹⁸ Y a partir de ahí, las constituciones lo han tomado como punto imprescindible de partida.

Ahora bien, el esquema clásico anteriormente expuesto se ha transformado de manera paulatina. Por un lado, si bien los principios del Estado demoliberal fueron considerados como dogmas jurídico-políticos, en la actualidad se han transformado. En efecto, los anteriores dogmas se conservan pero con una perspectiva diferente pues se acentúa la regulación de las normas constitucionales, en cuanto la parte dogmática hace relación a criterios de normatividad de conducta tanto para los individuos como para las autoridades y por ello se habla de normas de conducta. Por otro lado, la parte orgánica de las constituciones contiene normas de organización del Estado en sentido estricto al incluir el territorio y el gobierno.¹⁹

Debe tenerse presente que este criterio no es absoluto. Bien podremos encontrar tanto normas de conducta en la parte orgánica de una constitución como normas de organización en la parte de normas de conducta. Sin embargo, recuérdese que la mayoría de los documentos constitucionales ha reiterado la preocupación de que las normas de conducta sean las que primero se regulen, como adelante explicaremos.

18 Ollero Carlos, El derecho constitucional de la postguerra, Barcelona, Librería Bosch, 1949, p. 22.

19 García Pelayo, Manuel, ob. cit., Derecho constitucional..., *supra* nota 9, pp. 18-19.

Lo anterior sólo nos proporciona un señalamiento formal de la división que presentan las constituciones contemporáneas y también de manera superficial, de su contenido. Sin embargo, es preciso que tratemos de definir desde un ángulo material a la Constitución, como el documento jurídico fundamental que da sustento a toda una normatividad jurídica.

Al analizar el contenido de las constituciones desde una perspectiva general, podemos señalar que su regulación ha cambiado en forma sustancial y depende directamente de la ideología imperante en la época respectiva. De esta manera, en la etapa de gestación de las constituciones contemporáneas, se vivía en un liberalismo absoluto, de acuerdo con el cual se normaban tanto las libertades de los individuos como los derechos que les pertenecían y no podían ser violados. Tiempo después, al iniciarse una etapa de mayor actividad de los órganos estatales, se establecieron limitaciones a las actividades del gobierno, pues su injerencia en la esfera jurídica de los particulares era cada día mayor, no tanto porque hubiera una tendencia hacia la afectación de sus derechos sino más bien porque su actividad resultaba necesaria para los intereses de la sociedad. En época ya más reciente se ha venido considerando la participación rectora del Estado en la economía, por lo que diversas constituciones han consagrado ese principio.²⁰

²⁰ Biscaretti di Ruffia, Paolo, Introducción al derecho constitucional comparado, las formas de Estado y las formas de Gobierno, las constituciones modernas, trad. de Héctor Fix-Zamudio, México, Fondo de Cultura Económica, 1975, pp. 318-319.

Así, vemos que el contenido de las constituciones de una u otra forma se encuentra supeditado a la concepción que de la actividad estatal o de las libertades o derechos fundamentales se tenga en una etapa determinada. Lo más que puede suceder es que se den readaptaciones constitucionales a la vida económico-política de los diversos países.

Desde un punto de vista cuantitativo, el contenido de las constituciones presenta variaciones diversas, y esto ha sucedido así por el cambio que ha habido en la importancia ingente que se otorgó en un principio a los documentos constitucionales. Si la Constitución es el instrumento que da sustento a todo el ordenamiento jurídico, es importante que las instituciones jurídicas esenciales se consagren en él. De esta forma se ha llegado a exageraciones de extensión como la Constitución de la India con 395 artículos y la reciente Constitución de Colombia, de julio de 1991, con 380 artículos y 59 transitorios, o bien, en su contenido como la Constitución de Suiza de 1874, que prohíbe maltratar a los animales que serán sacrificados en los rastros.²¹

Como ejemplo contrario podemos señalar a la Constitución Federal de los Estados Unidos que contenía originalmente 7 artículos,²² que han sido motivo de 22 enmiendas a lo largo de sus más de 200 años de existencia. La importancia de una constitución no radica en su extensión formal ni en su procedimiento dificultado de reforma sino en la existencia de un poder judicial lo suficientemente preparado para darle vida y

21 Véase el artículo 25 bis de la Constitución de Suiza.

22 Aun cuando este articulado es muy extenso ya que cada artículo presenta diversas secciones y éstas a su vez, varios puntos.

actualidad a las normas constitucionales. Ese es el gran secreto de la Constitución norteamericana.

En este sentido, uno de los grandes juristas norteamericanos y que ocupó el cargo de Presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica por mayor tiempo (casi 30 años), John Marshall, sostuvo en un caso importante que una Constitución prolija resulta de difícil comprensión y "la naturaleza de una Constitución requiere, por tanto, que sólo se establezcan sus grandes líneas, que se consignen únicamente sus objetivos principales y que los ingredientes menores que los componen sean deducidos de la naturaleza misma de estos objetivos".²³

Por ello, como lo señala Wheare, "una constitución debe contener lo mínimo y este mínimo traducirse en normas legales".²⁴

Este pensamiento de Wheare nos da pauta para señalar otro aspecto de la normatividad constitucional en su desarrollo legislativo. Si la función principal de las normas constitucionales consiste en consagrar las instituciones jurídicas pero no desarrollarlas, esta labor en consecuencia le corresponde a la legislación secundaria. Las leyes que reglamentan los preceptos constitucionales son las que definen y dan una concepción mucho más amplia a las garantías fundamentales determinadas.

De esta suerte, podemos llegar a sostener que la verdadera importancia en la protección normativa de los derechos fundamentales, en ocasiones no se encuentra en el texto

23 Cfr., Franck, Thomas M., Comparative constitutional process, London, Sweet & Maxwell, 1968, pp. 134-138.

24 Wheare, Karl C., op. cit., Las constituciones..., supra nota 11, p. 38.

constitucional sino, más bien, en las leyes que se expidan para el exacto cumplimiento de la norma constitucional. En algunos otros casos, es mucho más rica la normatividad infraconstitucional que la constitucional, de manera tal que lo que debiera tener una orientación más correcta y protegerse, aun cuando existen atavismos en su contra, es aquella reglamentación pues viene a cumplir, en forma correcta y deseable, un cometido de la seguridad jurídica.²⁵

El último comentario nos llevaría a analizar un principio jurídico pilar del Estado de Derecho Clásico: la legalidad. Este principio tuvo como función el otorgar certeza y estabilidad al derecho, sin embargo, debido a la evolución del constitucionalismo contemporáneo pasó a un segundo término al no cumplir ya con su cometido.²⁶ El recurrir nuevamente a este principio no tiene como objeto revivir su concepto anterior de garantía básica del Estado de Derecho sino el de señalar la función de ley secundaria en la protección de los derechos humanos.

Aunado a lo anterior, no deja de ser más práctico y de mayores resultados el que contando con la experiencia de la jurisprudencia de los Estados Unidos, se dé prioridad o se revitalice la función judicial pues a los jueces son a los que

25 Cfr., Wheare, Karl C., op. ult. cit., p. 9. Si bien Biscaretti di Ruffia señala el efecto contrario al sostener que algunas veces la legislación ordinaria constituye un obstáculo pues los derechos humanos adquieren una importancia de segundo nivel y en ocasiones la legislación no llega a expedirse (sobre esto hablaremos más adelante). Ver Biscaretti di Ruffia, op. cit., Derecho constitucional, supra nota 20, p. 320.

26 Baratta, Alessandro, "El Estado de derecho. Historia del concepto y problemática actual", Sistema, revista de ciencias sociales, Madrid, núms. 17-18, abril 1977, p. 21.

corresponde interpretar las normas constitucionales y velar por el cumplimiento de las mismas a través de una sana y correcta aplicación, sin tener que acudir a la expedición de más leyes.²⁷

Por tanto, dos son los puntos de vista con que se han caracterizado a las constituciones: como documentos legales en cuanto a que dan lugar sólo a cuestiones jurídicas y como documentos que incluyen declaraciones o consagraciones de ideales.²⁸

Es necesario volver al criterio cuantitativo una vez más. Siguiendo la vinculación jurídico-constitucional con la teología -lo cual no deja de ser interesante- también se aplica el anterior criterio en la prolijidad que caracteriza a algunas constituciones, pues el documento constitucional se encuentra mitificado y con justa razón, sin embargo, es tiempo de que se le emplee a desmitificar pues muchas veces hemos visto que no basta la inserción de una institución jurídica para que ésta sea respetada y vista como orden jurídico superior.

No resultan ajenas ni lejanas las ideas que en su tiempo tuvo Fernando Lasalle al considerar que la validez de las decisiones políticas fundamentales no depende de su regulación en la Constitución, a la que consideró como una "hoja de papel",²⁹ ya que los que llama relaciones o factores reales de poder existen al margen del documento formal. Sin embargo, nosotros no

27 Biscaretti di Ruffia, Introducción al derecho constitucional..., ob. cit., supra nota 20, p. 322.

28 Wheare, Karl C., Las constituciones..., ob. cit., supra nota 11, p. 37.

29 Lasalle, Ferdinand, ¿Qué es una Constitución?, introducción de Eliseo Aja, traducción y prólogo de Wenceslao Roces, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 1976, pp. 62-71, específicamente la p. 70.

podemos quedarnos en este punto de vista predominantemente sociológico, pero nos interesa traerlo a colación porque da la pauta para desmitificar a la Constitución en cuanto a la creencia de que si la Constitución se tiene en una gran estima, señalar todas las decisiones políticas fundamentales o cualesquiera otra cuestión, representa su salvaguarda y respeto permanente.

Ahora bien, visto el contenido que han llegado a regular las constituciones y la relevancia que el mismo representa, es necesario considerar uno de sus efectos. Resulta que para que el contenido se mantenga como relevante y sea considerado un principio jurídico trascendente, las normas constitucionales deben revestir una característica que las haga diferentes a las demás disposiciones jurídicas ordinarias. Es respecto de éstas últimas de las que se debe fijar las diferencias pues lo que también se implica es la limitación del poder legislativo como órgano encargado de la expedición de la legislación ordinaria.

Como bien lo señala Wheare, si la Constitución es un instrumento con el cual se controla el gobierno, ese instrumento debe revestir una posición legal superior.³⁰ En el mismo sentido podemos señalar que si ese documento contiene los derechos fundamentales de las personas, debe encontrarse en una situación jurídica relevante que no permita su fácil alteración. No pensar así conduce al absurdo a una Constitución.³¹

La idea que señala Duverger como superlegalidad, que mejor debiera ser de supralegalidad, mantiene otro principio

30 Wheare, Karl C., Las constituciones..., ob. cit., supra nota 11, p. 12.

31 Idem, p. 62.

sustentador. La idea prístina de los documentos constitucionales a nivel moderno se gestó en países donde se empezaba a vislumbrar un sistema o régimen federativo, en el cual los Estados conservaban su autonomía pero siempre en una relación directa con la Federación. Esta relación hacía que la Constitución Federal de los Estados Unidos de Norteamérica se encontrara por arriba de las de los Estados. Esto vino a representar una idea de supralegalidad.

Entonces, si lo que se intenta es diferenciar las normas constitucionales de las ordinarias, así como limitar al poder legislativo, una forma de hacerlo consiste en establecer un procedimiento de reforma diferente y más complicado por medio del cual la reforma a las normas constitucionales no quede sólo en manos del Parlamento, sino de un órgano similar al que dio vida a los textos constitucionales. Esto será motivo de posterior reflexión al hablar de la clasificación de las constituciones en rígidas y flexibles.

Rosta señalar respecto del contenido de las constituciones, que a partir de la segunda posguerra se advierte la consagración de numerosas instituciones constitucionales, en virtud de la tendencia de regular en los que se consideran principios jurídicos fundamentales y específicamente, los derechos humanos tanto en su dimensión individual como colectiva en la primera parte de su articulado, en lo que se conoce como parte dogmática de una Constitución.³² En el mismo sentido, se advierte el desarrollo

32 Ollero Carios, El derecho constitucional..., ob. cit., supra nota 18, p. 24.

más cuidadoso de esta parte dogmática, que supera las simples declaraciones de derechos, para establecer además, los instrumentos de su protección.

V. PREAMBULO DE LAS CONSTITUCIONES

Resulta interesante ver el significado jurídico-constitucional que tienen o pueden tener las declaraciones, las aspiraciones y valores de los derechos humanos que han sido expuestas como introducción a los textos constitucionales. Ya hemos señalado que los documentos constitucionales se dieron en una ideología de veneración y sumo respeto para los mismos; de esta manera, el preámbulo viene a ser el conducto por medio del cual se manifiesta ese respeto y veneración a los derechos.

Existen diversas corrientes doctrinarias respecto al valor jurídico que se le pueda dar a un preámbulo. Puede sostenerse que no forma parte de la Constitución y que no es un elemento relevante. También ha llegado a considerarse que sólo representa una expresión ideológica del texto. Por último, hay quienes afirman que forma parte integrante del texto constitucional y por ello participa de las características del mismo.³³

Parece lógico que los preámbulos no contengan normas legales o criterios de normación de la conducta humana, toda vez que ello es motivo del contenido jurídico propio del texto de la

33 Josephat Marinho en su artículo "Conteúdo e valor jurídico do preâmbulo das constituições", publicado en la Revista da Faculdade de Direito, Brasil, vol. XXVIII, enero-diciembre 1953, pp. 190-192, señala los argumentos correspondientes a estas tres tendencias.

Constitución. Si ese fuera el caso, bastaría con que el preámbulo formara parte del articulado de la Constitución, sin embargo, como adelante veremos, esto puede ser más complejo.

Ahora, trataremos de determinar si el preámbulo es parte de la Constitución. Dijimos que si tuviera contenido jurídico estaría en el articulado de la Constitución; así pues, de primera instancia podemos sostener que sí forma parte de la Constitución pero no de su aspecto jurídico, sino más bien, de su parte expositiva o declarativa.

En este sentido, y ahondando un poco más, se ha llegado a sostener por los positivistas, que el preámbulo no tiene contenido legal pues no puede ser exigido ante los tribunales. Pero, como señala Carl J. Friedrich, también existen disposiciones legalmente relevantes que no son exigibles por la vía judicial.³⁴

Si se considera que el preámbulo forma parte de la Constitución, pero no de su sector normativo, dado que su razón de ser es más bien declarativa y expositiva,³⁵ existen opiniones diversas en cuanto a que el preámbulo debiera o no preceder a una Constitución. A este respecto, sostiene Wheare que sería totalmente austera una Constitución que se redujera a "una

34 Friedrich, Carl Joachim, Gobierno constitucional..., ob. cit., supra nota 14, pp. 331-333.

35 Como ejemplo tenemos el preámbulo de la Constitución de los Estados Unidos de América: "Nosotros el pueblo de los Estados Unidos, con miras a formar una unión más perfecta, instaurar la justicia, asegurar la tranquilidad interna, proveer para la defensa común, promover el bienestar general, y garantizar las bendiciones de la libertad para nosotros mismos y para nuestros descendientes, ordenamos y establecemos esta Constitución para los Estados Unidos de América", La Constitución de los Estados Unidos de América, Servicio informativo y cultural de los Estados Unidos, 1987.

afirmación escueta de las normas que establecen las principales instituciones políticas de un Estado", por lo que resulta posible y además deseable establecer un preámbulo que de suyo no forma parte de la Constitución ni de la ley.³⁶

Sin embargo, páginas adelante Wheare expone la perspectiva inglesa de la ley constitucional con la que él coincide y señala que aunque un preámbulo resulta interesante y adecuado, una Constitución es un documento legal y como tal, el lenguaje que se emplee debe evitar la ambigüedad, la emotividad y lo tendencioso. Agrega el mismo argumento que sostuvimos en relación con la razón de ser del preámbulo y afirma que si una Constitución ha de ser respetada y venerada, deberá excluirse de su contenido todo aquello que no sea norma legal.³⁷

La excepción al contenido de los preámbulos la representan las Constituciones francesas que cuentan con una tradición liberal de la defensa de los derechos humanos. Recuérdese la influencia que tuvo la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789. Pues bien, esta tradición no podía quedar excluida en las constituciones francesas de 1791, 1793, 1848, que consagraron dichas declaraciones, situación que no aconteció con las constituciones de 1852, 1875, 1946 y 1958.

La constitución de 1852 fue la primera en anunciar en una forma breve pero expresa que "reconocía, confirmaba y garantizaba los grandes principios proclamados en 1789" y que los adoptaba como "base del derecho público de los franceses" (artículo 1).

³⁶ Wheare, Karl C., Las constituciones..., ob. cit., supra nota 20, pp. 53-54.
³⁷ Idem, pp. 54-55.

La de 1875 no señala algo al respecto, y por tanto es omisa en esta cuestión. Esto, consecuentemente, dio motivo a un debate doctrinario que se sostuvo en ese entonces y al cual hace referencia Carré de Malberg.³⁸

Algunos autores, encabezados por M. Duguit, sostuvieron que no importaba que la Constitución no hiciera referencia alguna a la declaración de derechos de 1789, pues ésta tenía un carácter superior a todas las demás leyes. De esta forma, si se llegara a dictar una ley en contravención a lo que dispone la declaración de 1789, sería una ley inconstitucional.

Se justificaba esta opinión con el argumento de que los hombres de la Revolución tuvieron como base primaria y condición previa de la Constitución, a la declaración de derechos. En virtud de este mismo razonamiento, el que no apareciera la declaración de derechos no significaba que quedó abrogada por la Constitución de 1875.

La opinión contraria, encabezada por A. Esmein, afirma que la declaración de derechos de 1789 había sido reemplazada por la contenida en las Constituciones de 1791, 1793 y 1848. En este sentido, no podía llegarse a sostener que la declaración de 1789 estuviera por encima del documento constitucional y tuviera una fuerza, inclusive, superior a éste.

Sostuvo terminantemente este sector de la doctrina que la declaración formó parte integrante de la Constitución de 1791 y por tanto desapareció junto con la Constitución y sólo sirvió de

38 Carré de Malberg, R., Contribution à la théorie générale de l'Etat, Paris, Recueil Sirey, 1920, t. I, pp. 579-580.

base a las constituciones futuras, pero tan sólo como un aporte dogmático de declaraciones filosóficas. Por tanto se negaba todo valor jurídico a la declaración pues la consideraban como una manifestación de principios.

La propia evolución constitucional de Francia se encargó de dar respuesta a esta disputa, inclinándose por el primer criterio expuesto, como más adelante veremos.

Respecto de las dos últimas Constituciones, la de 1946 y la de 1958, conviene hacer las siguientes precisiones. Aun cuando Carl J. Friedrich señala que el preámbulo de la de 1946 contiene en forma íntegra una declaración de derechos,³⁹ se hace una remisión expresa a los derechos del hombre conforme la declaración de 1789, pero no se reproducen.⁴⁰ Es más, la de 1946 contiene una declaración expresa de derechos sociales pero no individuales. El preámbulo de esta Constitución contiene básicamente tres elementos:

- a) una reafirmación solemne de los derechos y las libertades de 1789,
- b) una referencia a los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República y
- c) una proclamación de principios "particularmente necesarios en nuestros tiempos".

39 Friedrich, Carl Joachim, Gobierno constitucional..., ob. cit., *supra* nota 14, pp. 331-332.

40 El texto dice: El pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los Derechos del Hombre y a los principios de soberanía nacional, tal como han sido definidos por la declaración de 1789, confirmada y completada por el preámbulo de la Constitución de 1946.

Por su parte el preámbulo de la Constitución de 1958 además de escueto,⁴¹ ya no habla de los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República y reenvía al preámbulo de la Constitución de 1946 y a la declaración de derechos del hombre de 1789.

De esta forma, el preámbulo de las dos Constituciones francesas más recientes posee relevancia jurídica y así lo han señalado dos organismos franceses importantes: el Consejo Constitucional y el Consejo de Estado.

El Consejo Constitucional estableció de manera expresa el valor jurídico de los preámbulos de las Constituciones de 1946 y 1958 por medio de la resolución de 16 de julio de 1971 sobre la libertad de asociación.⁴²

Dicha resolución reconoce la función protectora del Consejo respecto a los derechos y las libertades; que se apoya en el valor jurídico de los mencionados preámbulos, lo que ha permitido acrecentar su prestigio.

La solución que el Consejo de Estado ha dado a esta problemática ha sido variante. En un primer momento el juez administrativo le reconoció un valor constitucional limitado al preámbulo. Con posterioridad, lo ha utilizado para limitar la acción de los poderes públicos, situación que presenta las siguientes hipótesis.

41 Lo que ha propiciado que se le llegue a llamar "Preamble-croupion" por Jean Rivero. *Cfr.*, Batailler, Francine, Le conseil d'état juge constitutionnel, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1966, p. 104.

42 *Cfr.*, Favoreu, Louis y Philip, *Léon, Les grandes décisions du conseil constitutionnel*. 2a. ed., Paris, Sirey, 1979, p. 251.

En un primer momento, el juez administrativo se rehusaba a citar expresamente el preámbulo para no tener que tomar una posición con respecto al mismo. Después, hace ya una remisión expresa al preámbulo y sólo con posterioridad le ha otorgado a su contenido el carácter de reglas jurídicas. Finalmente, las últimas resoluciones del Consejo de Estado han sido en el sentido de considerar al preámbulo como una fuente de los principios generales del derecho.⁴³

Este último criterio del Consejo de Estado ha tenido tres consecuencias. La primera es que dicho tribunal ha aplicado estos principios a las controversias que le son planteadas; la segunda es que por medio de estos principios se ha otorgado valor legislativo a la declaración de derechos de 1789,⁴⁴ y la tercera viene a ser la circunstancia de que por virtud de esta labor el Consejo de Estado es considerado como un juez constitucional.⁴⁵

43 Véase Batailler, Francine, Le Conseil d'Etat..., ob. cit., supra nota 41, pp. 104-118.

44 El criterio que sostuvo el Consejo Constitucional en este sentido se encuentra ejemplificado en la resolución de 16 de julio de 1971 donde consideró que un artículo de una ley expedida por las cámaras del Parlamento lesionaba uno de los derechos fundamentales de la persona humana consagrados en la Declaración de Derechos de 1789, complementados en la Constitución de 1946 e incorporados a la Constitución de 1958 mediante su preámbulo. Cfr., Robert Jacques, "Propos sur le sauvetage d'une liberté, Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger, París, septiembrediciembre de 1971, pp. 1171-1203.

45 Cfr., Fix-Zamudio, Héctor, La Constitución y su defensa (ponencia general) en La Constitución y su defensa, México, UNAM, 1984, p. 55.

VI. DECLARACIONES DE DERECHOS

El preámbulo de las constituciones es una declaración más axiológica que jurídica, que comúnmente se incluye al inicio del texto constitucional como teleología o razón de ser del mismo documento y que en algunos casos llega a tener una relevancia jurídica.

Por otro lado, las declaraciones de derechos son manifestaciones que también se ubican al inicio de las constituciones, sin embargo, presentan las siguientes diferencias. Desde un punto de vista formal, se insertan con posterioridad a los preámbulos, pero si carecen de ellos, se encontrarían al inicio del documento fundamental. Además, la extensión de las declaraciones de derechos es mucho más amplia que la de los preámbulos.

Desde un punto de vista material, resulta, jurídicamente hablando, más relevante la declaración de derechos que el preámbulo. Veamos porqué.

Las declaraciones de derechos contienen una enunciación, que en un principio se caracterizó por ser somera, de los derechos que irrenunciablemente tiene toda persona, a semejanza de los documentos ingleses expedidos (Bill of Rights), los norteamericanos (cartas de las colonias), así como la no menos famosa declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano. En ese entonces, la idea que prevalecía era la de consagrar en un documento aquellas prerrogativas que debían considerarse invulnerables ante cualquier acto de autoridad.

Los derechos enunciados en las declaraciones son de primordial trascendencia, como se demuestra con la enumeración de algunos de ellos, como los relativos a la vida, la libertad, la propiedad y la integridad personal, que pertenecen a la llamada primera generación. Posteriormente, se adicionaron los derechos de la segunda generación, como los económicos, sociales y culturales en esta misma línea, tiempo después se agregaron los derechos de la tercera generación como los de acceso a la justicia, la protección del medio ambiente, el derecho a la paz, etcétera.

Esta diferencia de contenido de alguna manera ha sido expuesta por algunos tratadistas, como André Hauriou, quien señala a la declaración de derechos como una enumeración de artículos y al preámbulo como una exposición de carácter literario.⁴⁶

Hablando de diferencias conviene hacer la distinción entre las declaraciones y las garantías de los derechos. Esta última viene a comprender los instrumentos jurídicos que se establecen para la defensa y protección de los derechos expuestos en las declaraciones correspondientes.⁴⁷ Claro que esta concepción no es el concepto actual de las garantías constitucionales, pero sí viene a ser una primera acepción.

46 Ver Hauriou, André, et al., Derecho constitucional..., ob. cit., SURKA nota 5, pp. 228-229.

47 Ver Ollero, Carlos, El derecho constitucional..., ob. cit., SURKA nota 18, p. 50.

Aun cuando ya hemos señalado la importancia que tienen las declaraciones de derechos, conviene hacer algunas precisiones en relación con el valor jurídico de las mismas.

Algunos tratadistas, entre ellos Esmein, niegan el significado normativo que pudieran tener las declaraciones de derechos, en el sentido de que los principios que en ellas se enuncian se hacen de forma vaga y por lo mismo, dicho autor sólo concede valor jurídico a las garantías de derechos establecidas en las constituciones.⁴⁸ Nosotros, nos apartamos completamente de esta concepción.

Más bien seguimos a otros dos distinguidos juristas. Por un lado, Carl Schmitt señaló como significación histórica y jurídica de las declaraciones, los principios que consagran sobre los que descansa la unidad política de un pueblo y, que confieren una orientación al destino de un país.⁴⁹

Por otro lado, al argumento de que las declaraciones sólo contienen un valor filosófico y moral, y por ello no pueden ser invocadas por los ciudadanos, ha sido rebatido por Maurice Duverger el cual afirma que los derechos que contienen pueden exigirse ante los tribunales, ya que se encuentran incorporadas a las constituciones y por lo tanto participan de su naturaleza y no puede excluirse su cumplimiento.

En cuanto a los antecedentes de las declaraciones de derechos, diversos juristas señalan una como tradición común, que

48 Cit. por Hauriou, André. et al., Derecho constitucional..., ob. cit., supra nota 5, pp. 244-245.

49 Schmitt, Carl, Teoría de la Constitución, México, Editora Nacional, 1981, pp. 186-187.

se apoya en la ideología constitucional imperante en las colonias inglesas al iniciarse la guerra de independencia y en su posterior organización política con base en documentos fundamentales.

En efecto, Duverger, Hauriou y Schmitt coinciden al señalar esta tradición norteamericana, pero sus criterios son divergentes en cuanto al señalamiento de lo que puede considerarse como primera declaración de derechos. Hauriou y Schmitt señalan que la primera fue la declaración de derechos del Estado de Virginia, del 12 de junio de 1776, en cambio, Duverger cita la del Estado de Massachusetts de 1780.

La declaración de derechos de Virginia fue adoptada por una convención (procedimiento que en esa entonces se consideró más oportuno y que siguieron los demás Estados al momento de expedir su Constitución) el 12 de junio de 1776. Esta convención propuso por primera vez que se adoptara una declaración de independencia y el nombramiento de una comisión que elaborara una declaración de derechos.⁵⁰

Esta última fue redactada principalmente por George Mason, pero también intervinieron James Madison, Thomas Jefferson y Patrick Henry.

Como fuentes de esta declaración pueden señalarse la influencia de la Declaración de derechos inglesa de 1689 y la Declaración y Resoluciones del Primer Congreso Continental

50 En adelante nos basaremos en la estupenda obra de Perry, Richard L., Sources of our liberties. Documentary origins of individual liberties in the United States Constitution and Bill of Rights, con supervisión general de John C. Cooper, New York, American Bar Foundation, 1952, pp. 301-312.

norteamericano. Este documento fue uno de los más importantes inspiradores de las primeras diez enmiendas de la Constitución Federal, así como de las siguientes declaraciones de derechos.

En efecto, le siguieron las declaraciones de derechos de Pennsylvania (16 de agosto de 1776); Delaware (11 de septiembre de 1776); Maryland (3 de noviembre de 1776); North Carolina (14 de diciembre de 1776); Vermont (8 de julio de 1777), y Massachusetts (15 de junio de 1780) .

Esta declaración de Virginia contiene 16 secciones (artículos) y entre los derechos que consagraba se encuentran los siguientes: igualdad entre los hombres (artículo 1); el poder deriva del pueblo (artículo 2); los cargos públicos no son hereditarios (artículo 4); las elecciones deben ser libres (artículo 6); no se pueden suspender las leyes sin el consentimiento de los representantes del pueblo (artículo 7); derechos del procesado (artículo 8); libertad de prensa (artículo 12) y libertad de religión (artículo 16).

Respecto a la declaración de derechos de Massachusetts, Duverger la califica como la primera declaración de derechos en sentido estricto en virtud de la originalidad del método con que fue elaborada y adoptada. Se partió de la idea de que los derechos fundamentales se apoyaban en la voluntad del pueblo y por ello se eligió popularmente un cuerpo de delegados, a fin de que redactaran la Constitución y que debía ser ratificada por el pueblo. Este fue el procedimiento que se siguió con la Constitución Federal de 1787.

Por lo que hace al contenido de esta declaración, desarrolla los derechos ya enumerados en la declaración de Virginia y en las subsiguientes.

No obstante este origen común, la historia y la evolución constitucional nos han enseñado que no todos los países tienen un pensamiento constitucional uniforme, prueba de ello es la diferente manera en que tres países de gran tradición publicista como Gran Bretaña, Estados Unidos y Francia, han contemplado la declaración de derechos.

A) Gran Bretaña

Por su lado Gran Bretaña tiene una tradición muy peculiar al respecto. Podemos sostener que actualmente no cuenta con una declaración de derechos (Bill of Rights) que permita agrupar los derechos fundamentales de los ingleses en un solo documento. Esto no quiere decir que no se hubiesen realizado intentos para establecer una declaración. Con frecuencia vuelve a surgir esta idea, debido a la tendencia de darle a este país una constitución escrita.

Debe tomarse en consideración que la historia constitucional inglesa ha producido varios documentos que agrupan diversos derechos fundamentales, recuérdese, por ejemplo, la Magna Carta de 1215 o la Declaración de derechos de 1689, las cuales, inspiraron parcialmente las primeras constituciones y declaraciones de derechos norteamericanas.

Nos atrevemos a señalar que se carece hoy en día de este documento porque, como bien lo señala Joseph Jaconelli, la Magna Carta y la Declaración de derechos fueron documentos de trascendencia en una época en la que se luchaba contra la monarquía, lo cual hoy carece de importancia. Además, las disposiciones de la Magna Carta han sido adoptadas por los abogados e inclusive han llegado a formar parte de sus argumentos, pero en una forma ambivalente. Es decir, las disposiciones son tan oscuras y vagas, como la cláusula 29, que pueden ser el apoyo tanto del abogado defensor como del juez en su decisión.⁵¹

Lo mismo puede decirse de la Declaración de derechos de 1689, la que en muy pocos casos se invoca.⁵²

Fuera de esto, también hay que tomar en cuenta algunos atavismos o criterios históricos que llevan a cuestionar el establecimiento de una moderna declaración de derechos en Gran Bretaña. Se cita frecuentemente, dentro de los argumentos antiformalistas, que de llegarse a establecer un documento, sucedería lo que con los dos documentos apenas señalados, en el sentido de que quedarían obsoletos al poco tiempo.⁵³

Por otro lado, se aducen argumentos más sólidos como el expresado por A. V. Dicey, quien sostuvo que "los principios generales de la Constitución son el resultado de las decisiones judiciales que determinan los derechos de las personas privadas

51 Véase Jaconelli, Joseph, Enacting a Bill of Rights. The Legal Problems, Oxford, Clarendon Press, 1980, pp. 16-17.

52 Idem, p. 17.

53 Idem, p. 16.

en casos particulares llevados ante las cortes".⁵⁴ De esta manera, los derechos fundamentales están mejor protegidos en los litigios basados en el derecho judicial (common law) que en una declaración.⁵⁵

Además, no puede dejarse a un lado el sistema parlamentario en el que vive Gran Bretaña. En este sentido, no se puede romper con la tradición de la expedición de leyes o de su reforma por parte del Parlamento para la resolución de algunas controversias jurídicas importantes. El establecimiento de una declaración de derechos llevaría a la proclamación de derechos en sentido general lo que tendría que adecuarse no por el Parlamento sino por el poder judicial,⁵⁶ y recuérdese que "No act of the Queen-in-Parliament may be held invalid by a court of law".

Por otra parte, algunos autores han considerado que la Convención Europea sobre Derechos Humanos⁵⁷ ratificada por Gran Bretaña,⁵⁸ pudiera servir como declaración de derechos para ésta última. Sin embargo, se han hecho varias objeciones.

El gobierno de Gran Bretaña se ha negado, formalmente a partir de 1966, a considerar que la Convención Europea tiene fuerza de derecho interno en su país, a pesar de las

54 Véase Dicey, A. V., Introduction to the Study of the Law of the Constitution, 9a. ed., London, MacMillan and Co., Limited, 1950, p. 195.

55 Cfr., Jaconelli, Joseph, Enacting a bill..., ob. cit., MURKA nota 49, p. 13.

56 Idem, p. 15.

57 Firmada en Roma el 4 de noviembre de 1950 y en vigor a partir del 3 de septiembre de 1953 después de haberse depositado diez ratificaciones en la Secretaría General del Consejo Europeo.

58 Gran Bretaña ratificó la convención el 22 de febrero de 1951 y depositó la ratificación el 8 de marzo del mismo año. El derecho de petición individual (art. 25) y la aceptación de la competencia obligatoria de la Corte Europea de Derechos Humanos, se hicieron el 14 de enero de 1966.

disposiciones concretas que aparecen en el mismo texto de la convención, por ejemplo, el artículo I que dispone: "Las partes contratantes deben asegurar a toda persona dentro de su jurisdicción, los derechos y libertades definidas en la sección I de esta convención". En este sentido el artículo 13 previene que: "Todo aquél a quien los derechos y libertades establecidos en esta convención sean violados, debe tener un recurso efectivo ante una autoridad nacional señalando que la violación fue cometida por personas con capacidad oficial". Autores como Thomas Buergenthal ven en este último artículo la obligación de los Estados contratantes de transformar las disposiciones de la Convención, en derecho interno aplicable.⁵⁹

La fundamentación de la negativa de la Gran Bretaña se apoya en las incompatibilidades que existen entre diversas disposiciones de la convención y su legislación interna. Así, la tortura de acuerdo al artículo 3 de la convención, constituye un asalto bajo su Ley de Ofensas contra la Persona de 1861. Del mismo modo, no hay esclavitud para el propósito del artículo 4 de la convención. El Parlamento es competente para establecer legislación criminal ex post facto, contrariamente a lo dispuesto en el artículo 7 de la convención.

Por nuestra parte consideramos aplicable el criterio de que existe obligación por parte del Estado contratante de cumplir con el objeto del convenio internacional y adoptar los criterios que se señalan en el documento internacional a su legislación

⁵⁹ Véase Buergenthal, Thomas, "The Effect of the European Convention on Human Rights on the Internal Law of Member States" International and Comparative Law Quarterly, parte II de 1965, pp. 79 y 82.

interna. Sin embargo, casos como el presente hacen ver que debe existir un mayor desarrollo legislativo internacional en relación con este tema de la recepción de normas internacionales en el derecho interno.

Otras objeciones a la adopción de la Convención Europea sobre Derechos Humanos como declaración de derechos, son las siguientes:

Algunos de los derechos garantizados a las personas por la Convención, son ajenos al contexto social británico, porque muchas de las disposiciones de la convención no tienen avance alguno en relación con el derecho inglés. Pocos de los derechos pueden ser absolutamente garantizados y, además no existe una disposición en la convención, a semejanza de la enmienda 9 de la Constitución de Estados Unidos, por la que existan derechos y libertades implícitos.⁶⁰

B) Estados Unidos

El caso norteamericano también presenta sus peculiaridades. Como ya señalamos anteriormente, las primeras declaraciones de derechos en sentido moderno son las que expidieron los Estados integrantes de la Unión norteamericana. Es importante considerar que estas declaraciones de derechos fueron aprobadas con antelación al texto mismo de la Constitución, inclusive en algunas ocasiones, el documento constitucional se presentó a la convención respectiva primero que la declaración de derechos, sin

⁶⁰ Cfr., Jaconelli, Joseph, Enacting a Bill..., ob. cit., SUPRA nota 49, pp. 277-281.

embargo, al aprobarse estos documentos, la declaración de derechos apareció en primer término.

La situación presenta un matiz diferente en relación con la Constitución Federal de Estados Unidos de 17 de septiembre de 1787. Para empezar, se invierte lo acontecido en los Estados, es decir, la declaración de derechos se aprobó con posterioridad al texto completo de la Constitución, para ser exactos, hasta el 19 de diciembre de 1791.

Lo que a primera vista parece extraño es porqué si se tenía la experiencia de los Estados y, sobre todo, tomando en cuenta la importancia de una declaración de derechos, se vino a insertar en una fecha tan posterior.

Los debates sostenidos en la Convención Constitucional de Filadelfia nos muestran que se hicieron varios intentos por incorporar si no toda una declaración de derechos, al menos una parte de ellos. George Mason, creador de la declaración de derechos de Virginia, se pronunció porque la Constitución fuera precedida por una declaración de derechos. Esta propuesta fue acogida por varios constituyentes y además se propuso el nombramiento de una comisión para que redactara dicha declaración, pero estas propuestas fueron rechazadas.⁶¹

Los criterios sostenidos para la no inclusión de una declaración principalmente eran dos:

a) No existía duda alguna en cuanto a que los individuos debían gozar de ciertas libertades similares a las consagradas en

61 Ver Perry, Richard L., Sources of Our Liberties..., ob. cit., SUPRA nota 50, p. 405.

Constituciones de los Estados, por lo que no era necesario discutir sobre este tema ya que existían materias más controvertibles que atraían la atención de los delegados.

b) Las declaraciones de derechos no tenían porqué ser repetidas en la Constitución Federal puesto que bastaba con las ya existentes en los Estados en los cuales las libertades de los ciudadanos podían ser protegidas.⁶²

Ahora bien, aun cuando la declaración de derechos no se logró consagrar en el texto de la Constitución Federal, ésta última presenta algunas disposiciones que reconocen importantes libertades de los ciudadanos.⁶³ Por ejemplo, el derecho a juicio por un jurado establecido por el artículo III, sección 2, párrafo tercero; el crimen por traición se regula en el mismo artículo pero en la sección 3; el writ of habeas corpus se consagra en el artículo I, sección 9, párrafo segundo y la prohibición del Bill of a Atainder y ex post facto law se regularon en el mismo artículo y misma sección, pero en el párrafo tercero.

Pues bien, las diez primeras enmiendas a la Constitución Federal que se conocen comúnmente como la declaración de derechos, fueron el producto no de la insistencia en su incorporación sino más bien, de la ratificación del texto mismo de la Constitución. En efecto, la mayoría de los Estados que contaban con una declaración de derechos y conocían su importancia, al momento de ratificar la Constitución se dieron cuenta de que la Carta Federal carecía de ella, por lo que al

62 Idem, p. 320.

63 Idem, pp. 309 y 405.

realizar su ratificación señalaron una serie de enmiendas que tendrían que llevarse a cabo en forma inmediata. Algunos Estados como Virginia, New York y Rhode Island llegaron a aprobar una declaración de derechos. Otros argumentos que se expusieron para oponerse a la aceptación de la Constitución Federal señalaban que el Presidente de la República tenía excesiva independencia, que el Senado era muy aristocrático y que el Congreso de la Unión tenía demasiadas facultades.

Cabe señalar que en este tiempo fue muy importante la labor que desarrollaron tres ilustres constitucionalistas norteamericanos en los periódicos de Nueva York y que se reunieron después con el nombre de El Federalista, para que los Estados que no habían ratificado la Constitución se dieran cuenta perfectamente de la importancia de hacerlo.⁶⁴

El primer Estado en ratificar la Constitución fue Delaware el 7 de diciembre de 1787, el último Rhode Island, en mayo de 1790, sin contar a Vermont que lo hizo en enero de 1791, pues todavía no era parte de la Unión.

Quien elaboró un proyecto de declaración de derechos fue James Madison, basándose en las declaraciones de derechos de los Estados y sobre todo en la de Virginia que era su Estado natal. Una comisión analizó y aprobó 17 de las reformas redactadas por Madison, las cuales fueron enviadas al Congreso Federal que aprobó 12 el 25 de septiembre y las sometió a la ratificación de los Estados. A final de cuentas las reformas aprobadas fueron 10.

64 Hamilton, Madison y Jay, El Federalista, 3a. reimpresión de la 1a. edición en español, México, Fondo de Cultura Económica, 1982.

Las dos reformas rechazadas por los Estados consistían en un cambio en el número de miembros de la Cámara de representantes, pues se proponía que de no más de un representante por cada 30,000 habitantes, uno por cada 50,000 personas. La segunda en que el congreso no podía cambiar la retribución de sus miembros antes que se celebrara una elección de representantes.

Por fin, las reformas entraron en vigor el 15 de diciembre de 1791, con lo cual la Constitución cuenta con una declaración de derechos que también en forma peculiar se encuentra en forma de suplemento al final de la Constitución, a propuesta de Roger Sherman de Connecticut, y ésta es la forma que se ha seguido con las reformas posteriores.

VII. CLASIFICACION DE LAS CONSTITUCIONES

Este apartado pareciera ser a primera vista un tanto ocioso, ya que con independencia de la categoría que represente una constitución dentro de algún lineamiento estructural, su contenido viene a ser el mismo. Lo que sucede es que para los efectos de esta sencilla investigación, puede ser provechoso utilizar los numerosos ensayos de clasificación realizados. Además, no podrá negarse que de acuerdo con las características de una constitución, se puede determinar la tendencia que sustenta un gobierno en un momento dado.

De esta forma, un sistema parlamentario más bien tendrá una constitución que la permita modificarla en forma sencilla, lo cual no acontecería en un sistema presidencial. En fin, no deja

de ser importante que veamos las clasificaciones que se les han dado a los documentos fundamentales.

Como lo señala Wheare, la clasificación de una constitución nos demuestra su adecuación en el funcionamiento de un sistema de gobierno, lo que a su vez nos permite observar el papel que la misma juega.⁶⁵

Son numerosas las clasificaciones⁶⁶ de manera que se dividen en tradicionales y modernas. En el primer aspecto quedan comprendidas aquellas que se apoyan en forma exclusiva en el texto constitucional. El segundo aspecto hace referencia a consideraciones fuera del texto, es decir, a su proyección en la comunidad.

Así, podemos ver que un primer intento de clasificación fue el que consideró a las constituciones como escritas y no escritas, esto a raíz de que las reglas que se habían asentado en una sociedad requerían de su firmeza en el sentido de incorporarse en un documento para poder permanecer y ser invocadas en forma más precisa. Además las costumbres constitucionales han determinado en algunos casos que las normas queden petrificadas en el papel, lo cual nos parece hasta cierto punto paradójico ya que en esos sistemas jurídicos la Constitución se reduce a una fuente subsidiaria del derecho.

No es de dudarse al gran desarrollo que tuvieron este tipo de constituciones en los albores del pensamiento liberal. En

65 Wheare, K. C., Las constituciones, ob. cit., supra nota 11, pp. 34-35.
66 Baste señalar, en forma de ejemplo, las realizadas por Bryce, Wheare, Strong, Smith, Wolf-Phillips, Bidart Campos, etcétera. Cfr., Carpizo, Jorge, "La clasificación de las constituciones. Una propuesta", Estudios constitucionales, 2a. ed., UNAM, México, 1983, pp. 403-415.

aquél entonces, debido a la caída de un régimen y al surgimiento de otro, era necesario dejar sentado por escrito las nuevas bases que regirían, por un lado, las actividades del gobierno y, por otro, los derechos inherentes a las personas.

Aunado a ello, muchos pensadores liberales dejaron prueba de su inquietud y llegaron a considerar a la constitución como solución a todos los problemas económicos, sociales y políticos, para lo cual hicieron una gran labor de difusión apoyándose en el tema: "constitución o muerte".⁶⁷

Sin embargo, tiempo después, a medida que el pensamiento liberal fue rebasado por las nuevas ideas sociales, la concepción de la constitución se empezó a desvalorizar. Con ello, los problemas políticos también quedaron atrás para dar paso a los problemas económicos y sociales, los que más tarde se reflejan en el texto de las Constituciones.

Así las cosas, el documento escrito ya no cumplía su función de distribución o limitación del poder. En muchas ocasiones la constitución fue utilizada como un ropaje que encubría regímenes autoritarios, por lo que, como señala Karl Loewenstein, "se ha convertido en un instrumento para la opresión".⁶⁸ Con esto, también se dieron las prácticas constitucionales que en ocasiones llegaban a contradecir en forma directa lo preceptuado por las constituciones.⁶⁹

67 Miranda González, José, "El papel de la constitución en la vida política y social contemporánea", Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México, México, año VII, núms. 20-21, mayo-diciembre 1954, pp. 65-66.

68 Loewenstein, Karl, Teoría de la Constitución, ob. cit., *supra* nota 2, pp. 213-215.

69 Hauriou, André et al., Derecho constitucional..., ob. cit., *supra* nota 5, pp. 355-357.

Un caso distinto es el de la Gran Bretaña, que como ya hemos señalado con anterioridad, no cuenta con un documento fundamental escrito, pero sí con leyes ordinarias y prácticas constitucionales también recogidas en documentos que nos hacen concluir que posee una constitución material.⁷⁰

Algunos consideran que este país en realidad no tiene derecho constitucional sino el poder arbitrario del Parlamento⁷¹ lo cual no deja de tener algo de razón.

En efecto, uno de los argumentos expuestos para afirmar que la Gran Bretaña no cuenta con una constitución escrita radica en que un documento constitucional debe reglamentar una nueva organización política, lo cual no aconteció en Gran Bretaña, pues a lo largo del tiempo lo que se dieron fueron restauraciones políticas y cuando pudo haberse dado una nueva organización, sus pasos la llevaron a sostener la supremacía del Parlamento y con ello no se podía limitar el poder de éste último con una constitución escrita. Además, tampoco fue necesaria la constitución porque no es un país federal, toda vez que las uniones de Escocia y Gales se hicieron bajo el régimen de un sólo Parlamento, por lo que no era necesario dejar determinadas las competencias que pudieran tener los otros parlamentos, que fueron disueltos.⁷² A pesar de todo ello no existe impedimento jurídico alguno para que se elabore una constitución escrita, la cual podría ser reformada por las decisiones del Parlamento.

70 Loewenstein, Karl, Teoría de la constitución, ob. cit., pp. 207-208.

71 W. I. Jennings, The Law and the Constitution, Londres, 1945, p. 64.

72 Wheare, K. C., Las constituciones..., ob. cit., supra nota 11, pp. 14-17.

Cabe aclarar que el sistema jurídico de Gran Bretaña es muy peculiar, dado que la costumbre juega un papel muy importante da lugar a dos clases de normas jurídicas: las "reglas jurídicas" cuya violación puede ser sancionada por los jueces y las "convenciones de la Constitución" que son usos obligatorios, pero cuya violación no puede ser conocida por los tribunales.⁷³ Al respecto, Wheare denomina "normas legales" a aquellas que los tribunales reconocen y aplican y "normas extralegales" a los usos o costumbres que los jueces no reconocen como ley y no aplican, pero que tienen la misma efectividad que las normas legales.

Quizá la situación especial de este país pudiera resumirse de acuerdo con lo afirmado por Wheare: no es que Gran Bretaña tenga una constitución no escrita sino, más bien, es que no se ha escrito la constitución.⁷⁴

Conviene recordar que las constituciones escritas por constar generalmente en un documento presentan características que las diferencian de las restantes normas ordinarias. De esta manera, estas constituciones se apoyan en los principios de suprallegalidad y rigidez.⁷⁵

También existe el criterio, de que las constituciones pueden clasificarse en rígidas y flexibles, lo que depende de que la constitución pueda reformarse por el mismo procedimiento que se utiliza para cualquier disposición legislativa (flexible) o bien,

73 Duverger, Maurice, Instituciones políticas y..., ob. cit., supra nota 4, pp. 248-249.

74 Wheare, K. C., Las constituciones..., ob. ult. cit., p. 19.

75 Véase Hauriou, André, et al., Derecho constitucional..., ob. cit., supra nota 5, pp. 359-360.

requiera un procedimiento especial y que sólo puede ser llevado a cabo por un órgano específico (rígidas).⁷⁶

Esta clasificación fue expuesta por el jurista inglés James Bryce quien sostuvo en un principio otros términos análogos como los de "estables" y "fluidos".

El mismo Bryce al explicar las ventajas y posibles inconvenientes que puede tener esta clasificación sostuvo que una constitución rígida por el hecho mismo de la dificultad de su reforma puede resistir una presión social y política tenue, pero no así una presión de envergadura mayor, pues en este caso puede producir un serio enfrentamiento. Sin embargo, una constitución flexible debido a que puede ser fácil y rápidamente modificada, puede satisfacer las presiones políticas y sociales que sean demandas populares, aunque esto último también puede llevar al absurdo de querer modificar a cada momento la constitución.⁷⁷ Por lo tanto, ambos tipos de constitución tienen sus ventajas e inconvenientes aunque hay que dejar señalado que en la historia constitucional comparada la mayoría de los países han adoptado una constitución escrita y rígida.⁷⁸

De esta manera podemos ver que las constituciones rígidas presentan como características importantes la precisión en el contenido de las normas y una estabilidad política. Aun cuando hay que tomar en cuenta, como lo señala Bryce, que la estabilidad más bien depende de las fuerzas sociales, económicas y políticas

76 Esta es la clásica división propuesta por James Bryce. Cfr., su obra Constituciones flexibles y constituciones rígidas, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, Civitas, 1952, pp. 19-26.

77 Bryce, James, Constituciones flexibles..., ob. ult. cit., pp. 56-60.

78 Idem, pp. 164-165.

que sostienen a la constitución, de aquí que las constituciones flexibles presentan como característica relevante su elasticidad, la que sin embargo no se opondrá a su estabilidad.⁷⁹

Por último, frecuentemente se cae en el error de que una constitución rígida no será modificada muchas veces o bien, que por ser flexible su reforma será reiterada. La experiencia constitucional nos ha demostrado que puede suceder todo lo contrario porque, por ejemplo, la Constitución mexicana puede considerarse rígida toda vez que contiene un procedimiento dificultado de reforma; sin embargo, en sus 75 años de vida, se ha reformado más de 350 veces. También existe el caso norteamericano cuya constitución rígida sólo ha tenido 26 reformas (amendments).

Por ello, juristas como Wheare, han llegado a sostener que la terminología de esta clasificación es errónea y más bien debieran aplicarse los mismos vocablos para determinar la estabilidad de una constitución en la práctica y tomando en consideración las circunstancias sociales, económicas y políticas, puede ser modificada pocas o muchas veces.⁸⁰

Dentro de las clasificaciones tradicionales se encuentra la que distingue las constituciones européas y americanas correspondiendo el primer tipo a aquéllas que por su consistencia se consideran breves, pues dejan todos aquellos problemas no fundamentales a leyes constitucionales u orgánicas; el segundo tipo de constitución se refiere a aquéllos documentos

⁷⁹ Idem, pp. 40-49.

⁸⁰ Wheare, K. C., Las constituciones..., ob. cit., supra nota 11, pp. 21-22.

preponderantemente americanos que son largos y complejos, y reducen la actividad al legislador ordinario.⁸¹

Dentro de las clasificaciones que se han denominado modernas existen dos que son de suma importancia.

Una primera, que vino a cambiar en un giro diametralmente opuesto al que se venía aceptando, es la que realizó Karl Loewenstein al utilizar un criterio ontológico, en su clasificación.⁸² Esta clasificación parte de la vinculación que existe o puede existir entre las normas constitucionales y lo que los detentadores del poder hacen con ellas, para lo cual se toma en cuenta la obsolescencia de las constituciones escritas.

En este sentido, Loewenstein habla de tres clases de constituciones. Una constitución se considera normativa cuando el contenido de sus disposiciones es observado cabalmente por sus destinatarios, tanto individuos como autoridades, lo que permite a su vez, que sea la constitución la que controla el proceso político.

Por otro lado, cuando la Constitución no tiene una adaptación a la dinámica del proceso político, la conceptúa Loewenstein como una constitución nominal. Esta, entonces, carece de realidad existencial y además queda supeditada al proceso político.

Por último, la constitución semántica es aquella que si bien se aplican sus disposiciones en forma amplia, ello se hace

⁸¹ Cfr., Hauriou, André et al., Derecho constitucional..., ob. cit., supra nota 5, pp. 360-361.

⁸² Cfr., Loewenstein, Karl, Teoría de la Constitución, ob. cit., supra nota 2, pp. 216-222.

pero no en beneficio de la comunidad ni por poner alguna limitación a los detentadores del poder, más bien sus normas quedan bajo el poder de unos cuantos, que si no son los detentadores, por lo menos son sus beneficiarios.

Ahora bien, aun cuando este tipo de constitución presenta ventajas como mostrarnos la realidad constitucional, darnos una idea de qué es y cómo opera,⁸³ al mismo tiempo no deja de ser cuestionable la dificultad que presenta el acercarnos a concepciones de carácter sociológico y político, que cada día parecen más inasibles y confusas.

Otro criterio de clasificación ampliamente aceptado es el de constitución formal y material. Así tenemos que las primeras son aquellas que hacen referencia al documento llamado Constitución y que para su creación fue necesario un procedimiento especial, el mismo que se requiere para la modificación de sus normas. La idea principal pues de esta clase de constitución es que se cuente con un documento fundamental.

El otro tipo de constitución, la material, se refiere al contenido no ya de un solo documento sino del sistema jurídico en su conjunto. De esta manera, el país que tenga determinado el proceso de creación de las leyes, las normas que organizan y dan competencia al gobierno, y el señalamiento de los derechos fundamentales de las personas, tiene una constitución pero en sentido material.⁸⁴ En este sentido es que se habla de que todo

83 Carpizo, Jorge, Estudios constitucionales, ob. cit., supra nota 66, p. 416.

84 Ver Carpizo, Jorge, "Derecho constitucional I", Estudios constitucionales..., ob. cit., supra nota 66, p. 290.

país tiene una constitución en sentido material y sólo los que tienen un documento cuentan con una constitución escrita.

Este criterio de clasificación resulta aceptable pues un país como Gran Bretaña, que no tiene documento único como constitución, posee una constitución material pues hay toda una organización del gobierno y todo un andamiaje de protección de los derechos fundamentales. Sin embargo, para un sector de la doctrina esto no es así, ya que considera indispensable la existencia de ese documento único formal.

Además, con un criterio muy estricto, podríamos llegar a sostener que existen algunos gobiernos que cuentan con una constitución formal, pero materialmente hablando tendrán todo menos una constitución que organice y establezca los límites de la autoridad, así como los derechos inherentes a la persona humana.

Pues bien, en este inciso sólo quisimos dejar claro que son numerosas las clasificaciones que se han realizado con respecto a las constituciones, que son muy útiles al estudioso del derecho. Sin embargo, nosotros consideramos esenciales dos clasificaciones, que si bien son de las llamadas tradicionales, pueden ayudarnos bastante en el posterior desarrollo de este trabajo: la división de las constituciones en escritas, no escritas, rígidas y flexibles.

VIII. PAPEL ACTUAL DE LAS CONSTITUCIONES

No es una empresa examinar la situación jurídico política que las constituciones representan hoy en día, máxime cuando posean una tradición con un contenido muy rico. Sin embargo, consideramos imprescindible proporcionar un esbozo del papel que desempeñan estos documentos en la actualidad, sobre todo tomando en consideración que siguen conservando su relevante importancia. Para ello, nos apoyaremos en tres puntos de partida, a saber: el histórico, el jurídico propiamente dicho y el internacional.

Desde el punto de vista histórico podemos señalar que a partir de su surgimiento, en una concepción moderna del constitucionalismo, las constituciones han atravesado por diversas etapas, de las cuales las dos últimas representan con mayor vigor las situaciones a las que han estado sujetas las constituciones. La penúltima etapa se caracterizó por la descolonización de los países del tercer mundo, en donde la presencia de las constituciones conformó un paso decisivo para la independencia y nueva organización de los recientes países.

Sin embargo, con el paso del tiempo la independencia alcanzada se sustrajo al dominio del pueblo pues empezaron a surgir regímenes que utilizaron a la constitución como ropaje y medio de opresión. Esta situación también tuvo nuevamente un cambio a grado tal que podemos decir que la etapa actual se caracteriza por la caída de las "dictaduras constitucionales" y el surgimiento de las "democracias constitucionales". Esta última

etapa, es de consolidación constitucional y de mayor reconocimiento a los documentos fundamentales.

Por lo tanto, podemos considerar que desde este punto de vista las constituciones ya cumplieron con su función: servir de receptáculo para el establecimiento de los derechos fundamentales y con ello crear un respeto para los mismos.

Desde un punto de vista jurídico, también podemos llegar a sostener que su función ya quedó cumplimentada, en base a que se les concibió como el orden jurídico superior y así se desarrollaron. La misma supremacía legislativa de estos documentos llevó a muchos países por el camino de la seguridad jurídica.

Por último, y este es el aspecto más sobresaliente, desde un punto de vista internacional resulta que todavía los redactores de las constituciones no han comprendido o, más bien, no han querido ver a la constitución como el puente de transición, con cimientos infinitamente sólidos, hacia los tratados internacionales. En la actualidad un porcentaje importante de los más de 160 países que hoy existen, no reconocen -constitucionalmente hablando- la presencia de un orden supranacional que no se opone ni contradice al orden constitucional, sino más bien lo viene a complementar y desarrollar.

Expuestas las anteriores consideraciones, resta hablar sobre el papel que juegan las constituciones. En primer lugar la doctrina constitucional ya empieza a hablar de un nuevo derecho

constitucional⁸⁵ en el cual la concepción de constitución se ve con el prisma de la jurisdicción efectiva. De esta manera, se trata que internamente las constituciones cuenten realmente con los instrumentos que permitan su aplicación efectiva, especialmente en cuanto a los derechos fundamentales. Para ello, también hay que tomar muy en cuenta la tendencia que se advierte en los tratados internacionales de incluir un catálogo de derechos fundamentales con la consideración de que deben existir instrumentos jurídicos para su defensa en todos los países signatarios, o bien, si no cuentan con ellos, se les sugiere los establezcan.

Sin embargo, para que esto último se produzca, se deben erradicar ciertas predisposiciones creadas con experiencias muy amargas en las distintas circunstancias jurídico políticas de los países.

Una de ellas, quizás la principal y que ha dado lugar a las subsecuentes, es la idea que se tiene de un presidente fuerte y un poder legislativo y judicial débiles. Esto ha llevado a que se mire con mayor importancia y respeto al poder ejecutivo que a la constitución.⁸⁶

Por otro lado, desafortunadamente ha llegado a ser costumbre que la política de un gobierno se plasme en el documento fundamental mediante reformas llevadas a cabo sin mayor

85 Cfr., Favoreu, Louis, "Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit", Revue Française de Droit Constitutionnel, París, núm. 1, 1990, pp. 71-89 y Rousseau, Dominique, "Une resurrección: la notion de constitution", Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger, París, t. 106, janvier-fevrier 1990, pp. 5-22.

86 Wheare, K. C., Las constituciones..., ob. cit., supra nota 11, p. 10.

dificultad, lo cual permite que la constitución se use políticamente, lo que se acentúa en virtud de que muchas veces esas reformas no tienen razón de ser dado que el andamiaje jurídico que presenta el articulado de las constituciones ya es vasto y, por lo tanto, sólo se requiere de una adecuada interpretación constitucional, lo que en ocasiones no es muy fácil, para poder enmarcar, si es que así se quiere, una política gubernamental. Esta última situación seguramente nos llevaría a no contraponer el articulado de la constitución y a no desgastarla y desprestigiarla inútilmente.

La interpretación constitucional de que estamos hablando no es la tradicional, sino de acuerdo con su concepción contemporánea, le corresponde a un organismo jurisdiccional independiente, integrado con personas de la mayor capacidad y con un respeto jurídico sólido, interpretar la normatividad constitucional; este organismo recibe el nombre de tribunal constitucional.

Por último, creemos que la constitución debe ser robustecida y de alguna manera se está haciendo, desde dos puntos de vista. Uno es interno, el cual requiere que se le siga viendo con el mismo respeto de cuando empezó su surgimiento y se hagan valer sus disposiciones con mecanismos jurídicos, en lugar de reformarla para otorgarle mayor seguridad como el documento jerárquicamente superior que es. Otro es el internacional, que exige que la constitución contemple el orden internacional como parte del interno, en el sentido de que se avance a nivel transnacional con fundamento y con la perspectiva de los

regímenes internos, para lo cual es necesario que se reconozcan por la constitución, como lineamientos a seguir y respetar, los principios jurídicos internacionales comunes.

Creemos también que queda mucho por hacer en el derecho constitucional ya que no compartimos la afirmación de André Hauriou en el sentido de que "la expansión del Derecho constitucional toca a su fin: pronto no habrá más Estados por constitucionalizar y el combate cesará por falta de combatientes",⁸⁷ pues lo que sucede es que el derecho constitucional o si se quiere, el nuevo derecho constitucional, tomará el rumbo hacia un mayor perfeccionamiento de las constituciones existentes y del orden jurídico constitucional en general, ya no en su aspecto individual sino grupal, comunitario o internacional; el anterior binomio de soberanía-constitución ahora se ve remplazado por el de constitución-cooperación internacional. Además, si ya hubiéramos llegado a una época en donde se hubiesen agotado los documentos fundamentales, ahora la tarea debe consistir en convertir esos documentos constitucionales en verdaderas constituciones normativas, según el pensamiento de Karl Loewenstein.

87 Hauriou, André et al., Derecho constitucional..., ob. cit., supra nota 5, p. 104.

CAPITULO III
JUSTICIA CONSTITUCIONAL

- SUMARIO: I. Defensa de la Constitución.
 A) Consideraciones generales. B) Acepciones y concepto.
 II. Sectores de la defensa constitucional.
 A) Protección de la Constitución. 1. La supremacía constitucional. 2. Procedimiento dificultado de reforma constitucional. B) Garantías de la Constitución.
 III. Ubicación de la justicia constitucional.
 IV. Justicia constitucional. A) Concepto.
 B) Contenido.

En este capítulo trataremos de dar una visión general de lo que es la justicia constitucional como parte integrante de la defensa de la Constitución y por consiguiente de los derechos humanos. En tal virtud, en primer lugar daremos un bosquejo de la Constitución y su defensa para después entrar al estudio de la justicia constitucional.

I. DEFENSA DE LA CONSTITUCION

A) Consideraciones generales

Aun cuando ya hemos dado diversas concepciones de la Constitución en páginas precedentes, ahora abordaremos el estudio

de la defensa constitucional con dos definiciones que nos auxilian en el desarrollo del presente estudio.

Por una parte, el fundador de la escuela de Viena Hans Kelsen¹ señala que la noción de Constitución ha conservado la idea de un principio supremo que determina por entero el orden estatal y la esencia de la comunidad constituida por ese orden. La Constitución es siempre el fundamento del Estado y la base del orden jurídico que se pretende conocer.

En el mismo sentido Eduardo García de Enterría² considera a la Constitución como la ley suprema³ contenida en uno o varios documentos escritos que se caracterizan por su preeminencia, jurídicamente relevante respecto de todas las normas de un ordenamiento jurídico, y que adquieren relativa permanencia o rigidez al requerir un procedimiento especial para su reforma o modificación, respecto del que se exige para las leyes ordinarias.

Las anteriores definiciones tienen como característica común dos principios jurídicos que serán objeto de análisis más

1 Kelsen, Hans, "La garantía jurisdiccional de la Constitución", traducción de Rolando Tamayo y Salmorán, Anuario Jurídico, México, I, 1974, pp. 469-496, publicado originalmente en *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, Paris, 1928, pp. 197-257.

2 Cfr., García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981, pp. 37-113.

3 Al respecto el jurista Manuel Rangel y Vázquez señala que a la Constitución suele llamarse ley fundamental (o suprema) por tres razones: sirve de base a las demás leyes por lo que éstas deben estar de acuerdo con los preceptos contenidos en aquélla; el imperio jurídico de que gozan las autoridades deriva directamente de la Constitución y ésta organiza políticamente a la Nación y fija los principios a que deben sujetarse los altos poderes públicos, ver El control de la constitucionalidad de las leyes y el juicio de amparo de garantías en el Estado federal. La defensa integral de la Constitución, México, Editorial Cultura, 1952, p. 354.

adelante: la supremacía y el procedimiento dificultado de reforma constitucional.

En relación con el contenido de las Constituciones el jurista vienés Hans Kelsen señala que para que la estabilidad de la Constitución se realice, las normas constitucionales deben ser revisadas mediante un procedimiento especial que contenga condiciones más difíciles de reunir. De esta manera se establece una diferencia con las normas legales.⁴

Al respecto el distinguido constitucionalista Jorge Carpizo⁵ manifiesta que la norma constitucional se distingue de otras normas jurídicas por su superioridad, contenido y reformabilidad, y porque el órgano que realiza la reforma es especial y generalmente de mayor jerarquía que la del poder legislativo.

Por otro lado, en la autorizada opinión del investigador Héctor Fix-Zamudio las normas constitucionales son todas aquellas que, con independencia de su estructura, importancia material o eficacia, están contenidas en la Constitución formal.⁶

La supremacía o preeminencia de las normas constitucionales debe estar resguardada, protegida, garantizada. Es decir, de no

4 Kelsen, Hans, "La garantía jurisdiccional...", ob. cit., ENXKA nota 1, p. 477.

5 Carpizo, Jorge, "Derecho constitucional I", Estudios constitucionales, 2a. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, La Gran Enciclopedia Mexicana, 1983, p. 293.

6 Fix-Zamudio, Héctor, "La Constitución y su defensa" (ponencia general), La Constitución y su defensa, México, UNAM, 1984, p. 15. También señala tres criterios que permiten distinguir a las normas constitucionales de las disposiciones jurídicas ordinarias, a saber: a) aspecto externo o formal, las normas constitucionales sólo son modificadas a través de un procedimiento especial y riguroso; b) siguiendo a Kelsen, en relación a su estructura lógica, con el fundamento de validez de todo el ordenamiento jurídico; c) en relación a su contenido, la esencia de sus preceptos radica en los valores supremos de la comunidad política y en la organización de sus poderes supremos.

existir medios prácticos y efectivos que conserven y garanticen la vigencia y eficacia de las normas constitucionales, éstas quedarán como simples declaraciones teóricas de derechos humanos y como un documento que señala vagamente las atribuciones y competencias de los órganos del poder.

En efecto, resulta necesario el establecimiento en la Constitución de medios o instituciones jurídicas, para poder actualizar, proteger y garantizar el cumplimiento de las disposiciones constitucionales. De ahí la idea de controlar los actos de autoridad o en especial, de controlar la constitucionalidad de las leyes, entendidas éstas como actos jurídicos de carácter general.

Hans Kelsen, refiriéndose sólo a una de las partes integrantes de la defensa de la Constitución (sector de las garantías constitucionales) señala que una Constitución a la que le falta la garantía de la anulabilidad de los actos inconstitucionales no es plenamente obligatoria en su sentido técnico; equivale a un deseo sin fuerza obligatoria.⁷

Rangel y Vázquez nos indica que la necesidad de la defensa constitucional debe ser una defensa integral de la Constitución por ser ésta la Norma Fundamental, la Ley de leyes de la cual derivan y dimanar todas las demás.⁸ A su vez el tratadista Ignacio Burgoa Orihuela⁹ manifiesta que toda Constitución provee a su autodefensa instituyendo sistemas de control de diversos

7 Kelsen, Hans, "La garantía...", ob. cit., *supra* nota 1, p. 510.

8 Rangel y Vázquez, Manuel, El control de la..., ob. cit., *supra* nota 3, p. 362.

9 Burgoa Orihuela, Ignacio, Derecho constitucional mexicano, 2a. ed., México, Porrúa, 1976, p. 371.

tipos; agrega además que la Constitución establece un conjunto de instrumentos adjetivos o procesales de diferente carácter para que, mediante su operatividad, se preserve y mantenga el orden jurídico que crea y del cual es la ley fundamental y suprema, traduciéndose dichos instrumentos en lo que se llama la jurisdicción constitucional. Al respecto cabe mencionar que tan destacado jurista sólo hace mención a un sector de la defensa constitucional, como ya señalamos, y por otra parte el término de jurisdicción constitucional no es el apropiado como más adelante veremos.

B) Acepciones y concepto

La defensa de la Constitución no ha sido siempre definida con estos vocablos, ya que su connotación ha sido diversa dependiendo el país donde se estudie. De esta manera, Carl Schmitt en su clásico libro La defensa de la Constitución¹⁰ utiliza la frase Die Hüter der Verfassung (El protector de la Constitución) que fue traducido al castellano como defensa constitucional, objeto de nuestro estudio, al igual que Rodolfo Reyes¹¹ y Jorge Mario García Laguardia.¹² Sin embargo los tratadistas franceses hablan de control de la constitucionalidad aunque, en un principio, con un carácter puramente político; por su parte los juristas italianos, al igual que los alemanes

10 Traducción de Manuel Sánchez Sarto, Barcelona, Labor, 1931.

11 Reyes, Rodolfo, La defensa constitucional, recursos de inconstitucionalidad y amparo, Madrid, Espasa-Calpe, 1934.

12 García Laguardia, Jorge Mario, La defensa de la Constitución, Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1983.

emplean jurisdicción constitucional,¹³ incluso Pedro de Vega llega a sostener que la jurisdicción constitucional emerge históricamente como un instrumento de defensa de la Constitución.¹⁴ En cambio los juristas angloamericanos hablan de judicial review (revisión judicial).

Consideramos acertado el concepto que sostiene el distinguido tratadista Fix-Zamudio, quien nos dice que la defensa de la Constitución está integrada por todos aquellos instrumentos jurídicos y procesales que se han establecido tanto para conservar la normativa constitucional como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento y, lograr el desarrollo y la evolución de las propias disposiciones constitucionales en un sentido formal, logrando su paulatina adaptación a los cambios de la realidad político social y en un sentido material, transformándose de acuerdo con las normas programáticas de la propia carta fundamental.¹⁵

José Almagro Noseta nos da una definición aparentemente escindida en dos, pues apunta que la expresión defensa constitucional, en sentido amplio, denota el conjunto de actividades encaminadas a la preservación o reparación del orden jurídico establecido por la Constitución, y en particular, de la

13 Cappelletti, Mauro, La jurisdicción constitucional de la libertad, con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austriaco, traducción y estudio sobre la jurisdicción constitucional mexicana de Héctor Fix-Zamudio, México, Imprenta Universitaria, 1961.

14 Vega García, Pedro de, Estudios político constitucionales, México, UNAM, 1987, específicamente su artículo sobre "La jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución", anteriormente publicado en Revista de Estudios Políticos, Madrid, núm. 7, 1979.

15 Cfr., Fix-Zamudio, Héctor, "La Constitución...", ob. cit., supra nota 6, pp. 15-16.

Constitución misma, que en cuanto ley suprema vincula a los ciudadanos y a los poderes públicos. En sentido restringido, la defensa constitucional significa el conjunto orgánico y funcional de instituciones y actividades que tienen por fin directo remediar los agravios generales o particulares que se cometan contra la Constitución.¹⁶

La segunda definición de Almagro queda comprendida en la primera, y en realidad viene a ratificar lo dicho en cuanto que la defensa constitucional en un principio surgió como un control de la constitucionalidad. Incluso, esta definición hace referencia al sector que se conoce como garantía constitucional.

II. SECTORES DE LA DEFENSA CONSTITUCIONAL

De las definiciones señaladas, se infieren con claridad los dos grandes sectores de la defensa constitucional: Protección de la Constitución y garantías Constitucionales.

A) Protección de la Constitución

Siguiendo al prestigiado investigador Héctor Fix-Zamudio, quien es uno de los pocos tratadistas mexicanos que se han dedicado al estudio de la defensa constitucional y en especial a la justicia constitucional, la protección de la Constitución está integrada por todos aquellos instrumentos políticos, económicos, sociales y de técnica jurídica que han sido canalizados a través

¹⁶ Cfr., Almagro Nosete, José, Justicia constitucional (Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), Madrid, Artigrafía, 1980, p. 4.

de normas de carácter fundamental e incorporados a los documentos constitucionales, con el propósito de limitar el poder y lograr que sus titulares se sometan a los lineamientos establecidos en la propia Constitución; pretendiéndose lograr el adecuado funcionamiento de los órganos de poder.

No pretendemos hacer un examen exhaustivo de los diversos sectores de protección constitucional, ya que no debe considerarse como aspecto esencial de nuestro estudio, por lo que al respecto nos remitimos al citado estudio de Fix-Zamudio, quien distingue varias categorías:¹⁷

Protección política apoyada en el principio de la división de poderes; regulación de los recursos económicos y financieros apoyada en la regulación que las constituciones han establecido para evitar su utilización discrecional por los órganos del poder; institucionalización de los factores sociales, a su vez integrada por los grupos de interés, de presión y los partidos políticos; y de técnica jurídica formada por los principios de supremacía de la Constitución y el procedimiento dificultado de reforma constitucional, respecto de los cuales sí haremos algunas consideraciones.

1. La supremacía constitucional

En un Estado de derecho donde la sociedad se encuentra sujeta a las disposiciones constitucionales y al orden jurídico

¹⁷ Cfr., Fix-Zamudio, Héctor, "La constitución y su defensa...", ob. cit., *supra* nota 6, pp. 19-41.

en general, la supremacía constitucional viene a ser un principio fundamental.

Burgoa Orihuela sostiene que siendo la Constitución la expresión normativa de las decisiones fundamentales de carácter político, social, económico, cultural y religioso, debe autopreservarse, autopreservación que reside primordialmente en el principio de supremacía.¹⁸

De esta manera, dicho tratadista habla de la protección de la Constitución, a lo que otros autores han denominado protección de técnica jurídica de la Constitución.

El principio que nos ocupa, fue formulado en sus inicios por el juez inglés Edward Coke, quien en 1610 al resolver el caso Bonham sostuvo que 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 validez.¹⁹

Posteriormente, este principio fue desarrollado en Inglaterra, aunque su consagración estructural fue producto de la práctica y doctrina estadounidenses. Hamilton, a quien se recuerda entre otras cosas como colaborador en El Federalista, apunta que debe preferirse la Constitución a la Ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios, lo cual no supone la superioridad del poder judicial sobre el

18 Burgoa Orihuela, Ignacio, Derecho constitucional, ob. cit., supra nota 9, p. 344.

19 Linares Quintana, Segundo V., Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado, parte general t. II, Teoría de la Constitución, Buenos Aires, Editorial Alfa, 1953, pp. 255-256

legislativo, sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos.²⁰

Estas ideas se concretaron en el famoso caso Marbury contra Madison resuelto por la Suprema Corte Federal de los Estados Unidos en 1803, correspondiendo al juez Marshall decidir la controversia, con la afirmación de que la Constitución es superior a cualquier acto legislativo que le sea repugnante, y que dicho acto contrario a la Constitución no es ley.²¹

El principio de supremacía constitucional se encuentra establecido en nuestra Constitución, en el artículo 133, el que ha sido motivo de diversas críticas e interpretaciones a las cuales no nos vamos a referir.

Así pues, queda de manifiesto que la adecuación de las normas jurídicas ordinarias a la Constitución es una consecuencia del principio de supremacía constitucional, lo mismo que la nulidad de todo acto contrario a la Constitución, lo cual es muestra evidente de la expresión inglesa que sostiene "sobre la Constitución, nada; bajo la Constitución, todo", y que también se menciona con la frase "sobre la Constitución, nada ni nadie".

2. Procedimiento dificultado de reforma constitucional

Este principio tiene estrecha relación con el anterior, es decir, el procedimiento dificultado de reforma constitucional

20 Hamilton, Madison y Jay,, El federalista, traducción de Gustavo R. Velasco, 3a. reimpresión de la 1a. edición en español, México, Fondo de Cultura Económica, 1982, p. 340.

21 Revista Mexicana de Derecho Público, México, vol. 1, núm. III, enero-marzo de 1947, pp. 315-343.

otorga a la Constitución su supremacía, ya que como señalamos, las normas constitucionales se diferencian de las ordinarias en cuanto es más difícil su reforma.

Con anterioridad a la aparición de las constituciones escritas predominaba el sistema británico, que se conoce como supremacía del parlamento, de acuerdo con el cual el órgano legislativo podía expedir y modificar libremente todo tipo de normas generales.

El tratadista inglés A. V. Dicey al estudiar el reinado o imperio de la ley hace referencia a la existencia de un tipo de supremacía constitucional anterior a las constituciones escritas, que está representado esencialmente por la Constitución inglesa.²²

Para analizar este principio resulta conveniente examinar la división doctrinal entre constituciones rígidas y flexibles, clasificación realizada por A. James Bryce, y a la cual ya nos referimos páginas antes. Sólo basta recordar que en las primeras las normas constitucionales poseen una jerarquía superior a las leyes secundarias y, por tanto, no son reformables por el poder legislativo, sino sólo por un órgano y por medio de un procedimiento especial. Las segundas, para su reforma siguen el mismo procedimiento de las normas ordinarias,²³ y ejemplo de estas últimas son los ordenamientos de Gran Bretaña, Nueva

22 Dicey, A. V., Introduction à l'étude du droit constitutionnel, Ed. Giard et Brière, Paris, 1902, p. 167.

23 Carpio, Jorge, "La clasificación de las Constituciones. Una propuesta", Estudios, ob. cit., supra nota 5, pp. 403-404.

Zelanda e Israel. La gran mayoría de los ordenamientos constitucionales, en cambio, son rígidos.

El jurista español Pedro de Vega García, en relación con la defensa constitucional, en su sentido de justicia constitucional o control de la constitucionalidad, señala que sólo opera en el marco de las constituciones rígidas, dado que en las flexibles los conflictos entre leyes siempre serán de igual rango, ya que no existe ley suprema. Sin embargo, parece más aceptable la opinión de Trujillo en el sentido de que la distinción entre normas constitucionales y ordinarias no es privativa de las constituciones rígidas. Lo que ocurre es que en las constituciones flexibles se da una diferencia material (de contenido) y en las rígidas de forma. De esta manera, nada impide pensar en un posible control constitucional material.²⁴

La crítica esperada a esta clasificación, de acuerdo a K. C. Wheare,²⁵ consiste en que se omiten otros dos instrumentos de transformación constitucional: las costumbres y la interpretación constitucional. Es decir, la modificación constitucional no sólo es formal sino que existen cuestiones materiales que modifican la realidad constitucional.

Sin embargo, tanto la costumbre como la interpretación constitucionales, han tenido escasa significación práctica. La primera, tiene una aplicación mayor en los ordenamientos angloamericanos y particularmente en Inglaterra. En nuestro país

24 Trujillo Fernández, G., Dos estudios sobre la constitucionalidad de las leyes, La Laguna, 1970, pp. 17 y ss., citado por Vega García, Pedro de, Estudios políticos, ob. cit., supra nota 14, p. 284.

25 Cfr., Wheare, K. C., Modern Constitutions, 2a. ed., Londres, Oxford University Press, 1966, pp. 83-136.

podemos señalar la costumbre practicada durante la vigencia de la Constitución de 1857, del otorgamiento al ejecutivo federal de facultades extraordinarias, aun en contra del artículo 50, que prohibía la reunión de dos o más poderes en una persona.

Del mismo modo, la interpretación constitucional en nuestro país, no obstante su limitado conocimiento doctrinal, ha sido realizada en forma encomiable por nuestro más alto tribunal de justicia.²⁶

Este principio también ha sido desarrollado por el constitucionalista Burgoa Orihuela quien considera que de nada serviría que una ley fuera suprema si fácilmente y por medio del procedimiento ordinario pudiera modificarse. La supremacía y rigidez constitucionales son principios que deben concurrir para hacer efectivo el imperio de la Constitución.

Nuestro ordenamiento constitucional contiene este principio en el artículo 135, al disponer que para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la Constitución, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerde las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados.

Este sistema tiene su antecedente inmediato en la Constitución norteamericana de 1787. Los otros sistemas de reforma constitucional son el francés, consistente en que las reformas son examinadas por varias legislaturas en forma

²⁶ Para mayor abundamiento, *gr.*, Fix-Zamudio, Héctor, "Estado social de derecho y cambio constitucional", en el libro Memoria del III Congreso Nacional de Derecho Constitucional 1983, México, UNAM, 1984, pp. 337-369.

sucesiva, y el suizo, donde se necesita que el pueblo exprese su opinión por medio de un referendo.²⁷

B) Garantías de la Constitución

Fix-Zamudio ha definido este sector de la defensa constitucional como los medios jurídicos, de carácter predominantemente procesal, que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando existe incertidumbre, conflicto o violación de las referidas normas.²⁸ Así pues, estos medios se utilizan en forma subsidiaria ya que sólo operan cuando los instrumentos integrantes de la protección constitucional no han cumplido su cometido.

Es frecuente que se confunda una garantía constitucional con una garantía individual o fundamental establecida en la Constitución. Esta última es la relación jurídica de supra a subordinación regulada en la ley fundamental, entre el gobernado y el Estado, existiendo en favor del gobernado un derecho público subjetivo y a cargo del Estado una obligación consistente en respetar dicho derecho y en cumplir las condiciones de seguridad del mismo.²⁹ En cambio, el concepto actual de garantía se traduce en los medios generales que la técnica jurídica moderna ha desarrollado en relación a la regularidad de los actos estatales en general; regularidad que podemos entender como la relación de

27 Cfr., Carpizo, Jorge., "Derecho constitucional", Estudios..., ob. cit., supra nota 5, pp. 292-293.

28 Cfr., Fix-Zamudio, Héctor, "La Constitución...", ob. cit., supra nota 6, pp. 17 y 18.

29 Cfr., Burgoa Orihuela, Ignacio, Derecho constitucional..., ob. cit., supra nota 9, p. 185.

correspondencia entre un grado inferior y uno superior del orden jurídico.³⁰

Entre las clasificaciones que se han dado de las garantías constitucionales puede mencionarse la del tratadista francés León Duguit, quien habla de garantías preventivas y represivas. Las primeras tienden a evitar el incumplimiento de las normas constitucionales, y se acude a las segundas cuando las primeras no impiden el incumplimiento mencionado.³¹

En el mismo orden de ideas Hans Kelsen clasifica las garantías constitucionales en preventivas o represivas y personales u objetivas. Las preventivas son aquellas que tienden a prevenir la realización de actos irregulares, como ejemplo clásico se encuentra la organización en forma de tribunal de la autoridad que crea el derecho donde se garantiza la independencia del órgano mediante la inamovilidad. Las represivas son aquellas que reaccionan contra el acto irregular una vez realizado, tratando de impedir su reincidencia, reparar el daño causado o remplazarlo por un acto regular.

Las garantías constitucionales personales se integran por la organización en forma de tribunal del órgano de creación del derecho, la responsabilidad penal, la disciplina y la responsabilidad civil del órgano que ha realizado un acto irregular.³²

30 *Cfr.*, Kelsen, Hans, "La garantía jurisdiccional...", ob. cit., *supra* nota 1, pp. 473, 474 y 482.

31 *Cfr.*, Fix-Zamudio, Héctor, "La Constitución...", ob. cit., *supra* nota 6, p. 51.

32 *Cfr.*, Kelsen, Hans, "La garantía jurisdiccional...", ob. cit., *supra* nota 1, pp. 482-486.

Las garantías constitucionales objetivas son la nulidad o anulabilidad del acto irregular, por lo que poseen al mismo tiempo un carácter represivo. La nulidad significa que un acto jurídico no es tal porque no responde a las condiciones de regularidad, es decir, condiciones que le prescribe una norma jurídica del grado superior. La anulabilidad en cambio, significa la posibilidad de hacer desaparecer un acto jurídico con sus consecuencias jurídicas.

En este sector de la defensa de la Constitución se ubica tanto la justicia constitucional, como la jurisdicción constitucional y la disciplina denominada derecho procesal constitucional, objeto de las siguientes líneas de nuestro estudio.

La defensa de la Constitución también ha sido clasificada por el jurista Jorge Carpizo, pero en forma distinta a la que hemos venido estudiando ya que considera que comprende tres temas: la reforma constitucional, los estados de excepción y la justicia constitucional.³³

Por último, resta hacer dos consideraciones finales relativas al tema tan interesante de la defensa de la Constitución. Por un lado, en ocasiones se llegan a confundir de manera ostensible los dos sectores que la doctrina ha establecido, integrantes de la defensa constitucional. La protección constitucional, reitero, comprende los instrumentos establecidos en leyes fundamentales para limitar el poder y

33 *Cfr.*, Carpizo, Jorge, "Prólogo" al libro La Constitución y su defensa, ob. cit., *supra* nota 6, p. 9

lograr el buen funcionamiento de los órganos de tal poder. En cambio, las garantías constitucionales son los instrumentos procesales también establecidos en leyes fundamentales, pero encaminadas a reintegrar el orden constitucional cuando éste ha sido violado por los propios órganos del poder. En el primer sector se protegen o previenen la normatividad constitucional, en el segundo, se trata de reintegrar la violación cometida a la normatividad constitucional.

Por otro lado, tomando en consideración la opinión del tratadista Burgoa Orihuela sólo existen como medios, nitidamente diferentes de defensa constitucional o de control de la constitucionalidad, el realizado por un órgano político y el llevado a cabo por un órgano jurisdiccional.³⁴

De acuerdo con este tratadista en el control constitucional por órgano político la preservación de la ley fundamental se encomienda a un órgano distinto de aquellos en quienes se depositan los tres poderes del Estado o se confía a alguno de éstos; la petición de inconstitucionalidad corresponde a un órgano estatal o grupo de funcionarios públicos, ante el órgano de control que no efectúa procedimiento contencioso, y las declaraciones sobre inconstitucionalidad tienen efectos erga omnes.

En el control constitucional por órgano jurisdiccional la protección constitucional se confiere a un órgano judicial, la petición de inconstitucionalidad la puede realizar cualquier

34 La doctrina también señala como medios de defensa constitucional los realizados por órgano neutro y por órgano mixto.

gobernado que sufra un agravio, ante el órgano de control se substancia un procedimiento contencioso y las decisiones sólo tienen efecto en relación con el sujeto peticionario en particular.³⁵

El citado autor enfatiza que por sistemas de control constitucional se entienden aquellos instrumentos que tienen por finalidad específica invalidar actos de autoridad y leyes que sean contrarios a la ley fundamental. Es decir, se infiere la existencia de una violación a las normas constitucionales; la infracción debe ser actual. De esta manera, podemos señalar que el control de constitucionalidad queda comprendido en el sector de la defensa de la Constitución al que Fix-Zamudio ha calificado como garantía constitucional dado que, como hemos ya señalado, en él se encuentran los instrumentos predominantemente procesales tendentes a la reintegración del orden constitucional infringido.

Por lo tanto, es lógico pensar que los tipos de defensa constitucional político, jurídico, económico y social que Fix-Zamudio señala, y a los que se refiere Burgoa Orihuela se encuentran ubicados en el sector de la defensa de la Constitución denominado protección constitucional.

Así los sistemas de defensa constitucional que no tengan por finalidad invalidar actos de autoridad o leyes que sean contrarias a la ley fundamental se ubican en el campo de la protección constitucional cuya característica es la de preservar o mantener la normatividad constitucional. Por tanto, el control

³⁵ Cfr., Burgoa Orihuela, Ignacio, Derecho constitucional, ob. cit., supra nota 9, p. 789.

de la constitucionalidad queda comprendido en el sector de las garantías constitucionales.

III. UBICACION DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Es en el sector de la defensa constitucional denominado garantía constitucional donde podemos ubicar la justicia constitucional, y en ésta a su vez, la jurisdicción constitucional, vocablos que poseen connotaciones relacionadas, pero diferentes.

Una situación que se presenta con no poca frecuencia es el uso que en forma indistinta se lleva a cabo de los términos justicia y jurisdicción constitucionales. La doctrina al respecto se ha pronunciado en considerar a ésta como una actividad jurisdiccional en sentido material (que no es llevada a cabo sólo por tribunales), tendente a la resolución de conflictos constitucionales, lo que implica la resolución de una actividad contenciosa o litigiosa, siendo por ello una parte del estudio de las garantías constitucionales.

Por tanto, podemos considerar que la jurisdicción constitucional tiene una connotación estricta, puesto que implica la solución de conflictos constitucionales por un órgano judicial especializado (tribunal constitucional o corte constitucional). Sin embargo, esta concepción es demasiado estricta por lo que debemos allegarnos de un concepto material, y no formal, para poder determinar que la jurisdicción constitucional no es sólo la especializada sino también la que realizan los tribunales

ordinarios a través de lo que se conoce como control difuso de constitucionalidad. En tanto que la justicia constitucional es más amplia pues puede efectuarse por órganos administrativos y legislativos que no realizan funciones estrictamente jurisdiccionales, tales como el ombudsman y los órganos políticos como el Consejo Constitucional Francés, aun cuando ahora se afirma que es una verdadera jurisdicción, pero no sin discusión. Por lo tanto, nos inclinamos por la denominación justicia constitucional.

Algunos autores como Louis Favoreu sostienen que la jurisdicción constitucional es sólo la especializada (Cortes y Tribunales constitucionales), lo cual no deja de ser un criterio estricto pues debe imperar un criterio material y no sólo formal.

IV. JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Abordaremos la evolución de la justicia a través de diversos estadios hasta llegar a la que caracteriza al constitucionalismo moderno: la justicia constitucional.

En un primer momento, el objeto de la justicia quedó comprendido en el derecho natural como hace ver la tradición inglesa, así pues, podemos señalar la existencia primordial del common law integrándose la denominada "justicia natural".

Tiempo después, toma lugar la supremacía del parlamento en donde países como Francia e Inglaterra son característicos de una

"justicia legal". El segundo desde la gloriosa revolución de 1688 y el primero, desde su revolución cien años después.³⁶

Por último aparece la "justicia constitucional" en las ex-colonias inglesas debido al establecimiento de la institución conocida como judicial review. Figura jurídica que tiene algunos antecedentes remotos, sin embargo, baste por ahora destacar que de acuerdo con las ideas de Lord Coke sobre la supremacía del common law respecto del soberano y del parlamento corresponde a los jueces establecer dicha superioridad, principio reiterado en el caso Marbury contra Madison en 1803 en el cual, como se señaló anteriormente, se estableció el principio de que una ley repugnante a la Constitución es nula y por lo tanto, los jueces pueden desaplicarla. La expansión de esta institución continúa en el siglo XIX y principios del XX con la figura jurídica del amparo contra leyes mexicano, el recour de droit publico staatsrechtliche Beschwerde y otras instituciones similares en países como Rumania, Grecia y Portugal, lo que viene a confirmar la expansión de la justicia constitucional mediante la revisión judicial.³⁷

36 Para un análisis ya más detallado de la supremacía parlamentaria de estos países ver Cappalletti, Mauro, Repudiating Montesquieu? The expansion and legitimacy of constitutional justice, Revista de la Facultad de Derecho de México, tomo XXXVI, núms. 148, 149, 150, julio-diciembre 1986, pp. 43-56.

37 Cfr., Cappalletti, Mauro, El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado, traducción de Héctor Fix-Zamudio y Cipriano Gómez Lara, UNAM, 1966, pp. 27 a 33. Un encuadramiento nuevo de la misma cuestión fue hecho por el autor a un año después de haber realizado el anterior trabajo: "El significado del control judicial de constitucionalidad de las leyes en el mundo contemporáneo", traducción de Santiago Sentis Melendo y Tomás A. de Banzhaf, curso sobre la justicia constitucional en los Estados Unidos el 27 de marzo de 1967, publicado en la Rivista di diritto processuale, de Italia en 1968 y actualmente en la recopilación La justicia constitucional. Estudios de derecho comparado, México, UNAM, 1987, pp. 190-202.

Por último, en la evolución de la justicia constitucional cabe apuntar la proyección que ha tenido esta institución jurídica en el plano internacional, tomando en consideración la acogida que han tenido los instrumentos internacionales en los diversos sistemas jurídicos nacionales, como más adelante veremos.

Resulta interesante considerar que antes de la Segunda Guerra Mundial, como señala el constitucionalista español Pedro de Vega, la justicia constitucional significaba hablar de control jurisdiccional, de "revisión judicial". Sin embargo, autores como Cappelletti sostienen que esta institución no representa sino uno de los variados aspectos de la justicia constitucional, claro está, uno de los más esenciales. En cambio, en la segunda posguerra la evolución de la justicia constitucional ha sido vigorosa, debido a la creación y al establecimiento de tribunales constitucionales los que tienen como antecedente inmediato la Corte Constitucional de Austria en 1920, restaurada en 1945 y el Tribunal de Garantías Constitucionales de España en 1931, los que sirvieron de modelo a las Cortes o Tribunales especializados de Alemania en 1949; Italia en 1948; República de Chipre en 1960 y Turquía en 1961, entre otros.

Ahora bien, el surgimiento de la justicia constitucional tiene una doble explicación. Por un lado, como habíamos señalado, existe la tendencia hacia la supremacía tanto del poder legislativo como del poder ejecutivo. De este modo, la justicia constitucional viene a ser un contrapeso a la anterior situación. Es decir, el poder judicial surge como un tercer organismo del

poder, no sólo en su función clásica de dirimir controversias ordinarias sino que ahora resuelve también cuestiones de mayor relevancia y de contenido político. Por otro lado, dado el creciente auge del establecimiento de los derechos humanos en las leyes fundamentales, resulta imprescindible la existencia de un sistema que garantice la vigencia de la Constitución, y que mantenga viva y por lo tanto, haga eficaz la declaración de los derechos del hombre, función primordial de la justicia constitucional.³⁸

A) Concepto

Ahora mencionaremos la concepción que de justicia constitucional tienen algunos autores. Fix-Zamudio³⁹ considera adecuado el término de justicia constitucional porque con estos vocablos se enfatiza el carácter preponderantemente axiológico de tales instrumentos garantes de la efectividad de las normas constitucionales y además, términos como control de la constitucionalidad y defensa de la Constitución resultan amplios en exceso. Así pues, considera como justicia constitucional al conjunto de procedimientos de carácter procesal, por medio de los cuales se encomienda a determinados órganos del Estado la imposición forzosa de los mandamientos jurídicos supremos, a aquellos otros organismos de carácter público que han desbordado

38 Cfr., Cappelletti, Mauro, "Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional", traducción de Luis Aguilar de Luque y María García Rubio de Casas, ob. ult. cit., pp. 313-320.

39 Cfr., Fix-Zamudio, Héctor, Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1965), México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1968, pp. 13-15.

las limitaciones, que para su actividad se establecen en la misma carta fundamental.

Para Mauro Cappelletti el sector de la justicia constitucional relativa a la protección de los derechos fundamentales, se refiere a los instrumentos procesales que tienen por objeto específico la protección judicial de los derechos fundamentales del hombre contra actividades del poder público lesivas de tales derechos.⁴⁰

Como puede apreciarse, la definición de Fix-Zamudio tiene una connotación más amplia puesto que incluye en la justicia constitucional los procedimientos procesales para la imposición forzosa de mandamientos jurídicos supremos, y no sólo a los que se refieren a los derechos fundamentales establecidos en normas constitucionales (comúnmente denominados garantías individuales o derechos del hombre) sino a todos los mandatos que las normas constitucionales han recogido. De esta manera, la justicia constitucional comprende decidir sobre los errores formales de la reforma constitucional, los problemas que se suscitan en el ejercicio de los derechos políticos de los individuos o bien, el conocimiento del litigio constitucional (como lo llama Carl Schmitt) claro está, estas situaciones no son resueltas de manera exclusiva por un órgano jurisdiccional especializado, sino que pueden serlo por un órgano político o bien, por tribunales ordinarios.

40 Cfr., Cappelletti, Mauro, "Justicia constitucional supranacional. El control judicial de las leyes y la jurisdicción de las libertades a nivel internacional", traducción de Luis Dorantes Tamayo en ob. cit., supra nota 37, pp. 235-236.

Por su parte, la concepción que da Cappelletti hace referencia a los derechos de libertad que para él constituyen los derechos fundamentales del hombre.⁴¹ Por ello Fix-Zamudio considera que se refiere sólo a un sector de las disposiciones constitucionales, por lo que resulta más adecuada la denominación de jurisdicción constitucional⁴² (para el caso de México), sin embargo, como ya hemos apuntado esta actividad puede ser llevada a cabo por órganos distintos al jurisdiccional en sentido formal, y además, como señala el mismo autor, lo que sucede es que un sector predominante de la doctrina se ha avocado al estudio del juicio de amparo (que sí constituye una jurisdicción constitucional) dejando a un lado otros instrumentos jurídicos que garantizan la supremacía de la Constitución, como por ejemplo el juicio de responsabilidad de los ahora servidores públicos. Por ello debiera hablarse de una justicia constitucional mexicana.

En términos generales podemos señalar que la justicia constitucional es aquella disciplina jurídica que se encarga del estudio de la defensa constitucional en el sector de la garantía constitucional.

41 Cfr., Cappelletti, Mauro, La jurisdicción constitucional de la libertad, traducción y estudio sobre la jurisdicción constitucional mexicana por Héctor Fix-Zamudio. Aun cuando para algunos el título original La giurisdizione costituzionale delle libertà debió haber sido traducido en forma plural pues los vocablos delle libertà así lo indican Cfr., Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, Miscelánea procesal, tomo II, p. 556 y La protección procesal internacional de los derechos humanos, Madrid, Civitas, 1975, p. 48. Sin embargo, el mismo autor también considera que sí fue traducido con acierto al singular al pasar del toscano al castellano. Cfr., Miscelánea Procesal, ob. ult. cit., tomo II, p. 316.

42 Cfr., Fix-Zamudio, Héctor, "Estudio sobre la jurisdicción constitucional mexicana", en el libro de Cappelletti, La jurisdicción constitucional de la libertad, ob. cit., supra nota 13, pp. 13 y 137.

B) Contenido

Dado que esta institución jurídica ha sido muy poco estudiada, son pocos los autores que han llegado a hablar de su contenido. El distinguido procesalista Mauro Cappelletti, al que hemos seguido en el presente apartado, aun cuando habla de varios sectores integrantes de la justicia constitucional, éstos se pueden limitar fundamentalmente en dos. El primero constituido por la jurisdicción constitucional de la libertad, conocido mejor como jurisdicción constitucional de los derechos humanos, sector que indiscutiblemente es el más importante de la justicia constitucional.

El segundo, en cambio, está constituido por el control judicial o jurisdiccional de las leyes.⁴³ En esta categoría el control de las leyes viene a representar lo que Kelsen llama regularidad, independientemente que se regulen los derechos humanos o bien, situaciones jurídicas concretas. Es decir, amén de que esta función la lleve a cabo un órgano político o jurisdiccional se controla el que una norma inferior siga los lineamientos de una superior; los vicios que las mismas puedan tener.

Por su parte Fix-Zamudio alude a tres sectores de la justicia constitucional, a saber: jurisdicción constitucional de

43 Importantes son al respecto las dos obras de Cappelletti: "El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado" y "La jurisdicción constitucional de la libertad". Véase también "Justicia constitucional supranacional" en la obra colectiva La Justicia Constitucional, ob. cit., supra nota 37.

la libertad, jurisdicción constitucional orgánica y jurisdicción constitucional de carácter internacional y comunitaria.

La jurisdicción constitucional de la libertad, a semejanza de Cappelletti, se integra por los instrumentos jurídico-procesales que defienden los derechos humanos o libertades fundamentales consagrados en las normas constitucionales tanto en lo individual como en lo social. De esta manera hace un análisis pormenorizado y bien informado de las garantías constitucionales, clasificándolas a su vez en razón de medios indirectos, complementarios y específicos.

Los indirectos son los que protegen derechos de carácter ordinario y que en forma refleja se pueden utilizar para la tutela de los derechos fundamentales, tales medios son el "proceso ordinario" y la "justicia administrativa". Los complementarios son aquellos que se utilizan para sancionar la violación de los derechos humanos el juicio político o de responsabilidad de los servidores públicos y la responsabilidad económica del Estado y sus servidores. Por último, los medios específicos dan una protección rápida y eficaz a los derechos fundamentales de manera directa y generalmente con efectos reparadores; aquí se encuentran ubicados los medios imperantes en el sistema angloamericano: habeas corpus y la revisión judicial; los peculiares de los ordenamientos iberoamericanos: la acción, recurso o juicio de amparo y la acción popular de inconstitucionalidad; los tribunales constitucionales de las legislaciones europeas; los instrumentos de protección en los

ordenamientos socialistas: la prokuratura; y por último, el ombudsman de origen escandinavo.

La jurisdicción constitucional orgánica comprende los instrumentos que resuelven los conflictos o controversias entre los diversos órganos del poder, llamados por Carl Schmitt "litigios constitucionales", situaciones que se dan fundamentalmente en los países con un sistema federal o regional pues surgen controversias entre los poderes centrales y locales.

La jurisdicción constitucional de carácter internacional y comunitaria se refiere a las controversias sobre la aplicación de las disposiciones constitucionales en relación con las normas de carácter internacional o comunitario, sector que en realidad ha sido escasamente estudiado.⁴⁴

En este orden de ideas, los sectores integrantes de la justicia constitucional relacionados estrechamente con los derechos humanos y que abordaremos más adelante, son el de la justicia constitucional de la libertad y la justicia constitucional supranacional.

⁴⁴ Esta clasificación está desarrollada con todo detalle en la ponencia general de Héctor Fix-Zamudio "La Constitución...", ob. cit., supra nota 6, pp. 49-83.

CAPITULO IV
EL PROCESO CONSTITUCIONAL

SUMARIO: I. Consideraciones generales. A) Antecedentes (teoría general del proceso). B) Acción, jurisdicción y proceso. C) Vinculación entre el derecho procesal y el derecho constitucional. D) Ubicación del derecho procesal constitucional. II. Proceso constitucional. III. Jurisdicción constitucional. A) Sistemas de jurisdicción constitucional. 1. Sistema americano. 2. Sistema austriaco. B) Tribunales constitucionales. 1. Tribunales constitucionales en Europa. a. Tribunal constitucional austriaco. b. Tribunal constitucional alemán. c. Corte constitucional italiana. d. Tribunales de garantías constitucionales y constitucional españoles. 2. Tribunales constitucionales latinoamericanos. a. Corte de constitucionalidad de Guatemala. b. Tribunal constitucional chileno. c. Tribunal de garantías constitucionales del Ecuador. d. Tribunal constitucional peruano. e. Corte constitucional colombiana. C) Jueces y norma constitucional.

En los capítulos anteriores hemos centrado nuestra atención en el documento fundamental conocido como Constitución; hemos visto su origen, contenido y su función actual. Corresponde ahora conocer cuáles han sido sus formas de protección, es decir, los

mecanismos o instrumentos jurídicos que permiten la conservación de las normas constitucionales, así como su reparación en el caso de haber sido transgredidas. Para ello, veremos el proceso constitucional en relación con el proceso en general.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

A) Antecedentes (teoría general del proceso)

El inicio de la disciplina jurídica (como ciencia procesal moderna), en donde se establecen los principios aplicables a las ramas procesales en cuanto resolutivas de los conflictos jurídicos surgidos por la contraposición de pretensiones de diversos sujetos, como ciencia procesal moderna, se marca con la obra del jurista alemán Oskar Bülow La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales de 1868,¹ haciendo la aclaración de que ya antes en Roma se trataron estos aspectos, en Bolonia tiempo después se logró la independización doctrinal y en la revolución francesa la codificación procesal napoleónica.² Además, antes de Bülow en la misma Alemania se había presentado la polémica sobre la naturaleza jurídica de la acción entre Windscheid y Muther (1856).

Como lo señala el maestro Alcalá-Zamora, el cambio que se presenta con la nueva concepción de Bülow, es una nueva

1 Ver Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, "La teoría general del proceso y la enseñanza del derecho procesal", Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Madrid, núm. 1, 1968, p. 14.

2 Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, Proceso, autocomposición y autodefensa. (Contribución a los fines del proceso), 3a. ed., con una presentación de Héctor Fix-Zamudio, México, UNAM, 1991, pp. 109-111.

fundamentación iuspublicista a la naturaleza del proceso mediante la teoría de la relación jurídica.

Después de este autor, se presenta en 1919, en la misma Alemania, la obra de Wilhelm Sauer Grundlagen des Prozessrechts (Fundamentos del derecho procesal) y en 1925 la obra de James Goldschmidt Der Prozess als Rechtslage: Eine kritik des prozessualen Denkens (El proceso como situación jurídica: Una crítica del pensamiento procesal).

Pero la denominación de la disciplina como Teoría general del proceso se deba³ al jurista alemán James Goldschmidt, quien en 1936 publica un libro con este título y desde entonces quedan comprendidos en esta rama del derecho los conceptos, instituciones y principios comunes a las diversas ramas de enjuiciamiento.⁴ Sin embargo, esa obra, en opinión de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, no contiene los requisitos mínimos para ser considerada una teoría del proceso ya que sintetiza en castellano su pensamiento procesal, refuta las críticas a sus otros libros y expone sus ideas sobre el enjuiciamiento civil español, por lo cual sólo "expone su visión particular del proceso y a través de un solo y concreto ordenamiento: el civil español".⁵

Por último, es con la obra de Eduardo B. Carlos Introducción al estudio del derecho procesal de 1959, con la que se

3 Fix-Zamudio, Héctor, "Introducción al estudio del derecho procesal social", Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Madrid, núm. 3, 1965, pp. 27-28.

4 Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, "La teoría...", ob. cit., supra nota 1, p. 38.

5 Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, "Trayectoria y contenido de una Teoría General del Proceso", Jus. Revista de Derecho y Ciencias Sociales, México, t. XXIV, núm. 140, marzo de 1950, p. 164.

sistematiza en América, la teoría general del proceso.⁶

Entonces, la teoría general del proceso o derecho procesal como algunos juristas optan en denominar, contiene el mínimo de principios jurídicos que conforman las ramas adjetivas en cuanto que desarrollan, en un aspecto dinámico, los postulados de las disciplinas sustantivas. De esta manera, cada rama del derecho sustantivo da lugar a una rama adjetiva, así por ejemplo, es muy representativa la adjetivación del derecho civil y del derecho penal, en derecho procesal civil y derecho procesal penal.

Con el objeto de establecer la distinción entre las disciplinas jurídicas sustantivas y las adjetivas, Francesco Carnelutti utilizó el famoso símil del árbol. Carnelutti marcó esta diferencia al hacer una objeción a la obra de Eugenio Florian, sobre las pruebas penales, quien sostuvo que entre las pruebas civiles y las penales hay una íntima y sustancial diferencia. En este sentido Carnelutti concluyó que el derecho procesal es uno y que el proceso civil y el penal se distinguen, pero no porque tengan diversas raíces sino porque son dos grandes ramas en las que se bifurca, a buena altura, un único tronco.⁷

Este pensamiento que se marcó al inicio del estudio profundo que señalamos, ha sido reproducido en numerosos textos de teoría general del proceso y de derecho procesal para abundar en la enseñanza del derecho y sobre todo del derecho adjetivo.⁸

6 Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, "La teoría...", ob. cit., supra nota 1, p. 15.

7 Cfr., Carnelutti, Francesco, "Prove civili e prove penali", Rivista di Diritto Processuale Civile, Padova, vol. II, parte I, 1925, p. 3.

8 Véase por ejemplo Gómez Lara, Cipriano, Teoría general del proceso, México, UNAM, 1974, pp. 40-41.

Por su parte, Héctor Fix-Zamudio utiliza el símil de la federación procesal en el sentido de que los principios generales integran el sector central que regula todo el territorio, en tanto que las entidades autónomas están constituidas por los diversos enjuiciamientos particulares, regidos por principios peculiares, pero vinculados a los lineamientos de carácter general, que imperan en todos los sectores específicos.⁹

La anterior característica del derecho procesal ha merecido que en la doctrina mexicana las opiniones al respecto se hayan dividido. Primero surgió una polémica entre Burgoa Orihuela y Santiago Oñate sobre la forma de abordar el estudio del juicio de amparo. Después el mismo constitucionalista Burgoa Orihuela sostuvo, en el caso particular de la institución jurídica conocida como amparo, que los principios de la teoría general del proceso son característicos del derecho procesal civil y por lo tanto no se pueden aplicar al derecho de amparo. La respuesta fue dada por el procesalista Héctor Fix-Zamudio, siguiendo los lineamientos del procesalista español Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, quien expuso que en una primera etapa la teoría general del proceso se vio fortalecida por el derecho procesal civil, sin embargo, se ha extendido a otras ramas sustantivas como lo son el derecho penal, el laboral, el administrativo, el constitucional, etcétera. De esto Fix-Zamudio concluye que el amparo debe

⁹ Cfr., Fix-Zamudio, Héctor, "El juicio de amparo y la enseñanza del derecho procesal", en la obra Estudios de derecho procesal en honor de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, México, UNAM, 1978, p. 433, criterio que también aparece en la obra del mismo autor "Introducción al estudio del derecho procesal social", cit., supra, nota 3, pp. 28-30.

estudiarse a la luz de la unidad del derecho procesal.¹⁰

Después de establecer que el derecho procesal contiene una serie de conceptos que le son aplicables a todas las ramas sustantivas del derecho, conviene analizar cuáles son esos principios básicos.

En el inicio de la consolidación de esta disciplina no existía consenso sobre los conceptos básicos que conforman a la teoría general del proceso. Por un lado Carnelutti¹¹ hizo referencia principal al litigio, Eduardo J. Couture en cambio a la sentencia, dejando fuera el concepto de jurisdicción, y Wach y Goldschmidt consideraron que la cosa juzgada era un principio fundamental.

Chiovenda (L'azione nel sistema di diritti) fue el primero en exponer los vocablos de acción, jurisdicción y proceso como los conceptos fundamentales del derecho procesal, aunque fue Calamandrei (Istituzioni) quien desarrolló con bastante acierto esta idea al grado que desde entonces ha sido aceptada por la mayoría de los procesalistas.¹²

Estos conceptos fueron caracterizados por J. Ramiro Podetti

10 Cfr., Fix-Zamudio, Héctor, ob. ult. cit., pp. 430-432. Al respecto el propio jurista Burgoa Orihuela ha cambiado de parecer, ya que en la 6a. edición de su libro de amparo mientras sostuvo como "inaceptable la pretensión de querer incrustarlo dentro de una teoría general del proceso originada en el proceso civil", también asentó que no negaba "que entre el amparo y otros tipo de procesos exista una similitud general ni que todos ellos se nutran de conceptos genéricos comunes". Cfr., palabras previas sobre la sexta edición de su libro El juicio de amparo, 27a. ed., México, Porrúa, pp. 21-23.

11 Carnelutti, Francesco, Sistema de derecho procesal civil, traductores Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, UTEHA, 1944, t. I, p. 44.

12 Cfr., Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, ob. cit., "La teoría...", EPKRA, nota 1, pp. 39-40.

como la "trilogía estructural del proceso"¹³ y comentados por Alcalá-Zamora como el "trípode desvencijado", toda vez que del proceso sabemos donde está (en el derecho procesal), pero no lo que es (dudas acerca de su naturaleza jurídica); de la jurisdicción conocemos lo que es, pero no donde está (si en el derecho procesal, en el público o constitucional, en la teoría del Estado o en la del derecho); de la acción ignoramos con exactitud lo que es (disputa entre las doctrinas abstractas y las concretas) y donde está (si en el derecho sustantivo o en el procesal).¹⁴

B) Acción, jurisdicción y proceso

En relación con el concepto de acción podemos señalar que diversas han sido las concepciones que a través de la evolución jurídica se han tenido. Así la teoría clásica de la acción, sustentada en el derecho antiguo de Roma, llegó a considerar como sinónimo de acción al derecho subjetivo que cada individuo posee pues la definición de Celso al respecto señalaba que la acción "es el derecho de perseguir en juicio lo que nos es debido".¹⁵

Es comprensible que esta confusión, como lo señala Cipriano

13 En su libro Teoría y técnica del proceso civil (ensayo de una sistemática del derecho procesal argentino), Buenos Aires, 1942, pp. 64-66 y en su artículo "Trilogía estructural de la ciencia del proceso civil", Revista de Derecho Procesal, Buenos Aires, 1944, I, pp. 113-170, citados por Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, ob. cit., "La teoría...", MDRGA, nota 1, pp. 39-40.

14 Cfr., Alcalá-Zamora y Castillo, ob. cit., "Trayectoria y contenido...", supra, nota 5, p. 169.

15 Cfr., Margadant, Guillermo Floris, El derecho privado romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea, 12a. ed., México, Espingor, 1983, pp. 138 y ss.

Gómez Lara,¹⁶ diera como resultado que las cuestiones adjetivas fueran estudiadas en las disciplinas sustantivas.

Sin embargo, la teoría moderna del derecho empezó a cuestionar la concepción clásica de la acción desde el nacimiento del procesalismo científico, en que se da una polémica en torno a la autonomía de la acción entre los alemanes: Windscheid y Teodoro Muther.¹⁷ El primero sostuvo que cuando un derecho era violado, esta situación daba lugar no a un derecho de accionar sino propiamente a una pretensión que se transforma en acción al hacerse valer ante los órganos jurisdiccionales, es decir, para él la acción era la pretensión deducida en juicio contra el demandado. En cambio el segundo, Muther, ve a la acción como un derecho público subjetivo para obtener la tutela jurídica, el aval se dirige contra el Estado para obtener una sentencia favorable y en contra del demandado para el cumplimiento de una prestación insatisfecha.¹⁸ A esta teoría se le conoce como acción concreta toda vez que la acción corresponde a quien tiene derecho a una sentencia favorable. Pero confunde la acción con la pretensión y además con la fundada.

Independientemente de las teorías concretas a que dio origen esta disputa tanto en Alemania como en Italia a través de

16 Gómez Lara, Cipriano, ob. cit., *supra* nota 8, p. 23.

17 Esta polémica se manifestó en los siguientes trabajos: Windscheid, *Die actio des römischen civilrechts, vom standpunkte des heutigen rechts* (La actio del derecho civil romano, desde el punto de vista del derecho actual) (Düsseldorf, 1856); Muther, *Zur Lehre von der römischen actio, dem heutigen klagsrecht USVY* (Sobre la doctrina de la actio romana del derecho de acción actual, etc.) (Erlangen, 1857); Windscheid, *Abwehr gegen Dr. Theodor Muther* (Defensa en contra del Dr. Theodor Muther) (Düsseldorf, 1857). Los escritos fueron traducidos al italiano por Ernest Heinite y Giovanni Pugliese bajo el título *Polemica intorno all'actio*, Firenze, Sansoni, 1954.

18 *Cfr.*, Gómez Lara, Cipriano, ob. cit., *supra* nota 8, p. 120.

juristas de la talla de Wach y Chioyenda, en España y Latinoamérica mediante Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Hugo Alsina y Eduardo J. Couture,¹⁹ la tendencia marcada en la evolución jurídica se centra en la concepción abstracta del derecho de acción.

En esta concepción abstracta, iniciada por Francesco Carnelutti²⁰ y perfeccionada por Eduardo J. Couture,²¹ como derecho subjetivo público frente al Estado para solicitar la prestación jurisdiccional, ya que se tiene el derecho a una sentencia independientemente de que la pretensión sea fundada o no. De esta forma, cualquier persona puede dirigirse al juez para que se pronuncie sobre la controversia que le están dirigiendo.

En este sentido, para dejar más claras las teorías concretas y abstractas de la acción, es importante tener presentes los elementos constitutivos de la acción y su presupuesto, ya que frecuentemente suelen confundirse.

El presupuesto único de la acción es la existencia de un litigio, una controversia o un conflicto, en cambio los elementos de la acción son la capacidad de accionar, el actuar de la persona (instancia) y la pretensión, esta última viene a ser su contenido. De esta manera no puede haber acción sin pretensión pero sí pretensión sin acción.²²

19 Fix-Zamudio, Héctor, "Acción, pretensión y defensa", Memoria del XII Congreso mexicano de derecho procesal, México, UNAM, 1990, p. 1.

20 Carnelutti, Francesco, ob. cit., supra nota 11, t. II, pp. 25-78 y en Instituciones del proceso civil, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EJEA, 1954, t. I, pp. 74-79.

21 Couture, Eduardo J., Fundamentos del derecho procesal civil, Buenos Aires, 1958, pp. 73-79.

22 Cfr., Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972), México, UNAM, 1974, t. I, p. 353.

La confusión a que frecuentemente se llegaba entre la acción y la pretensión fue estudiada y señalada por Jaime Guasp, quien concibió a la pretensión como la declaración de voluntad en la que se solicita una actuación del órgano jurisdiccional frente a persona determinada y distinta del autor de la declaración.²³ Por su parte Carnelutti consideró a la pretensión como la exigencia de la subordinación del interés ajeno al interés propio, por lo que puede ser fundada o infundada.²⁴ Couture en el mismo sentido señaló a la pretensión como la afirmación de un sujeto de merecer la tutela jurídica y la aspiración concreta de que ésta se haga efectiva.²⁵

En lo referente a la jurisdicción, como concepto fundamental en la teoría general del proceso, anteriormente señalamos que es un concepto frontera toda vez que no se ha delimitado a que campo del derecho pertenece si al derecho constitucional o al derecho procesal. Los primeros la consideran como una de las tres funciones del Estado, en cambio los segundos la conciben como una actividad propia del Estado que ejerce la función jurisdiccional a través del proceso.²⁶ Además, como bien lo señala el procesalista español Alcalá-Zamora los constitucionalistas han analizado este concepto desde un punto de vista estático pues lo consideran un atributo de la soberanía del Estado, y los procesalistas lo examinan desde un punto de vista dinámico debido

23 Guasp, Jaime, Comentarios, I, 1951, pp. 335 y ss. y La pretensión procesal, 2a. ed., Madrid 1985.

24 Carnelutti, Francesco, Instituciones..., ob. cit., supra nota 20, I, p. 31 y Sistema..., ob. cit., supra nota 11, II, pp. 7 y ss.

25 Couture, Eduardo J., ob. cit., supra nota 21, pp. 72 y ss.

26 Véase por ejemplo Gómez Lara, Cipriano, ob. cit., supra nota 8, p. 101.

a la relación que guarda con la noción de proceso.²⁷

La definición de este concepto también ha sido objeto de numerosas teorías en ambos campos del derecho, constitucional y procesal,²⁸ sin embargo, nos apegamos a la concepción de Fix-Zamudio como la función pública que tiene como propósito resolver las controversias jurídicas que se plantean entre dos partes contrapuestas, y que debe resolver un órgano del Estado en forma imperativa y en una posición imparcial.²⁹

Por lo que corresponde al tercero de los conceptos que forman la trilogía procesal, el proceso, se le da una definición moderna en el momento mismo en que inicia el procesalismo científico, ya que fue Oscar Bülow quien le atribuyó una connotación de derecho público a la naturaleza del proceso mediante su teoría de la relación jurídica y es así como el proceso llegó a considerarse como un instrumento jurídico para la dilucidación jurisdiccional de una pretensión litigiosa.³⁰

C) Vinculación entre el derecho procesal y el derecho constitucional

La relación que existe entre ambas disciplinas del derecho quedó evidenciada al tratarse de la jurisdicción como concepto

27 Fix-Zamudio, Héctor, "Garantías constitucionales en el proceso. El ordenamiento mexicano", Ciencia Jurídica, Los Mochis, Sinaloa, México, año 5, t. I, núm. 9, julio-diciembre de 1986, p. 5.

28 Cfr., Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, "Notas relativas al concepto de jurisdicción", Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972), ob. cit., supra nota 22, pp. 29-60.

29 Fix-Zamudio, Héctor, "Función del poder judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos", Función del poder judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos, México, UNAM, 1977, p. 13.

30 Cfr., Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, Proceso, autocomposición..., ob. cit., supra nota 2, pp. 111-112.

fundamental del proceso, pues no se ha determinado con precisión a qué campo del derecho pertenece, o más bien, si su pertenencia obedece a ambos.

La relación tan estrecha que existe entre ambas disciplinas ha dado lugar a que se hable de aspectos procesales en la rama del derecho constitucional o bien que se hable de aspectos constitucionales en el derecho procesal. Así, han surgido prácticamente dos disciplinas: el derecho constitucional procesal y el derecho procesal constitucional. A primera vista pareciera un juego de vocablos, pero como enseguida veremos la connotación de cada una viene a ser distinta, claro está ambas disciplinas tienen como fuente de inspiración su acercamiento.

La primera disciplina en emerger de las que comentamos, fue la del derecho procesal constitucional que, como bien lo señala Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, se inicia con las aportaciones de Hans Kelsen en su obra clásica de 1928 sobre la garantía jurisdiccional de la Constitución. A partir de entonces se empiezan a estudiar los instrumentos procesales establecidos para la protección de la Constitución, y se desarrolla la idea de que debe ser un órgano jurisdiccional especializado el que se encargue del conocimiento de estos instrumentos, fundamento que sirvió de apoyo a la creación de la Corte constitucional austriaca en el texto de la Constitución de 1920.

Como era de esperarse, la doctrina procesal italiana, a semejanza de la procesal alemana, también empezó a escribir sobre estos aspectos y así podemos señalar que las aportaciones que dio Kelsen en Austria, en Italia las viene a dar Piero Calamandrei.

En efecto, corresponde a este insigne jurista italiano el haber sentado las bases de la doctrina procesal constitucional en Italia. Fue un activo participante en el constituyente que creó la Constitución de 1948, en la cual gracias a sus precisiones se tuvo la claridad para señalar la creación de la Corte constitucional. Incluso con posterioridad llegó a establecer la naturaleza de la Corte constitucional italiana, pues determinó tanto su futuro actuar, como las características de las resoluciones de ese organismo sobre lo que llamó legitimidad constitucional, es decir, la determinación de la contradicción entre las norma legislativa y la norma constitucional.³¹ Además, la primera obra que en Italia se publicó sobre cuestiones procesales constitucionales fue su La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile (La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil), publicada en Padua en 1950.³²

Para Calamandrei dos eran los órganos que participaban en la jurisdicción constitucional: los tribunales ordinarios que podrían declarar dicha legitimidad inter partes y la Corte constitucional que podría decidir la legitimidad constitucional de las leyes en forma general o erga omnes.³³

El objeto de esta disciplina es el estudio de todos aquellos

31 Fix-Zamudio, Héctor, "La aportación de Piero Calamandrei al derecho procesal constitucional", Revista de la Facultad de derecho de México, México, t. VI, núm. 24, octubre-diciembre 1956, pp. 191-211.

32 Una versión española se contiene en sus Estudios sobre el proceso civil, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EJE, 1973.

33 Calamandrei, Piero, "Corte constitucional y autoridad judicial", traducción de Héctor Fix-Zamudio, Boletín de Información Judicial, México, noviembre de 1956, p. 758.

instrumentos procesales (en su mayoría) establecidos en los documentos constitucionales fundamentales para reintegrar la normatividad constitucional transgredida. Siguiendo lo establecido por James y Roberto Goldschmidt a esta disciplina podría denominársele derecho justicial formal constitucional.³⁴

La segunda disciplina fronteriza, el derecho constitucional procesal, surgió a mediados de este siglo. En efecto, uno de los procesalistas latinoamericanos de mayor renombre, Eduardo J. Couture, fue el pionero en el análisis de estos temas, en su clásica obra Las garantías constitucionales del proceso civil,³⁵ en la cual al analizar los instrumentos procesales establecidos en la Constitución y desarrollados en diversas leyes de procedimiento, señaló que sobre este campo era muy poco lo que se había escrito y aun cuando era del mayor interés todavía no se podía determinar su fecundidad.³⁶

Ya antes había sido expresada por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo esta vinculación, si bien en un sentido negativo, pues para él la Constitución española de 1931 no debía haber dedicado diversos artículos al enjuiciamiento criminal, toda vez que esta Constitución se caracterizaba por su difícil reforma y las cuestiones criminales debían cambiar con mayor agilidad.³⁷

El autor en cita señala, por un lado, que lo normal es que

34 Citado por Fix-Zamudio, Héctor, Constitución y proceso civil en Latinoamérica, México, UNAM, 1974, p. 31.

35 Couture, Eduardo Juan, "Las garantías constitucionales del proceso civil", Estudios de derecho procesal en honor de Hugo Alsina, Buenos Aires, Ediar, 1946, pp. 153-213.

36 *Idem*, pp. 155-156.

37 *Cfr.*, Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, Ensayos de derecho procesal civil, penal y constitucional, Buenos Aires, Ed. Revista de Jurisprudencia Argentina, 1944, p. 617.

los principios procesales apuntados en forma genérica en la Constitución se reglamenten por las leyes procesales y, por otro lado, considera que se llegó a un punto en donde las instituciones procesales constitucionalizadas adquieren la categoría de derechos fundamentales o cívicos.³⁸ De esta manera se puede hablar de la acción, de la excepción (o segunda cara de la acción), del proceso, de la jurisdicción, como institutos procesales a los que denominó Couture como garantías constitucionales en relación con la justicia.

Por último, Couture señaló con mucho acierto³⁹ que los principios procesales transportados a la Constitución en un primer momento, fueron los de carácter penal, ya que los de carácter civil, en ese entonces, no se habían iniciado. Ahora podemos actualizar lo señalado, diciendo que esta disciplina procesal es la que mayor consideración está teniendo. Lo que sucedía es que a través de las instituciones procesales que desarrolló este autor, a lo largo de su trabajo, como el derecho a un proceso justo, a iniciar el funcionamiento de los órganos jurisdiccionales, o bien, mediante lo que en algunas constituciones se estableció como formalidades esenciales del procedimiento, se constitucionalizaban las instituciones procesales de carácter civil.

La aportación de este procesalista a la vinculación entre el derecho constitucional y el derecho procesal fue brillantemente desarrollada en el ensayo de Fix-Zamudio sobre "El pensamiento de

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Idem*, p. 156.

Eduardo J. Couture y el derecho constitucional procesal".⁴⁰

Como objeto de esta disciplina podemos señalar el estudio de las instituciones procesales establecidas en la Constitución y que dan el sustento para el desarrollo posterior en la legislación ordinaria. Es el estudio de los principios procesales de cualquier rama del derecho sustantivo consagrados en la Constitución.

D) Ubicación del derecho procesal constitucional

Con el ánimo de ubicar la disciplina objeto de nuestro estudio, el derecho procesal constitucional, dentro de todo el ordenamiento jurídico, haremos una clasificación del derecho procesal, siguiendo la realizada por Héctor Fix-Zamudio.⁴¹

En primer lugar, el derecho procesal forma parte junto con el derecho procedimental de una concepción más amplia del derecho, como lo es el derecho instrumental o adjetivo, el cual estudia las normas que prescriben las condiciones y los procedimientos para la creación y aplicación de las normas sustantivas, al igual que la integración y competencia de los órganos del Estado que intervienen.⁴² En este sentido el derecho procedimental se ocupa de las normas que dan los requerimientos para que las disposiciones materiales sean creadas y el derecho procesal se ocupa de las normas que sirven de medio a la

40 En Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México, año X, núm. 30, septiembre-diciembre de 1977.

41 Cfr., Fix-Zamudio, Héctor, El juicio de amparo, México, Porrúa, 1964, pp. 18-44. En las siguientes líneas, tomaremos como base esta obra.

42 Cfr., Ovalle Favella, José, Teoría general del proceso, México, Harla, 1991, p. 37.

realización del derecho mediante el ejercicio de la función jurisdiccional.

Ya ubicados en el derecho procesal, Fix-Zamudio hace una división del mismo en dispositivo, social, inquisitorio y supraestatal, haciendo la salvedad de que aun cuando son diversos en relación con la materia sustantiva a la que se aplican, conservan un tronco común de principios. El proceso dispositivo es aquél que se encuentra regulado por el principio de la autonomía de la voluntad o de libertad de estipulaciones, dejándose la dirección e impulso del proceso en manos de las partes. En este sector se ubican los derechos procesal civil y mercantil.

El proceso social es aquél que se caracteriza por la protección de los individuos, pero considerados como grupos sociales económicamente débiles, los cuales debido a su situación social requieren de un régimen especial. Aquí encontramos el derecho procesal agrario y el derecho procesal del trabajo.

El derecho procesal inquisitorio es aquél integrado por las jurisdicciones con normas de derecho público como objeto y donde la dirección e impulso del proceso queda en manos del juez, contraponiéndose este proceso al dispositivo. Las actividades del juez consisten en la selección de las pruebas, su libre valoración, la investigación de los hechos. En este sector quedan incluidos los derechos procesal penal, administrativo y constitucional. Este último, como bien lo señaló Fix-Zamudio, se ubica aquí porque comparte las características señaladas, pues el juzgador aplica la libre investigación de los hechos y la

resolución presenta efectos a favor de terceros ya que en algunos casos es válida erga omnes.

La última clasificación del proceso, la supraestatal, lleva a considerar al proceso como medio para la regulación de la aplicación de normas que resuelvan las posibles diferencias que surjan entre los distintos países.

Con todo esto, podemos concluir que analizaremos la justicia constitucional a la luz de la teoría general del proceso y, en especial, a través de sus tres conceptos fundamentales: acción, jurisdicción y proceso.

II. PROCESO CONSTITUCIONAL

El derecho procesal constitucional ha sido poco estudiado por los juristas mexicanos, por lo que los estudios que en relación con el objeto de esta disciplina se han realizado no son muchos. Para dar un esbozo de las características del proceso constitucional es necesario ver primero la naturaleza del proceso.

Diversos han sido los esfuerzos por dar una noción de proceso. Las teorías privatistas lo consideraban una institución del derecho privado, como un contrato o un cuasicontrato. Posteriormente, las teorías publicistas, que son las que han predominado, consideraron al proceso como una relación o situación jurídica, pero situado dentro del derecho público, ya no del derecho privado.

La teoría publicista que considera al proceso como una

relación jurídica fue iniciada por el jurista alemán Oskar Bülow,⁴³ quien señaló que el proceso era una relación de derechos y obligaciones dadas entre los funcionarios estatales y los ciudadanos, por lo tanto era una relación jurídica pública.⁴⁴

A su vez, dentro de estas teorías de la relación jurídica existen tres concepciones. Por un lado Kohler considera que la relación se da entre las partes a través de dos líneas paralelas. Hellwig señala que la relación es angular, ya que las partes para comunicarse lo deben hacer mediante el juzgador y, por último, Wach considera que la relación es triangular pues existen dos líneas, pero ya no paralelas sino que van de las partes al juez y entre las partes.⁴⁵

La teoría publicista que concibe al proceso como una situación jurídica se basa en la consideración de que en el proceso existen estudios con miras a una sentencia judicial y a estas etapas le llama situaciones jurídicas que pueden consistir en expectativas de una sentencia favorable, posibilidades de proporcionarse una ventaja procesal o cargas para prevenir un perjuicio procesal.⁴⁶

Al lado de esas teorías existen algunas otras que por no alcanzar un arraigo y difusión sólidos Alcalá-Zamora y Castillo las considera como menores,⁴⁷ y que por lo tanto no señalaremos.

43 En su obra clásica La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales de 1868.

44 Cfr., Ovalle Favala, José, Teoría general..., ob. cit., supra nota 42, p. 176.

45 Véase Fix-Zamudio, Héctor, El juicio..., ob. cit., supra nota 41, p. 89.

46 Ibidem y Ovalle Favala, José, Teoría general..., ob. cit., supra nota 42, p. 180.

47 Cfr., Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, Estudios de teoría..., ob. cit., supra nota 22, pp. 378-379.

Entonces, a partir de su naturaleza como relación jurídica procesal podemos llegar a la concepción del proceso como "el conjunto de actos mediante los cuales se constituye, desarrolla y termina la relación jurídica que se establece entre el juzgador, las partes y las demás personas que en ella intervienen; y que tiene como finalidad dar solución al litigio planteado por las partes, a través de una decisión del juzgador basada en los hechos afirmados y probados y en el derecho aplicable".⁴⁸

O bien, aquí seguimos la definición de Fix-Zamudio en el sentido de "un conjunto armónico y ordenado de actos jurídicos, en vista de la composición de la litis de trascendencia jurídica, que establece una relación de las partes con el juzgador y que se desenvuelve en una serie concatenada de situaciones".⁴⁹

Con estas dos concepciones podemos llegar a la conclusión de que los elementos que la integran son un conjunto de actos que vienen a ser el procedimiento, una litis o controversia, una relación entre las partes y el juzgador, y el acto final que es la sentencia con la cual se decide la controversia planteada.

Pues bien, esta concepción procesal trasladada al ámbito del derecho sustancial o material y en específico al derecho constitucional nos da un primer acercamiento al proceso constitucional. De esta manera, las características propias del proceso constitucional son que lo constituye un conjunto de actos procesales (un procedimiento), una litis constitucional, es decir, incompatibilidad entre una ley ordinaria, ya sea en su

48 *Cfr.*, Ovalle Favala, José, Teoría general..., ob. cit., *supra* nota 42, p. 183.

49 *Cfr.*, Fix-Zamudio, Héctor, El juicio..., ob. cit., *supra* nota 41, p. 91.

aplicación e interpretación, con una norma constitucional; una relación entre el ofendido por la ley y la autoridad que emitió el acto legislativo, la cual va a ser dirigida por un juez de un órgano jurisdiccional, especializado o no; y finalmente la resolución a esta litis a través de una sentencia que pueda tener efectos generales o no.

En cuanto al objeto del proceso constitucional queda claro que se trata de una irregularidad de un acto público en relación con la norma constitucional, es decir, se estudia la constitucionalidad de los actos de los órganos del poder público. Por lo tanto, la finalidad del proceso constitucional es dar solución a través de una sentencia, a esa incompatibilidad constitucional.

Pudiéramos señalar además, que como finalidad también se considera el dar uniformidad a los ordenamientos jurídicos, ya que se trata de poner en consonancia con la Constitución cualquier acto de autoridad y a final de cuenta se le da vigencia a la Carta Fundamental.

Una concepción más genérica del proceso constitucional es la que da Enrique Vescovi, en el sentido de que es un proceso que tiene por objeto la materia constitucional.

Las particularidades del proceso constitucional se verán al momento de analizar los órganos jurisdiccionales que conocen del mismo, ya que para ubicarlos y establecer sus características es necesario hacer una distinción basada en el proceso constitucional.

Por ahora basta señalar que para algunos autores la

concepción del proceso constitucional está muy relacionada con la de jurisdicción constitucional, así tratándose desde el punto de vista material el proceso constitucional es aquél que resuelve cuestiones constitucionales sin importar la naturaleza de los órganos que las deciden. En cambio desde el punto de vista formal, el proceso constitucional existe cuando el órgano que decide es especial y con competencia en materia constitucional.⁵⁰

Si tratamos de unir la idea de jurisdicción a la de proceso para dar una concepción del proceso constitucional (lo cual resulta admisible, ya que como señalamos páginas arriba, la jurisdicción no se explica sin el proceso y viceversa) las cosas se complican un poco más. En el supuesto de que los órganos que conozcan del problema constitucional sean los ordinarios, aparentemente podemos sostener que se trata de una concepción de jurisdicción contenciosa. Sin embargo, tratándose de tribunales especiales (como la Corte de constitucionalidad de Italia) la propia doctrina procesal italiana no se ha puesto de acuerdo. En efecto, la mayoría considera que es una jurisdicción contenciosa, pero otro sector la considera como de carácter legislativo o superlegislativo (Calamandrei) y un último sector la concibe como jurisdicción voluntaria (Cappelletti).⁵¹ Independientemente de ello, podemos señalar que en ambas situaciones efectivamente existe una litis constitucional, una colisión entre Constitución

50 Cfr., Bidart Campos, Germán J., La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional, Buenos Aires, EDIAR, 1987, p. 259.

51 Cfr., Flix-Zamudio, Héctor, El juicio..., ob. cit., supra nota 41, pp. 150-151.

y ley.⁵²

III. JURISDICCION CONSTITUCIONAL

En este apartado nos dedicaremos a abordar un tema en donde se vincula el órgano jurisdiccional con la norma constitucional, partiendo del punto de vista estricto, es decir, considerando los órganos que efectivamente resuelven controversias en un nivel imparcial y en relación con las partes y en donde además sus resoluciones tienen efectos vinculatorios.

No queremos quedarnos en la simple consideración, que de suyo resulta bastante explicable, de que el establecimiento de los tribunales se realiza a un rango constitucional y por ello merece un estudio aparte.

Nuestra intención es desarrollar la forma en que los tribunales restauran e inclusive resguardan el texto constitucional y en este sentido llegar a la determinación de algunas características de la interpretación constitucional.

La idea de otorgar a los tribunales la guarda de la Constitución es relativamente moderna, ya que en otros tiempos la labor judicial estaba demeritada sobre todo con base en el argumento de que el órgano judicial lo integraban personas no electas popularmente, tal fue el caso en la obra de Montesquieu en donde se llegó a considerar a los jueces como "la boca que

⁵² González-Deleito Domingo, Nicolás, Tribunales constitucionales organización y funcionamiento, Madrid, Tecnos (Colección Manuales Universitarios Españoles), núm. IX, 1980, p. 12.

pronuncian las palabras de la ley, como seres inanimados".⁵³

En este sentido se suscitó una polémica ya clásica entre dos insignes juristas de la dimensión de Carl Schmitt y Hans Kelsen, quienes sostuvieron criterios contradictorios. Por un lado Carl Schmitt en su obra Der Hüter der Verfassung (El protector de la Constitución),⁵⁴ consideró que era un órgano político, el Presidente de la República Alemana, a quien debía encargársele la protección de la Constitución pues de otra forma se corría el riesgo de politizar a la justicia. Sin embargo Hans Kelsen replicó esta posición en su obra Wer soll der Hüter der Verfassung sein? (¿Quién debe ser el protector de la Constitución?)⁵⁵ argumentando que la guarda de la Constitución le correspondía a un órgano jurisdiccional; él no hablaba de órgano judicial.

Esta polémica tiene como representantes modernos al inglés Lord Devlin y al italiano Mauro Cappelletti. El primero de ellos sostuvo que la labor legislativa de los órganos judiciales (judicial lawmaking) no es democrática porque los jueces son independientes y por ello son menos responsables frente a los ciudadanos, es más, pensó que se está desviando a la magistratura del camino democrático para conducirla al camino totalitario.⁵⁶

53 Véase su obra Del espíritu de las Leyes, México, Porrúa, 1987, pp. 104-108. 54 Y publicada en español como La defensa de la Constitución, traducción de Manuel Sánchez Sarto, Barcelona, Labor, 1931.

55 En Die Justiz, vol. VI, cuaderno 11-12, 1930-1931, pp. 576-628 y en "Chi dev'essere il custode della Costituzione" en el volumen, Kelsen, Hans, La giustizia costituzionale, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 231-291 citado por Fix-Zamudio, Héctor, "La Constitución y su defensa" (ponencia general), La Constitución y su defensa, México, UNAM, 1984, pp. 11-12.

56 Cfr., Lord Devlin, "Judges and lawmakers", Modern Law Review, Londres, 39 (1976).

Por su parte Cappelletti expone cinco argumentos⁵⁷ en contra de esta posición temible, como señala, de Lord Devlin. El primero consiste en que la idea occidental de que los órganos políticos representan el consentimiento de los gobernados está disipándose de manera tal que los poderes legislativo y ejecutivo no se ajustan perfectamente a la democracia representativa. Este argumento se complementa con el segundo que considera que la designación de jueces permite moldear el aspecto de la política del tribunal para estar conforme con la política de las mayorías legislativas. Además, los tribunales plasman en sus escritos accesibles al público que la legitimidad de esas decisiones es un esfuerzo de fidelidad al sentido de la justicia y la equidad de la comunidad. En esta forma, los tribunales se encuentran sometidos a la opinión pública.

Un tercer argumento es aquél que considera que los tribunales al proteger a grupos que no tienen acceso a las ramas políticas, aumentan la representatividad y democracia del sistema. Además los debates judiciales se dan en un plano de igualdad entre las partes. El cuarto argumento gira en torno a la idea de que la función que realizan los jueces, de resolver casos específicos en donde hay contraposiciones de intereses, les permite acercarse a esas realidades que afectan a personas, hechos concretos y problemas reales del vivir cotidiano. El legislador sólo crea hipótesis, establece profecías. Por último, la democracia no subsiste sin un sistema en donde se respeten los

57 Cfr., Cappelletti, Mauro, La justicia constitucional (Estudios de derecho comparado), México, UNAM, 1987, pp. 326 a 334.

derechos y libertades cívicas que exigen la eliminación de la concentración del poder, la existencia de un equilibrio entre los mismos, lo cual en buena parte se logra con un control judicial de los órganos políticos.

Después de estas dos enriquecedoras polémicas y otras tantas que con el paso del tiempo se han sostenido, podemos llegar a la consideración de que hoy en día son los tribunales los garantes de la Constitución,⁵⁸ ya sea los tribunales constitucionales en los países en donde se han establecido o bien la Corte Suprema de Justicia en los que no han evolucionado en éste último sentido.

A) Sistemas de jurisdicción constitucional

Tras haber limitado el conocimiento de las cuestiones constitucionales no a un órgano político sino a un órgano jurisdiccional, a pesar de ello no existe consenso, lo cual resulta hasta cierto punto razonable, por la existencia de diversas tradiciones jurídicas, en cuanto a las características de ese órgano.

Fundamentalmente existen dos sistemas de jurisdicción constitucional para preservar o restaurar la regularidad entre la norma constitucional suprema y otras normas legislativas o actos.

58 Cfr., Flix-Zamudio, Héctor, "Función del poder...", ob. cit. supra nota 29, p. 32 y posteriormente fue reproducida en la obra Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos, México, UDUAL-Miguel Ángel Porrúa, 1988, p. 246.

1. Sistema americano

A este sistema Fix-Zamudio le denominó americano⁵⁹ por dos razones fundamentales, además de haber surgido en los Estados Unidos de América, en su Constitución Federal de 1787, ha sido aplicado en la mayoría de los sistemas jurídicos latinoamericanos y Canadá.

Efectivamente, este sistema surgió en 1803 al decidir el entonces presidente de la Corte John Marshall el caso Marbury vs. Madison.⁶⁰ En este caso, el cual muchas veces se cita, pero pocas se conoce su contenido, el juez de paz para el condado de Washington en el Distrito de Columbia, Marbury, promovió ante la Suprema Corte el medio de impugnación conocido como mandamus para que le fuera entregado por parte del Secretario de Estado, James Madison, su nombramiento expedido por el Presidente Adams antes de finalizar su periodo presidencial y el cual nunca le fue entregado, no obstante que estaba debidamente legalizado con el sello del Gobierno de los Estados Unidos.

La Suprema Corte después de sostener que el nombramiento escrito del señor Marbury, firmado por el Presidente de los

59 En efecto, al analizar el amparo mexicano en su clásica obra El juicio de amparo y en específico en relación a la fórmula Otero (de relatividad de la sentencia de amparo) Fix-Zamudio consideró que ese sistema de control de constitucionalidad de las leyes se podía llamar "americano" en contraposición a la justicia constitucional europea. Véase su obra, supra nota 41, p. 379, la cita número 33. Así mismo, ya en su trabajo sobre "La aportación de Piero Calamandrei al derecho procesal constitucional" había mencionado esta característica, véase en Revista de la Facultad de Derecho de México, México, número 24, octubre diciembre de 1956, p. 196; y Cappelletti, Mauro, Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato, Milano, Dott. A. Gluffrè, 1979, p. 51.

60 La resolución a este caso fue publicada en español en la Revista Mexicana de Derecho Público, número 3, enero-marzo de 1947, pp. 315-343.

Estados Unidos y sellado por el Secretario de Estado, hacía prueba plena de autenticidad, determinó que aquél tenía derecho a la tenencia de su título, así como a un remedio eficaz contra la no entrega del mismo. Además, el recurso promovido (mandamus) era el correcto. Hasta aquí todo parece suponer que la corte emitiría el mandato correspondiente al Secretario de Estado para que la fuera entregado el nombramiento al juez Marbury.

Sin embargo, al analizar la Suprema Corte si tenía facultad para expedir tal mandato llegó a las siguientes consideraciones. Por una parte la Ley que establecía los tribunales de los Estados Unidos autorizaba a la Suprema Corte a expedir órdenes de mandamus contra cualquiera de los tribunales existentes, o contra las personas que desempeñaban puestos públicos bajo la soberanía de los Estados. Por otro lado, la Constitución señala que "la Suprema Corte tendrá jurisdicción original en todos los casos que afecten a embajadores, otros ministros públicos y cónsules y aquellos en que un Estado sea parte. En todos los otros casos, la Suprema Corte tendrá jurisdicción apelada".

Pues bien, como el mandamiento que se pudiera dar a un funcionario público caía en el segundo supuesto establecido por la "Ley que crea los tribunales" y como ello no tenía fundamento en la jurisdicción originaria establecida en la Constitución, respecto de la cual tenía facultad la Suprema Corte (y que son los supuestos antes señalados) ni en la jurisdicción apelada que es la revisión de un proceso ya iniciado, ya que en ese caso se trataba de una acción original; la Suprema Corte sostuvo que tal ley que creaba los tribunales era un acto legislativo contrario a

la Constitución y por lo tanto no podía ser considerada como ley.

Además, como el poder judicial era el que aplicaba la regla a los casos particulares, y se trata de una ley que era contraria a la Constitución, él mismo debía que decidir ya sea conforme a la ley sin tomar en cuenta la Constitución o bien conforme a la Constitución haciendo a un lado la ley. "Esta es la verdadera esencia del deber judicial".⁶¹ Con base en ello la Suprema Corte concluyó que la petición de mandamus debía negarse.

Con la resolución de este caso se daban las bases para sostener la moderna concepción de la supremacía de la Constitución sobre las leyes ordinarias que, a su vez, señalaba pauta para sostener la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes a la que el jurista John Allan Clifford Grant denominó como "una contribución de las Américas a la ciencia política".⁶²

La segunda razón para denominar este sistema americano se debe a que ha servido de modelo, como lo señala Fix-Zamudio, en la mayoría de los países americanos, desde Argentina hasta Canadá,⁶³ claro está, hay que hacer la aclaración de que

61 Idem, p. 340.

62 Cfr., Grant, J. A. C., El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Una contribución de las Américas a la ciencia política, México, UNAM, 1963, p. 24. El párrafo en alusión dice "En verdad, se puede decir que la confianza en los tribunales para hacer cumplir la Constitución como norma superior a las leyes establecidas por la legislatura nacional es una contribución de las Américas a la ciencia política". A este respecto Mauro Cappelletti considera que esta afirmación no es históricamente correcta porque la supremacía de unas normas sobre otras ya se había hecho desde la antigua Atenas, con las normas nomoi y psófisma (ver supra primera página de este trabajo). Cfr., Cappelletti, Mauro, Il controllo ..., ob. cit., supra nota 59, p. 31.

63 Véase Phanor J. Eder, "Judicial Review in Latin America", Ohio Law Journal, otoño de 1960, pp. 570-571.

actualmente existen algunos países latinoamericanos, como veremos más adelante, que han establecido un tribunal especial para la resolución de las incompatibilidades entre la norma constitucional y las demás normas.

Las características propias de este sistema americano de jurisdicción constitucional consisten en ser un control judicial, difuso, incidental, especial y declarativo. En efecto, en este sistema el órgano encargado de resolver la controversia constitucional se ubica en el poder judicial, ya que puede corresponder a cualquier tribunal la resolución de la controversia, sin importar su jerarquía. Como resultado de esta característica también se le ha denominado a éste control difuso en el sentido de que no se encarga a tribunal alguno en especial la resolución de la irregularidad o ilegitimidad constitucional.⁶⁴

Como ésta posible inconstitucionalidad puede hacerse valer por cualquier órgano judicial debe haber entonces un caso concreto, real, donde surja esa controversia con motivo de la aplicación de la Ley y se plantee ya sea por las partes o de oficio por el juez. Esta característica se ha denominado incorrectamente como "vía de excepción" por un sector de la

64 Cfr., Calamandrei, Piero, "La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil" en su obra Estudios sobre el proceso civil, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EJEA, 1973, p. 32 y Fix-Zamudio, Héctor, "La justicia constitucional en Iberoamérica y la declaración general de inconstitucionalidad", Revista de la Facultad de Derecho de México, núm. 111, septiembre-diciembre de 1979, p. 643; posteriormente publicado en el volumen colectivo La jurisdicción constitucional en Iberoamérica realizado como producto del Segundo Coloquio Iberoamericano de Derecho Constitucional en la Universidad Externado de Colombia en 1984, p. 442 y finalmente apareció publicado en el volumen del mismo autor Latinoamérica: Constitución, ob. cit., supra nota 58, p. 341.

doctrina, ello en razón de que debe existir ya un proceso en donde la vía de acción es la aplicación de una ley ordinaria, no su constitucionalidad. Por su parte la doctrina italiana adopta la denominación más correcta de incidental o prejudicial.⁶⁵ Ambas calificaciones las sostuvo Piero Calamandrei; la primera de ellas la utilizó en contraposición a la vía principal y la segunda de ellas tomando en consideración que la cuestión de ilegitimidad constitucional debe ser resuelta con precedencia al juicio ordinario que se encuentra en suspenso por tal motivo.⁶⁶

Esta segunda denominación fue estudiada con más amplitud por Mauro Cappelletti, en su obra La pregiudizialità costituzionale nel processo civile⁶⁷ en donde también señala que la doctrina italiana bajo el impulso de Piero Calamandrei ha seguido la denominación de prejudicialidad constitucional,⁶⁸ concepto que se viene a unir con los ya existentes en la doctrina procesal sobre prejudicialidad civil, penal y administrativa.⁶⁹

Una tercera característica de este sistema estriba en los efectos de la resolución que recaiga al análisis de la legitimidad constitucional de una disposición legislativa ordinaria. Así pues, como tal resolución sólo se aplica al caso concreto del cual derivó la controversia, con efectos limitados al mismo y no pudiendo ser aplicado a casos posteriores en el

65 Cfr., Flix-Zamudio, Héctor, ob. ult. cit., p. 342.

66 Cfr., Calamandrei, Piero, La ilegitimidad..., ob. ult. cit., pp. 33 y 66 y Cappelletti, Mauro, La pregiudizialità costituzionale nel processo civile, Milano, Giuffrè, 1957, p. 50.

67 Ob. ult. cit.

68 Idem, p. 9.

69 Cfr., Calamandrei, Piero, "La ilegitimidad...", ob. cit., supra nota 64, p. 66.

mismo sentido, se le ha denominado "especial".

Sin embargo, esta característica es muy relativa en los países anglosajones y en especial en Estados Unidos en donde existe el principio jurídico del stare decisis (estar a lo decidido) y que implica la obligatoriedad del precedente para todos los jueces del mismo rango e inclusive, inferiores. Esto aunado al prestigio moral de la Suprema Corte, da como resultado una resolución con efectos de carácter general.⁷⁰

La cuarta y última característica de este sistema es la fundada en la naturaleza de los efectos de la resolución del tribunal, toda vez que tiene como efecto la declaración de una nulidad preexistente y por ello se le ha llamado "declarativa" y viene a asimilarse a la idea de nulidad, no anulabilidad, como lo señala el propio Calamandrei.⁷¹

Por último la concepción que se puede dar de este sistema americano de revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes es la sustentada por Fix-Zamudio y que define como "la facultad atribuida a todos los jueces para declarar en un proceso concreto la inaplicabilidad de las disposiciones legales secundarias que sean contrarias a la Constitución y con efectos sólo para las partes que han intervenido en esa controversia".

70 Véase Fix-Zamudio, Héctor, Latinoamérica..., ob. cit., supra nota 58, p. 344 y Cappalretti, Mauro, Il controllo..., ob. cit., supra nota 59, pp. 67 y 68.

71 Cfr., Calamandrei, Piero, "La ilegitimidad...", ob. cit., supra nota 64, pp. 33 y 95.

2. Sistema austriaco

El segundo sistema de jurisdicción constitucional surgió con motivo de la Constitución austriaca del 1º de octubre de 1920 bajo el influjo del ilustre Hans Kelsen, quien redactó un proyecto gubernativo y formó parte del tribunal plasmado en dicha Constitución.

En efecto, Hans Kelsen en su análisis de la teoría pura del derecho concibió las diversas disposiciones jurídicas en forma de pirámide en donde la jerarquía mayor está representada por la Constitución y en relación a ella deben expedirse los demás ordenamientos. En este sentido, para poder garantizar la regularidad de las normas ordinarias con la Constitución sugirió la idea del establecimiento de un órgano especial jurisdiccional que tuviera como función garantizar la legitimidad constitucional.⁷²

Se le ha denominado a este sistema como "austriaco" porque a partir de su surgimiento en Austria se siguió esta idea de crear un órgano jurisdiccional especial en varios países del continente europeo, como más adelante veremos, motivo por el cual Mauro Cappelletti le denomina "europeo".⁷³

Las características de este sistema son las opuestas a las del sistema americano, es decir, se trata de un control "autónomo", ya que el tribunal o la corte constitucional no se

72 Cfr., Kelsen, Hans, "La garantía jurisdiccional de la Constitución", Anuario Jurídico, México, tomo I, 1974, p. 490 y ss., y Frisch Philipp, Walter, "La forma en que se plasmó la teoría pura del derecho de Hans Kelsen en la jurisdicción austriaca creada por él", traducción de Elsa Bieler, Jurídica, México, julio de 1970, pp. 129 y ss.

73 Cfr., Cappelletti, Mauro, Il controllo..., ob. cit., supra nota 59, p. 101.

encuentran ubicados en alguno de los tres órganos del poder. Esto permite que también se le denomine "concentrado", pues sólo se le da la facultad de resolver las diferencias de las disposiciones ordinarias con la Constitución a ese órgano autónomo.

No se requiere que se esté tramitando un proceso para poder entrar en el análisis de la legitimidad constitucional, sino que puede iniciarse mediante una acción con pretensión de la legitimidad constitucional. La resolución que se dé con motivo de ello va a tener efectos erga omnes, es decir, se invalidará la ley y por lo tanto no se aplicará más.

Por último, la naturaleza de la resolución es que la nulidad de la disposición legislativa va a regir para el futuro y no se podrá aplicar en forma retroactiva, respetándose todo lo hecho durante el tiempo de vida de esa disposición.

Como podemos ver, ambos sistemas el americano y el austriaco son completamente opuestos pues agrupados con cierta lógica, se pueden distinguir toda vez que el control judicial o americano es difuso, incidental, especial y declarativo, en cambio el control autónomo o austriaco es concentrado, principal, general y constitutivo.⁷⁴

Como última consideración en relación con los sistemas de jurisdicción constitucional, es pertinente señalar que los mismos si bien teóricamente los pusimos en una absoluta contraposición, en la práctica esto no sucede así, por lo tanto en algunos países se presentan características tanto del sistema americano como del

74 Cfr., Calamandrei, Piero, "La ilegitimidad...", ob. cit., supra nota 64, p. 33. y Fix-Samudio, Héctor, Latinoamérica..., ob. cit., supra nota 58, pp. 342-343.

austriaco.⁷⁵

B) Tribunales constitucionales

Vistos algunos lineamientos de los sistemas de jurisdicción constitucional resulta conveniente ahora revisar en forma somera su aplicación, para ello tendremos que referirnos a la creación y funcionamiento de diversos tribunales o cortes constitucionales europeos que han seguido el modelo austriaco y, del mismo modo, algunos órganos del poder judicial, así como tribunales o cortes constitucionales que han sido creados en Latinoamérica a semejanza ya sea del sistema americano o del austriaco o bien, con características de ambos.

1. Tribunales constitucionales en Europa

Como lo señalamos en su momento la primera Constitución que estableció un órgano especial de control constitucional fue la austriaca del 1º de octubre de 1920, por lo tanto a ella nos referiremos en forma inmediata.

a. Tribunal constitucional austriaco

El antecedente inmediato del tribunal constitucional es el tribunal supremo (Cappelletti), del imperio (Ermacora) o superior del imperio (Fix-Zamudio) (Reichsgericht) creado por la ley fundamental de 21 de diciembre de 1867, que se transformó en el

75 Cfr., Fix-Zamudio, Héctor, ob. ult. cit., p. 408.

actual tribunal constitucional por virtud de la Constitución de 1920. Este tribunal tenía como única competencia en la materia que nos interesa ahora, el conocimiento de la Beschwerde o recurso constitucional (literalmente queja) que se promovía por cualquier persona que se considerara afectada en sus derechos políticos por algún acto o disposición administrativa. Por lo tanto, como lo señala Félix Ermacora, ya desde entonces se había establecido una jurisdicción constitucional.⁷⁶ Cabe señalar que para ese entonces dicho tribunal carecía de la competencia de control de normas (Normekontrolle), ya que se vivía bajo un gobierno monárquico.

La vida del tribunal constitucional a partir de 1920 fue incierta, ya que estuvo en vigor hasta el 4 de marzo de 1933 en que debido a un golpe de Estado fue suspendido. Posteriormente, en abril de 1934, sus facultades junto con las del tribunal supremo administrativo, pasaron a las de la Corte de justicia federal, situación que fue totalmente rechazada a la llegada de las tropas alemanas el 13 de marzo de 1938. Finalmente dicho tribunal se restableció al volver la independencia a dicho país en 1945.⁷⁷ Su ley reglamentaria es la ley sobre el tribunal constitucional de 1953.

Pues bien, la organización del tribunal constitucional de 1920 a 1929 en que se reformó la Constitución, era de catorce miembros y cuatro suplentes. Ya a partir de 1945 en el artículo

76 Cfr., Ermacora, Félix, "El tribunal constitucional austriaco", en el volumen colectivo Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 269.

77 Cfr., Fix-Zamudio, Héctor, Los tribunales constitucionales y los derechos humanos, México, Porrúa, 1985, pp. 45-46.

147 constitucional se estableció que sus integrantes serían un presidente, un vicepresidente, dos jueces miembros y seis jueces suplentes, si bien su denominación era política, ya que el consejo nacional, el consejo federal y el gobierno federal tienen la posibilidad de proponer algunos nombres al presidente, por lo que regularmente el presidente o vicepresidente del Tribunal representan alguna mayoría política en el Congreso, claro que además de ello, integran el tribunal algunos jueces, funcionarios públicos o profesores de derecho.⁷⁸

La competencia sobre la constitución de este tribunal gira fundamentalmente en tres aspectos: la impugnación de la inconstitucionalidad de las leyes (Normenkontrolle), el recurso contra la afectación de los derechos de la persona humana por actos de la administración (Beschwerde)⁷⁹ y la interpretación de algunas disposiciones constitucionales.⁸⁰

La última de ellas, la interpretación (artículo 138.2 de la Constitución) es de naturaleza preventiva y con ello se evitan conflictos de atribuciones entre el gobierno federal y el de los Estados.

La impugnación de la inconstitucionalidad de alguna disposición legislativa⁸¹ puede ser solicitada por el gobierno

78 Cfr., Ermacora, Félix, "El tribunal ...", ob. ult. cit., p. 272 y Cappelletti, Mauro, La jurisdicción constitucional de la libertad, con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austriaco, traducción de Héctor Flix-Zamudio, México, Imprenta Universitaria, 1961, p. 34 y en especial la nota 106.

79 Cfr., Flix-Zamudio, Héctor, ob. ult. cit., p. 45.

80 Cfr., Ermacora, Félix, "El tribunal...", ob. cit., supra nota 76, p. 274.

81 A partir de que entró en vigor la reforma, el 7 de abril de 1964, se puede impugnar la inconstitucionalidad de algún tratado internacional (artículo 140a).

federal o de las entidades federativas, un tercio de los miembros parlamentarios ya de la federación ya de los Estados,⁸² algún tribunal que esté aplicando una disposición legislativa a un caso concreto (a saber, el tribunal administrativo, el tribunal supremo, el mismo tribunal Constitucional de oficio o cualquier tribunal de apelación) y por último, cualquier individuo que afirme haber sido perjudicado en sus derechos y siempre que la ley sea aplicable en forma inmediata sin necesidad de que medie un acto administrativo (artículo 140.1 constitucional).

Si se encuentra fundada la petición, es decir, si la norma es contraria a la Constitución, se anula dejando vigentes los actos realizados conforme a esa norma (ex nunc) (artículo 140.3 constitucional), teniendo por esto el juzgador una función de legislador en sentido negativo. Sin embargo, el tribunal tiene la facultad de establecer la fecha en que dejará de regir la norma: tratándose de leyes puede ser hasta de doce meses (artículo 140), de tratados internacionales hasta de veinticuatro meses (artículo 140a) y de reglamentos no debe exceder de seis meses (artículo 139).

Una característica importante es que cuando se declara nula una disposición legislativa, las otras leyes derogadas por esa disposición legislativa entrarán de nuevo en vigor a menos que el tribunal disponga otra cosa (artículo 140.6), con lo cual el juzgador se convierte en un legislador en sentido positivo.⁸³

El recurso de protección de los derechos fundamentales de la

82 Por reforma del primero de julio de 1976.

83 Cfr., Ermacora Félix, "El tribunal...", ob. cit., SUPRA nota 76, p. 282.

persona humana puede ser interpuesto por cualquier persona que se considere jurídicamente afectada por algún acto administrativo federal o provincial, requiriéndose el agotamiento previo de los recursos ordinarios (artículo 144.1)

b. Tribunal constitucional alemán

El tribunal constitucional federal (Bundesverfassungsgericht) fue creado por la ley fundamental de la República Federal de Alemania de 23 de mayo de 1949, y reglamentado en su ley de 12 de marzo de 1951. Su sede se encuentra en Karlsruhe.

Desde su inicio dicho tribunal ha estado compuesto por dos salas o senados, los que contaban primeramente con doce magistrados cada una, sin embargo en 1956 y hasta 1959 se redujo su número a diez para que finalmente cada sala quedara constituida por ocho miembros.⁸⁴

Las salas son independientes la una de la otra de tal forma que no pueden revisarse sus decisiones. De manera general, la primera sala conoce de aquellas cuestiones constitucionales relacionadas con los derechos fundamentales del hombre, la segunda, en cambio, conoce de los conflictos de competencia entre la Federación y sus Estados. En caso de discrepancia jurídica entre ambas, es el pleno quien resuelve, situación que al parecer

84 Cfr., Stella Richter, Mario; Ritterpach, Theo y Shuster, Heinz, "La organización y las funciones de la Corte Federal Constitucional y de la Corte Federal de Alemania Occidental", traducción de Héctor Flix-Zamudio, Revista de la Facultad de Derecho de México, México, núms. 31-32, julio-diciembre de 1958, p. 291.

ha sucedido solamente dos veces.⁸⁵

La mitad de los jueces son electos por el Bundestag (Cámara de Diputados) y la otra mitad por el Bundesrat (Consejo Federal que representa a los Estados miembros de la República Federal - Länder-).

La competencia genérica de este tribunal constitucional la podemos circunscribir al conocimiento de dos situaciones: el control de normas (Normenkontrolle) y el recurso constitucional (Verfassungsbeschwerde), instituciones similares a las que vimos en relación con el tribunal constitucional austriaco, sin embargo las diferencias que presentan son las que enunciaremos a continuación.

El control de normas se encuentra dividido en dos funciones a su vez. La primera de ellas es la conocida como control abstracto (Abstrakte Normenkontrolle) y es aquella que se presenta al tribunal constitucional en vía de acción directa, sin requerirse la existencia de un proceso concreto que se esté tramitando y en donde la aplicación de una Ley pueda considerarse como ilegítima.

Esta petición la pueden formular un órgano político es decir, el gobierno federal, el gobierno de los Estados o bien un tercio de los miembros de la Asamblea Federal (Bundestag) cuando consideren que una Ley federal o provincial es contraria a la Constitución Nacional o ésta a un ordenamiento federal (artículos 93, I.2 de la Constitución y 76 a 79 de la Ley Orgánica del

⁸⁵ Cfr., Schlaich, Klaus, "El tribunal Constitucional Federal Alemán", en el volumen colectivo Tribunales constitucionales..., ob. cit., supra nota 76, pp. 143-144.

Tribunal Constitucional).⁸⁶

El segundo tipo de control de normas es el conocido como concreto (Konkrete Normenkontrolle), ya que la inconstitucionalidad de la ley se plantea en forma incidental o prejudicial, siendo necesario para tal efecto la existencia de un caso concreto.

Cualquier tribunal de cualquier instancia (y sólo ellos) puede solicitar al tribunal constitucional, previa suspensión del proceso que tramita, se pronuncie sobre la constitucionalidad de una ley que están aplicando al caso que deciden. Lo único que pueden hacer las partes es solicitar al tribunal que conoce que remita la cuestión de constitucionalidad al tribunal constitucional.

La resolución del tribunal en ambos casos de impugnación de leyes, si considera que la ley es contraria a un derecho fundamental u otro precepto constitucional, declara la nulidad de la ley. Los efectos de esta declaración es que la ley es nula desde su origen (ex tunc), a diferencia de los efectos de la resolución del tribunal austriaco (ex nunc). Ahora bien, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional atenúa esta situación, pues señala que las decisiones ya resueltas bajo la vigencia aparente de la ley quedan prevalecientes y además, en asuntos penales queda abierto el recurso de revisión de las sentencias firmes apoyadas en esa ley declarada inconstitucional.⁸⁷

En relación con el recurso constitucional

86 Cfr., Fix-Zamudio, Héctor, Los tribunales constitucionales..., ob. cit. supra nota 77, p. 54.

87 Idem, pp. 54-56 y Schlaich, Klaus, ob. ult. cit., pp. 192-193.

(Verfassungsbeschwerde), éste puede ser interpuesto por cualquier persona que se considere afectada en alguno de sus derechos fundamentales (Grundrechte) consagrados en la Constitución Federal (artículos 1 a 19 y otros equiparables, artículo 90) por alguna autoridad pública.

Se exige para su interposición, que previamente hayan sido agotados los recursos ordinarios o bien puede acudir directamente al tribunal constitucional cuando la importancia del caso así lo amerite o que exista el riesgo de que se causen perjuicios graves al recurrente si acude a la vía ordinaria, o bien, cuando no existan recursos ordinarios.⁸⁸

Este recurso constitucional no se incluyó en la ley fundamental de 1949, pero sí se hizo en la ley orgánica del tribunal constitucional de 1951 y posteriormente, debido a las reformas en 1969, se elevó a rango constitucional.⁸⁹

La resolución que recaiga a este recurso constitucional si es estimatorio y tratándose de la impugnación de una resolución judicial, la anulará y podrá reenviarse el asunto al tribunal competente. Sin embargo, tratándose de acción directa ante el tribunal por tratarse de una ley autoaplicativa o cuando el acto de aplicación se fundamente en una ley inconstitucional, anulará dicho acto y declarará nula la ley con efectos generales, es decir, erga omnes.

La actividad más frecuente del tribunal constitucional es la

⁸⁸ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, Los tribunales constitucionales..., ob. cit., supra nota 77, pp. 57-60.

⁸⁹ Cfr. Cappelletti, Mauro, La jurisdicción constitucional..., ob. cit., supra nota 78, pp. 63-64 y Fix-Zamudio, Héctor, ob. ult. cit., pp. 56-57.

que consiste en la interpretación conforme a la Constitución (Verfassungskonforme Auslegung). De esta forma, el tribunal determina qué interpretación de una ley es compatible con la Constitución, sin formular una declaración de nulidad, ya que se pronuncia por una determinada interpretación. Así se logra una orientación tanto a los órganos administrativos que la aplicarán como al legislador para que subsane el error antes de ser declarada inconstitucional la ley.

c. Corte constitucional italiana

La Corte constitucional se introdujo en el orden jurídico italiano en los artículos 134 a 137 de la Constitución de la República que entró en vigor el 1º de enero de 1948, sin embargo sus funciones las inició ocho años después, el 23 de enero de 1956, quizá porque como lo señala Francisco Rubio Llorente, fue difícil encontrar los jueces parlamentarios que la integrarían.⁹⁰

Anteriormente a 1948, Italia vivía una monarquía la cual se regía por el Estatuto Albertino que no era un documento rígido, por lo tanto, era difícil concebir el control jurisdiccional de los actos del poder público y sobre todo del parlamento en donde tenía injerencia el monarca.

Con la entrada en vigor de la Constitución de la República la situación cambió parcialmente, ya que de acuerdo con una disposición transitoria, la resolución de las controversias sobre legitimidad constitucional, conflictos de atribución y
90 Cfr., Rubio Llorente, Francisco, "La corte constitucional italiana",
Revista de la Facultad de Derecho, Caracas, núm. 31, 1965, p. 211.

acusaciones contra el Presidente de la República, debía hacerse con las normas preexistentes, entre tanto la Corte Constitucional no entrara en funciones,⁹¹ por ello eran los jueces ordinarios quienes consideraban si una ley era inconstitucional y, en ese caso, no la aplicaban al proceso que estaban conociendo.

De esta manera la jurisdicción constitucional hasta antes de 1956 se caracterizaba por ser difusa, pues correspondía a los jueces ordinarios su conocimiento (incidental), toda vez que la cuestión de legitimidad constitucional debía presentarse en un proceso ordinario y especial, dado que la resolución a dicho proceso era de efectos sólo para las partes.⁹²

Resulta trascendente señalar que tanto la instauración de la Corte Constitucional en la Ley Fundamental como muchas de las normas con que se rige, fueron sugeridas y apoyadas con gran talento jurídico por el procesalista italiano Piero Calamandrei, iniciador del derecho procesal constitucional en su país, ya que fungió como constituyente en la Asamblea correspondiente.⁹³

La Corte se encuentra compuesta por quince jueces, de los cuales cinco corresponden al nombramiento de las Supremas Magistraturas (tres por la Corte de Casación, uno por el Consejo de Estado y uno por el Tribunal de Cuentas); otros cinco al Parlamento en sesión conjunta de ambas Cámaras y los restantes

91 Esta disposición transitoria era la VII.

92 Cfr., Cappelletti, Mauro, "La justicia constitucional en Italia", Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México, núm. 37, enero-abril de 1960, p. 43.

93 Sobre la importancia de la labor jurídica de este gran jurista, y sus aportaciones a la disciplina del derecho procesal constitucional, consúltese el extraordinario trabajo de Héctor Fix-Zamudio, "La aportación de Piero Calamandrei al derecho procesal constitucional", Revista de la Facultad de Derecho de México, núm. 24, octubre-diciembre de 1956, pp. 191-211.

cinco al Presidente de la República mediante decreto (artículos 1 a 4 de la ley de 11 de marzo de 1953).

Diversas han sido las leyes que han tratado de reglamentar la conformación y funciones de la Corte Constitucional. Las dos primeras, caracterizadas como leyes constitucionales, se expidieron el 9 de febrero de 1948 y el 11 de marzo de 1953 respectivamente, si bien la primera de ellas, dado que la Corte empezó sus funciones hasta 1956, se consideró como ley olvidada. La tercera, cuarta y quinta fueron leyes ordinarias expedidas el 11 de marzo de 1953, 18 de marzo de 1958 y 25 de enero de 1962 respectivamente. Además se expidieron el 16 de marzo de 1956 las normas integrativas para los juicios ante la Corte Constitucional y por último, el reglamento general de 22 de abril de 1958.

Las principales materias en las que tiene competencia la Corte de constitucionalidad se encuentran señaladas en el ordenamiento constitucional (artículo 134) y consisten en la decisión sobre los litigios relativos a la legitimidad constitucional de las leyes y de los actos con fuerza de ley del Estado y de las regiones; la resolución de los conflictos de atribuciones entre los poderes del Estado y de aquéllos que surjan entre el Estado y las regiones y entre las regiones entre sí, y acusaciones contra el Presidente de la República y los ministros. De éstas, sólo haremos referencia a la primera que se refiere al objeto de nuestro estudio, que es la protección de los derechos humanos por los tribunales constitucionales.

La legitimidad constitucional de las leyes y de los actos con fuerza de ley puede ser planteada de dos maneras. Una primera

consiste en la forma incidental o prejudicial, puesto que se requiere la existencia de un proceso ordinario para que las partes en el mismo o bien el juez de la causa o el Ministerio Público la planteen. Ahora bien, el juez ordinario para poder elevar el asunto a la Corte Constitucional, debe emitir una ordenanza de reenvío para lo cual debe comprobar la importancia determinante de la ley en la controversia y que la cuestión no sea manifiestamente infundada.

La primera de estas condiciones significa que el proceso ordinario para ser resuelto requiere que haya un pronunciamiento sobre la legitimidad constitucional de la ley que se está aplicando. La segunda de ellas significa un filtro para que no se planteen cuestiones improcedentes.⁹⁴ De esta manera hay una simbiosis entre el juez ordinario y el juez constitucional, toda vez que para que éste último pueda iniciar su actividad, es necesario que aquél le abra la puerta, pero una vez abierta el juez ordinario no puede cerrarla.⁹⁵

Una vez emitida la ordenanza, el juez ordinario debe suspender el proceso ordinario hasta en tanto no se decida la cuestión de constitucionalidad.

Si la impugnación de la ley se considera estimatoria, la resolución que emita la Corte tendrá efectos erga omnes, es decir, perderá eficacia la ley declarada inconstitucional al día siguiente de la publicación del fallo (artículo 136

94 Cfr., Pizzorusso, Alessandro, "El tribunal constitucional italiano", en el volumen colectivo Tribunales constitucionales..., ob. cit., SURCA nota 76, pp. 242-245.

95 Cfr., Fix-Zamudio, Héctor, "La aportación...", ob. cit., SURCA nota 93, p. 196.

constitucional). Sin embargo, como lo señaló Piero Calamandrei, se produce una contradicción ya que si la decisión es erga omnes no tiene efectos retroactivos, por lo que el proceso ordinario del cual surgió no podría ser decidido conforme a esa ley. Con base en esto, el legislador ordinario cambió su criterio en el sentido de que los ordenamientos declarados inconstitucionales no pueden tener "aplicación" al día siguiente a la publicación del fallo. Con ello se aminoró el problema y se considera, ahora, que la resolución de la Corte tiene carácter declarativo con efectos ex nunc en forma general y para el caso concreto con efectos ex tunc.⁹⁶

La segunda forma de plantear la ilegitimidad constitucional de una ley, es la que se realiza en vía principal o directa y se plantea por el gobierno nacional respecto de una ley regional o los gobiernos regionales en relación de leyes nacionales o de otra región. Los efectos del fallo de la Corte si encuentra la pretensión fundada, son erga omnes.

Por lo anterior, las características de este sistema de jurisdicción constitucional son las de ser un control autónomo, concentrado, incidental, general y declarativo, con las excepciones del caso de legitimidad constitucional directa, pues la vía es principal y el caso de la sentencia en la vía incidental, que como vimos puede ser constitutiva.⁹⁷

Por último, el ordenamiento jurídico italiano carece, como

96 Idem, pp. 200-202. Véase además Rubio Llorente, Francisco, "La corte...", ob. cit., supra nota 90, pp. 233-234 y Pizzorusso, Alessandro, "El tribunal...", ob. cit. supra nota 94, p. 253.

97 Véase Cappelletti, Mauro, "La justicia...", ob. cit., supra nota 92, pp. 44-46.

lo señala Cappelletti en su monografía tantas veces citada, de un sistema de protección de derechos humanos en donde exista una acción directa del ciudadano, como lo hay en los ordenamientos austriaco y alemán por medio del recurso constitucional, ya que existen leyes o actos de la administración que pueden incidir en forma inmediata sobre la esfera jurídica de los particulares.⁹⁸

d. Tribunales de garantías constitucionales y constitucional españoles

La jurisdicción constitucional en España se divide fundamentalmente en dos periodos, constituidos respectivamente por la Carta republicana de 1931 (anteriormente sólo se expidieron las constituciones de 1812 y 1867) y la Constitución de 1978, entre las cuales tuvo lugar el periodo de gobierno del general Francisco Franco.

Con la Constitución de 9 de diciembre de 1931 se creó el Tribunal de Garantías Constitucionales (artículos 105 y 121 a 124) con jurisdicción en todo el territorio nacional, cuya Ley Orgánica se publicó el 30 de junio de 1933 con reformas el 10 de julio y 9 de septiembre de ese mismo año y ésta, a su vez, se desarrolló en los reglamentos de 8 de diciembre del mismo año y 6 de abril de 1935.

La misma Constitución, en su artículo 122 señalaba que integrarían el tribunal: un Presidente designado por el Parlamento, sea o no diputado; el Presidente del Cuerpo Consultivo de la República; el Presidente del Tribunal de Cuentas

⁹⁸ Idem, pp. 48-50.

de la República; dos diputados libremente elegidos por las Cortes; un representante por cada una de las regiones españolas; dos miembros electos por todos los Colegios de Abogados de la República y cuatro profesores de entre las facultades de derecho de España.

Además del gran número de miembros y de una composición más bien política, este tribunal contaba con la presencia de sólo seis juristas, los dos electos por los Colegios de Abogados y los restantes cuatro profesores representativos de las facultades de derecho, ya que los demás podían no serlo.⁹⁹

La competencia del tribunal podía ser dividida en cuatro importantes materias:¹⁰⁰ constitucional en cuanto le correspondía resolver los recursos por inconstitucionalidad de las leyes y de amparo de garantías individuales (aquí puede ubicarse también la facultad del tribunal para resolver las consultas que le sometieran cualquier tribunal de justicia cuando haya de aplicar una ley que estime contraria a la Constitución) (artículo 100 constitucional);¹⁰¹ de conflictos, toda vez que resolvía las diferencias de competencia legislativa y otras, entre el Estado y las regiones autónomas o de estas últimas entre sí; de jurisdicción electoral para el examen y comprobación de los poderes de los compromisarios que juntamente con las Cortes elegían al Presidente de la República y, para perseguir altas

99 *Cfr.*, González-Deleito Domingo, Nicolás, Tribunales constitucionales..., ob. cit., *supra* nota 52, p. 22.

100 *Cfr.*, Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, Ensayos de... ob. cit., *supra* nota 37, p. 504.

101 *Cfr.*, Fix-Zamudio, Héctor, Los tribunales constitucionales..., ob. cit., *supra* nota 77, p. 87.

responsabilidades, como la del Jefe del Estado, del Presidente del Consejo y de los Ministros, del Presidente y de los Magistrados del Tribunal Supremo y del Fiscal de la República.

Respecto de la competencia del tribunal que nos interesa en este estudio, podemos señalar dos grandes influencias externas independientemente de los antecedentes internos en este sentido. Por un lado, la idea de atribuir esta competencia a un órgano autónomo y especializado, sin lugar a dudas se debió a la experiencia austriaca de 1920 y en específico al pensamiento del padre de la escuela de Viena, Hans Kelsen.¹⁰² Por otro lado, en lo referente al recurso de amparo también resulta evidente la influencia creada por el juicio de amparo mexicano, institución que también tiene antecedentes remotos en las instituciones españolas del Justicia Mayor de Aragón y el interdicto de la Manifestación de las Personas o de amparo, sobre todo si se toma en consideración los señalamientos realizados por el jurista mexicano, exiliado en España, Rodolfo Reyes, en su obra La defensa constitucional y el reconocimiento que al respecto ha hecho la doctrina española.¹⁰³

El recurso de inconstitucionalidad. Mediante este recurso se puede impugnar la inconstitucionalidad de una disposición

102 Si se quiere abundar en ello se puede consultar el excelente trabajo de José Luis Cascajo Castro "Kelsen y la Constitución Española de 1931", Revista de Estudios Políticos, Madrid, enero-febrero de 1978, pp. 243-255.

103 Véase por ejemplo Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, Ensayos de derecho..., ob. cit., supra nota 37, p. 525, en donde se señala que "se inspira hasta en el nombre en el régimen constitucional mejicano, a través del cual recogemos nuestra tradición jurídica"; González Rivas, Juan José, La justicia constitucional: derecho comparado y español, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1985, p. 104 y Reyes, Rodolfo, La defensa constitucional. recursos de inconstitucionalidad y amparo, Madrid, Espasa Calpe, 1934, pp. 7-16.

legislativa, ya sea en consulta o bien en forma incidental o directa, aun cuando esta última fue suprimida implícitamente.

La primera de ellas, la consulta, podía ser planteada por cualquier tribunal de justicia que al momento de aplicar una ley consideraba que era contraria a la Constitución, para lo cual suspendía el procedimiento y hacía la consulta al Tribunal de Garantías, todo esto con fundamento en los artículos 100 y 123.2 constitucionales.

Fuera del caso anterior, con base en el artículo 123 constitucional¹⁰⁴ y el artículo 27 de la Ley Orgánica, el Ministerio Fiscal y los particulares interesados podían actuar en recurso constitucional, sin embargo esta última acción popular quedó limitada por el artículo 30 de la misma Ley Orgánica, ya que disponía que la excepción de inconstitucionalidad pertenecía al titular del derecho que resultase agraviado por la aplicación de aquélla. De esta forma se requiere la existencia de un proceso ordinario, considerándose vía incidental. En este sentido también se encuentra la participación del Ministerio Fiscal, pues el artículo 30.3 de la Ley Orgánica señaló que el éste podía plantear su cuestión en forma de recurso ante el Tribunal de Garantías cuando estimara que la ley aplicable a un caso pudiera ser contraria a la Constitución.

Quando el recurso de inconstitucionalidad lo solicitaba un individuo que fuera parte en un proceso civil, criminal,

104 Este artículo decía: "Son competentes para acudir ante el Tribunal de Garantías Constitucionales: 1. El Ministerio Fiscal. 2. Los jueces y Tribunales en el caso del artículo 100. 3. El Gobierno de la República. 4. Las regiones españolas. 5. Toda persona individual o colectiva, aunque no hubiera sido directamente agraviada".

contencioso-administrativo o laboral, el juez mandaba el asunto a la sala competente del Tribunal Supremo que era quien decidía sobre la procedencia de la cuestión. Si la resolución era negativa, la parte interesada podía interponer el recurso de inconstitucionalidad (de manera subsidiaria), pero en este caso no se suspendía el proceso ordinario y además se debía entregar una fianza. (artículo 31 de la Ley Orgánica). En el supuesto de ser un procedimiento administrativo, el dictamen lo realizaba el Consejo de Estado.

Tratándose del artículo 100 constitucional, el juez solicitaba su parecer a la Sala del Tribunal Supremo competente y si resolvía favorablemente, la consulta se formulaba ante el Tribunal de Garantías y el juez ordinario debía suspender el proceso (artículo 32 de la Ley Orgánica).

En relación con el Ministerio Fiscal, la iniciativa del recurso correspondía siempre al Fiscal General de la República, con posibilidad de delegarlo en otro funcionario.

Los efectos de la resolución del recurso constitucional podían ser de dos categorías, de acuerdo al artículo 42 de la Ley Orgánica. Si se trataba de un error de forma en la ley, la resolución produciría la total anulación que no afectaba las situaciones jurídicas creadas durante su vigencia (*ex nunc*). Por otro lado, si la inconstitucionalidad era material, el efecto era únicamente respecto del caso concreto y de carácter retroactivo (*ex tunc*).

El recurso de amparo. Este recurso podía ser interpuesto por la persona agraviada o por cualquier ciudadano o persona jurídica

(en este último supuesto se exigía caución), respecto de un acto concreto de autoridades gubernativas, judiciales o de cualquier otro orden que hubiere infringido alguno de los derechos fundamentales consagrados en la ley fundamental. El escrito se presentaba ante una de las secciones del Tribunal de Garantías que actuaban como Salas de Justicia y de Amparo.

Para su procedencia se requería, además de la existencia del acto, que no hubiese sido admitida o resuelta la petición del amparo por el Tribunal de Urgencia o que dicho tribunal hubiese dictado resolución denegatoria (artículo 45 de la Ley Orgánica). Sin embargo, estos tribunales nunca llegaron a crearse, motivo por el cual se dispuso en el artículo 2o. transitorio de la Ley Orgánica que esta instancia se tramitaría ante el superior jerárquico de la autoridad que hubiese dictado el acto impugnado. Por lo tanto, el Tribunal de Garantías actuaba en este caso como tribunal de última instancia.¹⁰⁵

Tanto el recurso de inconstitucionalidad como el de amparo tuvieron muy poca aplicación debido a la inestabilidad política que culminó con la guerra civil y a la caída del régimen republicano.

Durante el régimen franquista sólo puede mencionarse en esta materia la creación por la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967, del recurso de contrafuero como instrumento para controlar la legislación de las Cortes "por vulneración de los Principios del movimiento o demás Leyes Fundamentales" (artículo

¹⁰⁵ Cfr., Fix-Zamudio, Héctor, Los tribunales..., ob. cit., supra nota 77, p. 90.

63 de la mencionada ley). Pero como la decisión final correspondía al Jefe de Estado, su efectividad práctica fue casi nula, además de las críticas severas que se le formularon.¹⁰⁶

Tribunal Constitucional Español.

Restablecido el orden constitucional por la Constitución dada por las Cortes de 26 de octubre y aprobada por el pueblo en referendo de 6 de diciembre de 1978, se creó en los artículos 159 a 165 el nuevo Tribunal Constitucional cuya Ley Orgánica se publicó el 5 de octubre de 1979.

El Tribunal Constitucional, como lo señala el artículo 10. de su Ley Orgánica, es el intérprete supremo de la Constitución y se considera independiente de los demás órganos constitucionales.

Dicho tribunal se integra por doce miembros con el título de Magistrados que son nombrados por el Rey a propuesta de los siguientes órganos: cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; otros cuatro a propuesta del Senado con la misma mayoría; dos a propuesta del Gobierno y dos últimos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial (artículo 159.1 constitucional y 5 de la Ley Orgánica). Pero además, como lo disponen los artículos 159.2 de la Constitución y 18 de la Ley Orgánica, los miembros deberán ser nombrados de entre magistrados, fiscales, profesores de Universidad, funcionarios públicos o abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional o en activo en su función. Con ello se logra una gran

106 *Idem*, p. 98 y González Rivas, Juan José, La justicia..., ob. cit., AUSA nota 103, p. 111.

diferencia de lo que acontecía en el sistema de 1931, en donde no era necesario ser jurista para ser miembro del Tribunal de Garantías.

El tribunal puede funcionar en pleno o en las dos salas, estas últimas presididas respectivamente por el presidente y vicepresidente del mismo tribunal.

La competencia principal que tiene el tribunal versa sobre: el recurso y la cuestión (antes consulta) de inconstitucionalidad; y el recurso de amparo y los conflictos de competencia, independientemente de otras que la propia Constitución le atribuye.

El tratamiento que le da la legislación orgánica en la materia a la primera competencia señalada, es en relación con los efectos que pueda tener la resolución, pues considera que se puede llegar a la declaración de inconstitucionalidad mediante dos procedimientos que son el recurso de inconstitucionalidad y la cuestión de inconstitucionalidad.

El recurso de inconstitucionalidad. Puede plantearse en forma directa o en vía prejudicial o incidental. En el primer caso los legitimados para hacer valer la impugnación son: el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta diputados, cincuenta senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y en su caso, las Asambleas de las mismas (artículo 162.1 constitucional).

Las disposiciones que pueden ser objeto de este recurso son las leyes, y las disposiciones normativas o actos con fuerza de ley.

En el segundo caso, es decir, la impugnación en vía incidental o prejudicial, están legitimados para hacerla valer los jueces o tribunales, ya sea de oficio o a instancia de parte, cuando consideren que el fallo del proceso que están desahogando depende de la aplicación de una ley que puede ser inconstitucional, supuesto en el cual formularán la consulta al Tribunal Constitucional.

Nota muy característica de este sistema es que la cuestión prejudicial de acuerdo con la doctrina italiana, es una situación que se da antes de que concluya un proceso ordinario con una solución final. Pues bien, el artículo 35.2 de la Ley Orgánica señala que sólo se podrá plantear la cuestión una vez concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, es decir, una vez agotada la etapa instructoria del proceso. Esta disposición se apoya en el artículo 163 de la Constitución el cual dispone que la formulación de esta cuestión en ningún caso será con efectos suspensivos, además de que el artículo 30 de la Ley Orgánica señala que la admisión de una cuestión de inconstitucionalidad no suspenderá la vigencia ni la aplicación de la ley.

En este sentido resulta interesante preguntarnos si en virtud de lo anterior, el juez que se encuentra ya en la etapa de resolución del caso pudiera, en tanto se decide la constitucionalidad, emitir su sentencia, lo cual provocaría una contradicción, toda vez que si la resolución del Tribunal Constitucional es estimatoria, y el juez a quo resuelve lo contrario, debe anularse dicho fallo, ya que el del primero tiene

efectos vinculatorios para con el juez que planteó la cuestión. Por otro lado, cuando el juez de la causa aplica una disposición legislativa debe decidir previamente su conformidad con la Constitución, pues de esta cuestión depende el fallo de fondo, por lo que en la realidad es lógico suponer que dicho juez esperará a que resuelva el Tribunal Constitucional para que su sentencia esté bien fundamentada. Por lo tanto, de hecho posee ciertos efectos suspensivos la consulta judicial ante el citado Tribunal Constitucional.

La resolución del Tribunal Constitucional en el recurso y en la cuestión de inconstitucionalidad tiene efectos generales una vez publicada en el Boletín Oficial del Estado (artículo 164.1 de la Constitución) y declarará la nulidad de los preceptos impugnados, así como de aquéllos otros conexos o consecuentes.

El recurso de amparo. El objeto de este recurso es la restauración de la violación de los derechos y libertades fundamentales establecidos por la Constitución, con exclusión de la libertad personal que queda protegida bajo el procedimiento de habeas corpus (artículo 17.4 de la Constitución). En este sentido, cabe hacer la aclaración de que antes de poder acudir al Tribunal Constitucional, el artículo 53.2 de la Constitución (en remisión hecha del 161.1 b) establece la posibilidad de acudir ante los tribunales ordinarios para solicitar la misma protección mediante un procedimiento preferente y sumario. Situación que no acontece con la llamada objeción de conciencia (regulada por el artículo 30.2 Constitucional y referente a la excepción de prestar el servicio militar), pues resulta procedente de

inmediato el recurso de amparo.

Pareciera, como lo señala el autor que tanto hemos seguido a lo largo de este estudio,¹⁰⁷ que este procedimiento preferente constituye una primera instancia al igual que los Tribunales de Urgencia en la Constitución de 1931, pero aquella instancia no tiene nada de medio ordinario, por lo que es más lógico considerar de que se trata de un proceso específico para la protección de los derechos fundamentales, distinto al recurso de amparo. Aun así quedan en el aire las preocupaciones de que si es un proceso constitucional para la salvaguarda en forma rápida y eficaz de los derechos fundamentales, y de que en qué grados o instancias debe el mismo agotarse.

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, por su lado, apunta en su artículo 43.1 que las violaciones de los derechos y libertades fundamentales darán lugar al recurso de amparo una vez que se haya agotado la vía judicial precedente, pero aún siguen latentes las preocupaciones anteriores. Lo que viene a aligerar un poco la situación es la sección segunda del artículo segundo de las disposiciones transitorias, la cual señala que en tanto no se establezca el procedimiento judicial de protección de los derechos y libertades fundamentales, se entenderá que la vía judicial previa a la interposición del recurso de amparo, será la contencioso-administrativa ordinaria o la configurada en la sección segunda de la ley 62/1978 de 26 de diciembre, sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales.

¹⁰⁷ Fix-Zamudio, Héctor, Los tribunales..., ob. cit., supra nota 77, p p. 101-104.

En cuanto a estas disposiciones, el jurista español Jesús González Pérez ha realizado algunas observaciones que nos explican un poco más esta telaraña jurídica. En efecto, señala el autor que ante la disyuntiva de acudir al proceso administrativo ordinario o a la ley 62/1978, esta última es la vía normalmente utilizada, toda vez que es la específica para estas cuestiones y además ofrece mayores garantías.¹⁰⁸ Sin embargo, al aplicarse esta ley que admite con carácter general el recurso de apelación, hasta que no se agote este último no se tendrá una resolución firme que pueda impugnarse mediante el recurso de amparo.

Otro inconveniente de este procedimiento preferente, como lo señala González Pérez, es que el recurso de apelación se admite en un solo efecto, es decir el llamado devolutivo, que no impide que el proceso o la ejecución de la sentencia continúe, por lo tanto, puede consumarse la violación al derecho fundamental y la suspensión que se pueda lograr en el recurso de amparo carecerá de sentido.¹⁰⁹

Los efectos de la resolución al recurso de amparo son particulares, por lo que puede declararse la nulidad del acto, el reconocimiento del derecho o libertad pública o el restablecimiento en el derecho o libertad afectados.

Por último, una facultad importante del Tribunal Constitucional es la establecida en el artículo 95 constitucional, en cuanto que se pueda revisar en forma previa la constitucionalidad de un tratado internacional que contenga

108 Cfr., González Pérez, Jesús, Derecho procesal constitucional, Madrid, Civitas, 1980, p. 284

109 Idem, p. 279.

disposiciones contrarias a la Constitución, a solicitud del Gobierno o de cualquiera de las Cámaras.

Como sería difícil en esta oportunidad realizar un estudio más amplio sobre las características principales de los tribunales constitucionales en tanto garantes del ordenamiento constitucional y de los derechos fundamentales en ellos establecidos, nos limitamos en esta ocasión a proporcionar algunos ejemplos de estos organismos para tener una visión aproximada en el ámbito europeo, así como de la tendencia al establecimiento de los mismos en otros ordenamientos.

En este sentido sólo señalamos otras instituciones de jurisdicción constitucional, como son el Consejo Constitucional y el Consejo de Estado en Francia, en Suiza el recurso de derecho público; en Portugal el Tribunal Constitucional, lo mismo que los tribunales constitucionales en Yugoslavia, Turquía, Chipre, Grecia, Corea, Vietnam del Sur, Irak, así como en algunos países que han abandonado el modelo soviético, como Checoslovaquia, Hungría y Polonia.

Podemos señalar como características presentes en los tribunales europeos anteriormente reseñados, que además de la impugnación de la constitucionalidad de las leyes, estos organismos conocen del recurso que tiene por objeto la protección de los derechos fundamentales (con excepción de Italia). Aunado a ello, tienen como atribución realizar una interpretación o revisión constitucional preventiva (con excepción nuevamente de Italia) en relación con las disposiciones legislativas generales (Austria y Alemania), e inclusive con los tratados

internacionales (España).

Por último, cabe señalar que en el nombramiento de los jueces de los tribunales constitucionales, cuyo número oscila entre 10 y 15, intervienen órganos de representación política (poder legislativo) y en ocasiones el poder judicial (Italia y España).

2. Tribunales constitucionales latinoamericanos

Resulta conveniente examinar a continuación de los tribunales europeos, algunos ordenamientos jurídicos latinoamericanos que a pesar de la influencia del modelo norteamericano, como señalamos páginas arriba, han adoptado un sistema de jurisdicción constitucional concentrado, claro está, la mayoría de ellos con adaptaciones propias a su orden jurídico y con algunas características tanto del sistema americano como del austriaco. Por otro lado, esto nos aproxima al examen que, como último capítulo, haremos de nuestro sistema jurídico.

En realidad no son muchos los países latinoamericanos que han establecido un órgano especial de control constitucional, pero podemos mencionar a este respecto a Guatemala, Chile, Ecuador, Perú, Costa Rica y a últimas fechas Colombia. Trataremos de dar en las líneas siguientes, un bosquejo de su integración y funcionamiento.

a. Corte de constitucionalidad de Guatemala

El origen y evolución de esta Corte los podemos dividir en

dos etapas: una marcada por su creación en 1965 y la otra, como resultado de una nueva Constitución expedida en 1985 que restablece la Corte Constitucional (suprimida en 1981 con motivo del golpe militar de Ríos Montt, quien además derogó la Constitución de 1965) y le da una mayor estabilidad en su integración y sus funciones.

El primer Tribunal Constitucional de este país se creó con motivo de la expedición de la Constitución el 16 de septiembre de 1965 y su correspondiente entrada en vigor el 5 de mayo de 1966, en sus artículos 262 a 265. Su competencia era estrictamente constitucional, ya que se dejó a los tribunales de amparo el conocimiento y tramitación del mismo el cual, tenía como objeto, entre varios otros, mantener o restituir al agraviado en el goce de los derechos y garantías que la Constitución establecía y declarar en casos concretos que una ley, un reglamento o una resolución o acto de autoridad no obliga al recurrente por contravenir o restringir cualesquiera de los derechos garantizados por la Constitución (artículo 80 incisos 1 y 2 de la mencionada Constitución).

Cabe señalar que el derecho fundamental de la libertad personal no se encontraba regulado por el amparo sino por el procedimiento de habeas corpus o de exhibición personal. De esta manera eran tres las instituciones fundamentales prevaecientes en el orden jurídico guatemalteco de esa época en la defensa de los derechos de la persona, el recurso de inconstitucionalidad, el derecho de amparo y el recurso de habeas corpus o de

exhibición personal.¹¹⁰

Integraban la Corte de Constitucionalidad doce miembros. Cinco eran designados de entre los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y los restantes de entre los magistrados de la Corte de Apelaciones y del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. El presidente de la Corte Suprema, desempeñaba las funciones de Presidente de la Corte de Constitucionalidad (artículos 262 de la Constitución y 105 de la Ley de Amparo).

Una característica muy particular de esta Corte era que se reunía cada vez que ingresaba un asunto a la misma, por lo que no era un tribunal permanente (artículo 109 de la Ley de Amparo).

La competencia de la Corte consistía en el conocimiento de los recursos constitucionales contra las leyes o disposiciones gubernativas de carácter general que contenían vicio parcial o total de inconstitucionalidad. En realidad este recurso, como lo señala Héctor Fix-Zamudio, más bien era una acción como instancia directa que inicia un proceso autónomo y no un recurso que significaría la continuación de una instancia iniciada en una etapa inferior, situación que no acontece en el presente caso.¹¹¹

Los legitimados para acudir al tribunal de acuerdo con los artículos 264 constitucional y 107 de la Ley de Amparo eran: el Consejo de Estado; el Colegio de Abogados por decisión de su asamblea general; el Ministerio Público en todo caso aun, cuando no fuera el recurrente por disposición del Presidente de la

¹¹⁰ Inclusive la ley que reglamenta a las tres instituciones se denomina Ley de Amparo, Habeas Corpus y de Constitucionalidad, la cual es de fecha 20 de abril de 1966 y entró en vigor el 5 de mayo del mismo año.

¹¹¹ Cfr., Fix-Zamudio, Héctor, Los tribunales..., ob. cit., supra nota 77, p. 136.

República, y cualquier persona o entidad a quien afectara directamente la constitucionalidad de la ley o disposición gubernativa impugnada, con el auxilio de diez abogados en ejercicio. Esta vendría a constituir una impugnación directa.

Sin embargo, también existía la posibilidad de una impugnación prejudicial o incidental (conocida también como cuestión de inconstitucionalidad), toda vez que el artículo 103 de la Ley de Amparo señalaba que en los procesos concretos entre tribunales ordinarios se podía solicitar un procedimiento específico para la cuestión de inconstitucionalidad, con el efecto de que si resultase estimatoria la pretensión, la declaración de inconstitucionalidad sólo desaplicaría la norma impugnada en el caso concreto.

En los demás supuestos la resolución que declaraba la inconstitucionalidad podía hacerlo en forma total, con lo que se anulaba la disposición impugnada, o en forma parcial quedaba en vigor la parte restante. Ambas resoluciones surtían efectos desde el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial.

Con la entrada en vigor de la nueva Constitución el catorce de enero de 1986, la Corte de Constitucionalidad adquiere el carácter de un tribunal permanente de jurisdicción privativa (especializada) e independiente, teniendo como función esencial la defensa del orden constitucional (artículo 268 constitucional).

La Corte ahora se integra con cinco magistrados titulares con sus respectivos suplentes y son designados por los siguientes órganos: el pleno de la Corte Suprema de Justicia; el pleno del

Congreso de la República; el Presidente de la República en Consejo de Ministros; por el Consejo Superior Universitario de la Universidad de San Carlos de Guatemala y por la Asamblea del Colegio de Abogados (artículo 269 constitucional). La presidencia de la Corte es rotativa, por un año, y tomando en cuenta la edad de sus integrantes.

La competencia de la Corte tratándose de la impugnación constitucional de leyes es tanto directa como incidental. En efecto, de conformidad con los artículos 272 inciso a y 267 de la Constitución, la Corte conocerá en única instancia de las impugnaciones contra leyes o disposiciones de carácter general, objetadas parcial o totalmente. Están legitimados para ello, la Junta Directiva del Colegio de Abogados a través de su Presidente; el Ministerio Público por medio del Procurador General de la Nación; el Procurador de los Derechos Humanos en su competencia y cualquier persona con el auxilio de tres abogados colegiados activos (artículo 134 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad). Con esta última posibilidad se crea una acción popular limitada.

Por otra parte, tratándose del sistema incidental, la Corte conocerá en apelación de las impugnaciones en contra de las leyes objetadas de inconstitucionalidad en casos concretos, en cualquier juicio o en casación, siempre antes de dictarse sentencia, ya sea que se haga mediante acción, excepción o en forma incidental (artículos 272 inciso d y 266 de la Constitución y 116 de la ley de amparo).

Esta facultad de la Corte es considerada como recurso

ordinario de apelación porque otorga la facultad a los tribunales ordinarios de estudiar y pronunciarse sobre la cuestión de constitucionalidad, por lo que asumen, de acuerdo con la ley, el carácter de tribunales constitucionales (artículos 117 y 120 de la Ley de Amparo).

La resolución de la Corte en materia de impugnación de leyes o disposiciones generales en que se declare su inconstitucionalidad, tiene por efecto dejarlas sin vigor en su totalidad o en parte de ellas, si es que la inconstitucionalidad fue total o parcial.

La Corte de Constitucionalidad también tiene competencia en materia de amparo, éste considerado como medio para proteger a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o bien para restaurar a las mismas cuando sus derechos fueron transgredidos (artículo 265 de la Constitución), salvo el caso de la libertad personal, pues para ello existe la acción de exhibición personal, anteriormente de habeas corpus (artículo 263 de la Constitución).

El amparo ante la citada Corte consiste fundamentalmente en una instancia de apelación de las resoluciones que en materia de amparo formulen la Corte de Apelaciones y los jueces de primera instancia (artículo 272 c de la Constitución). Tratándose de resoluciones de la Corte Suprema de Justicia, así como de actos del Congreso, del Presidente y del Vicepresidente de la República, la Corte se constituirá en Tribunal Extraordinario de Amparo. (artículos 272 b de la Constitución y 11 de la Ley de Amparo).

En ambas materias, de inconstitucionalidad y de amparo, procede la suspensión del acto reclamado. Respecto de la impugnación de leyes en casos concretos, la suspensión se decretará de oficio y tendrá por efecto suspender el proceso desde que el juez de primera instancia resuelva sobre la inconstitucionalidad (artículo 126 de la Ley de Amparo). En el caso de impugnación de leyes generales la suspensión se determinará de oficio y tendrá por efecto suspender provisionalmente la ley, reglamento o disposición general, con efectos generales. En el caso de amparo se suspenderá provisionalmente el acto reclamado ya sea de oficio o a instancia de parte.

La Corte Constitucional también puede dar su opinión, a petición del Congreso de la República, del Presidente de la República y de la Corte Suprema de Justicia, sobre la constitucionalidad de los tratados, convenios y proyectos de ley (artículos 272 inciso e de la Constitución y 171 de la Ley de Amparo).

Por último, el criterio de la Corte sobre la interpretación de normas constitucionales, así como de otras leyes, reiterado tres veces de manera uniforme, se considera doctrina legal que debe respetarse por los tribunales (artículo 43 de la Ley de Amparo).

b. Tribunal constitucional chileno

Como resultado de las reformas constitucionales promulgadas

el 21 de enero de 1970 se creó el Tribunal Constitucional de Chile que inició sus actividades el 10 de septiembre de 1971, dándose el mismo tribunal sus Estatutos Jurídicos el 23 de noviembre y 11 de diciembre de 1971, sobre su organización y funcionamiento.

Lo mismo que con la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, el Tribunal Constitucional Chileno no establece procedimiento alguno directo para la defensa de los derechos fundamentales ya que le corresponde a la Corte Suprema resolver los recursos de amparo que se promuevan contra las violaciones de los derechos de la persona, y el recurso de habeas corpus en relación con la libertad de las personas ante los tribunales ordinarios.

La competencia constitucional de dicho tribunal gira en torno a dos materias: el control previo de la constitucionalidad de las leyes y de los tratados internacionales, y las cuestiones de constitucionalidad de un decreto con fuerza de ley,¹¹² es decir, de un decreto presidencial expedido en uso de facultades delegadas por el Congreso.

El control preventivo podía ser solicitado por el Presidente de la República, por cualquiera de las Cámaras o por más de un tercio de sus miembros en ejercicio. Dicha solicitud no interrumpía el procedimiento legislativo pero las disposiciones impugnadas no se promulgaban hasta que resolviera el tribunal.

112 Las otras competencias son la cuestión de constitucionalidad respecto de una convocatoria a un plebiscito, inhabilidades constitucionales para ser designado Ministro de Estado, reclamos contra el Presidente de la República cuando no promulgue una ley y las contiendas de competencia.

Esta característica constituye una clara influencia del Consejo Constitucional francés.¹¹³

Las cuestiones de constitucionalidad podían solicitarse por el Presidente de la República cuando la Contraloría General de la República (órgano que funcionaba como Tribunal de Cuentas y examinaba los decretos del Ejecutivo) rechazara un decreto con fuerza de ley, y cuando la Contraloría hubiera tenido conocimiento de este decreto; así como por las Cámaras del Congreso o por más de un tercio de sus miembros.

Este tribunal dejó de funcionar debido al golpe de 11 de septiembre de 1973, ya que el nuevo gobierno militar lo disolvió por decreto ley de 10 de noviembre de 1974. Sin embargo, con ánimos de legitimación, el mismo gobierno militar restauró este tribunal como resultado del referéndum a la Constitución Política (artículos 81 a 83) de 11 de septiembre de 1980, elaborado por la Junta de Gobierno como autoridad constituyente, misma que expidió la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional publicada el 19 de mayo de 1981.

De acuerdo con la Constitución y su Ley Orgánica, el Tribunal Constitucional es un órgano del Estado, autónomo e independiente de cualquier otra autoridad. Integran dicho tribunal siete miembros: tres son ministros de la Corte Suprema y designados por ella misma; un abogado nombrado por el Presidente de la República; dos abogados elegidos por el Consejo de Seguridad Nacional y un último por el Senado con mayoría absoluta

113 Cfr., Fix-Zamudio, Héctor, Los tribunales..., ob. cit., supra nota 77, pp. 143 y 145.

de los senadores en ejercicio (como no se restableció esta última Cámara, el nombramiento correspondió a la Junta de Gobierno) (artículo 81 de la Constitución).

Las facultades de este nuevo tribunal son prácticamente las mismas que las del anterior de 1970 y no se incluye la protección directa de los derechos fundamentales, ya que nuevamente quedan con los tribunales ordinarios la tramitación del recurso de protección de garantías constitucionales (artículo 20 constitucional) y del habeas corpus (artículo 21 constitucional). La facultad que se le adiciona es la de pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de las organizaciones y de los movimientos o partidos políticos, así como de la responsabilidad de las personas que atenten o hayan atentado contra el ordenamiento constitucional de la República (artículo 82 inciso siete de la Constitución) para lo cual se otorga acción pública.

A la Corte Suprema de Justicia se le otorgó la facultad de declarar inaplicable, de oficio o a instancia de parte, en los casos concretos que tramite, todo precepto legal que sea contrario a la Constitución, salvo que dicho precepto haya sido determinado como constitucional por el Tribunal Constitucional, respecto del mismo vicio argumentado en el proceso.

Las disposiciones declaradas como inconstitucionales por el tribunal, ya que se trata de un control prácticamente preventivo, no podrán llegar a ser ley y tratándose de decretos serán nulos de pleno derecho.

c. Tribunal de garantías constitucionales del Ecuador

Con la Constitución ecuatoriana aprobada por el pueblo en el referéndum de 15 de enero de 1978, se estableció el Tribunal de Garantías Constitucionales. Este tribunal se integra con tres miembros elegidos por la Cámara Nacional de Representantes; el Presidente de la Corte Suprema de Justicia; el Procurador General; el Presidente del Tribunal Supremo Electoral; un representante del Presidente de la República; un representante de los trabajadores; un representante de las Cámaras de la producción y dos representantes de los ciudadanos.

Como funciones desarrolla principalmente cuatro (artículo 141 constitucional): la primera en cuanto que vela por la ejecución de la Carta Fundamental exhortando a las autoridades y demás funcionarios de la administración pública; la segunda consiste en formular observaciones sobre decretos, acuerdos, reglamentos o resoluciones dictadas en contravención de la Constitución o de las leyes. Si estas observaciones no llegaren a cumplirse, existe un medio de presión que es darlo a conocer a la prensa y ponerlo a la consideración de la Cámara Nacional de Representantes o del pleno de las Comisiones Legislativas. Con la reforma publicada el primero de septiembre de 1983 se estableció como punible el desacato a las observaciones formuladas sobre la inconstitucionalidad de las leyes y las violaciones de los derechos humanos.

La tercera facultad consiste en el conocimiento y tramitación de las quejas presentadas por persona física o

jurídica con base en alguna transgresión a la Constitución. El tribunal acusará a los responsables y los presentará a la Cámara Nacional de Representantes para que lo enjuicien u ordenen se le procese.

Como se puede apreciar con estas tres facultades en realidad la labor de este Tribunal Constitucional es auxiliar del órgano legislativo.¹¹⁴ Sin embargo, como cuarta facultad se le otorga al Tribunal de Garantías la facultad de suspender, total o parcialmente, en cualquier tiempo y de oficio o a petición de parte, los efectos de leyes, decretos, acuerdos, reglamentos, ordenanzas o resoluciones que se determinen como inconstitucionales por la forma o el fondo. Pero corresponde al Congreso Nacional la última decisión sobre ello.

Esta facultad se encontraba anteriormente conferida a la Corte Suprema de Justicia, ahora esta última sólo podrá declarar, lo mismo que el Tribunal Fiscal y el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, la inaplicabilidad del precepto contrario a la Constitución al proceso que están decidiendo y se lo comunicará al Tribunal de Garantías (artículo 138 constitucional).

La resolución del tribunal como la del Congreso Nacional no pueden ser retroactivas y las de la Corte Suprema no tienen efectos generales sino particulares para el caso que decide.

d. Tribunal constitucional peruano

La Constitución peruana del 12 de julio de 1979 estableció

¹¹⁴ *Idem*, p. 153.

en sus artículos 296 a 304 la creación y lineamientos del Tribunal de Garantías Constitucionales, nombre tomado del Tribunal español del mismo nombre de 1931,¹¹⁵ el cual tiene su sede en Arequipa.

Dicho tribunal se integra por nueve miembros: tres designados por el Congreso, tres por el Ejecutivo y los restantes tres por la Corte Suprema de Justicia. La ley orgánica del tribunal se promulgó el 19 de mayo de 1982 y el 7 de diciembre del mismo año la ley de habeas corpus y de amparo.

La competencia del tribunal se divide en dos materias: la acción de inconstitucionalidad y las resoluciones denegatorias de las acciones de habeas corpus y de amparo. Sin embargo, antes de ver el objeto de las mismas conviene señalar que de acuerdo con el régimen derivado de la Constitución anterior (de 1933) se estableció un control político de la constitucionalidad de las leyes, ya que de conformidad con el artículo 26 se podían interponer reclamaciones ante el Congreso por infracciones a la Constitución quedando por tanto en este mismo órgano la facultad de dejar sin efecto cualquier disposición legislativa contraria a la Constitución. Sin embargo, poco fue aplicada esta atribución.¹¹⁶

Además, en la misma Constitución de 1933, en su artículo 133

115 Véase García Belaúnde, Domingo, "El funcionamiento del Tribunal de Garantías Constitucionales", en el volumen colectivo, "El Tribunal de Garantías Constitucionales en debate, en Enfoques peruanos, Lima núm. 6, 1986, pp. 113 y 114; y "La influencia española en la Constitución peruana, Revista de Derecho Político, Madrid, núm. 16, invierno 1982-1983, pp. 201-207.

116 *Cfr.*, García Belaúnde, Domingo, "La jurisdicción constitucional en el Perú", en el volumen colectivo La jurisdicción constitucional en Iberoamérica, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1984, pp. 421-423.

se introdujo la acción popular contra los reglamentos, las resoluciones y los decretos gubernativos de carácter general que infringieran la Constitución o las leyes, que hasta 1963, con la expedición de la Ley Orgánica del Poder Judicial, empezó a funcionar. Se ejercita ante el poder judicial y se sustancia en vía ordinaria como proceso de puro derecho, es decir, un proceso sin la etapa probatoria. El efecto de la resolución es la inaplicación de la ley al caso que se encuentra pendiente.

La acción de inconstitucionalidad. Están legitimados para iniciarla, el Presidente de la República, veinte senadores, sesenta diputados, la Corte Suprema de Justicia, el Fiscal de la Nación o cincuenta mil (50,000) ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones.

Si se llegare a declarar la inconstitucionalidad de leyes o decretos legislativos, lo comunicará al Congreso con el objeto de que apruebe un nuevo ordenamiento dentro de 45 días naturales para que subsane la norma impugnada, de lo contrario la sentencia será publicada en el Diario Oficial. Tratándose de normas regionales o municipales la resolución se publica en forma inmediata.

Ello significa que ahora le compete al Tribunal de Garantías Constitucionales la declaración de inconstitucionalidad, sin embargo, existe todavía la participación del Congreso, pero en forma muy atemperada, pues le confiere la posibilidad de expedir una nueva norma.

La resolución que declara la nulidad de la disposición contraria a la Constitución no tiene efectos retroactivos, pero

se extiende a otros preceptos conexos o consecuentes. Sólo en las materias penal, laboral o tributaria puede tener efectos retroactivos, cuando son favorables para el afectado.

La acción de amparo procede cuando cualquier derecho reconocido por la Constitución (con excepción del de libertad individual) es vulnerado o amenazado por cualquier autoridad, funcionario o persona. La acción de habeas corpus procede contra la acción u omisión de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnere o amenace la libertad individual.

Respecto de ambos instrumentos poseen legitimación activa el Ministerio Público o la parte que resulte afectada con la resolución denegatoria emitida por la Corte Suprema. El objeto del recurso, considerado como casación, es el de revisar la resolución de la Corte Suprema en cuanto a los vicios del procedimiento o aplicación errónea de la ley. Por lo tanto, en el caso de que se encuentren estas violaciones, habrá una remisión a la Corte Suprema para su corrección.

Por último, se concede acción popular ante el poder judicial para impugnar los reglamentos, normas administrativas, resoluciones y decretos de carácter general expedidos por el Ejecutivo, los gobiernos regionales y locales y demás personas de derecho público.

e. Corte constitucional colombiana

La tradición jurídica colombiana hasta antes de 1979 consistía en un control de la constitucionalidad de los actos

públicos, toda vez que además del control que ejercían la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, los tribunales ordinarios, así como los gobernadores se encontraban investidos de facultades a este respecto. Por ello, se ha llegado a señalar que más que un control difuso era un control anárquico.¹¹⁷ Además, existía desde la reforma constitucional de 1910 la acción popular de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema.

Aunado a ello, en 1958 se presentó una iniciativa de creación de una Corte Constitucional que no prosperó. En 1966 nuevamente se redactó todo un proyecto de reforma constitucional con el objeto de establecer una Corte Constitucional, sin embargo, tampoco prosperó a pesar de que había un fuerte apoyo a este respecto.

Con las reformas de 1968 a la Constitución se conservó la acción pública o popular sobre la exequibilidad de las leyes y decretos con fuerza legislativa dictados por el gobierno y se creó una sala especializada en la Corte, la Sala Constitucional, para atender todos estos asuntos constitucionales con la facultad de estudiar y preparar las resoluciones que serían aprobadas por la Sala Plena. Dicha sala se integraba por magistrados especialistas en derecho público.¹¹⁸

Posteriormente, se promulgó el 4 de diciembre de 1979 una nueva reforma constitucional en la que se insistió en la creación de un tribunal especializado en materia constitucional tratándose

117 Cfr., Restrepo Piedrahita, Carlos, "Tentativas para instituir en Colombia una Corte Constitucional", en el volumen colectivo La Jurisdicción ..., ob. ult. cit., pp. 220-221.

118 Idem., pp. 209-213.

de dar autonomía a dicha Sala Constitucional en la decisión de inconstitucionalidad en los supuestos que eran competencia de la Corte Suprema, exceptuándose dos casos en los que actuaba como sala dictaminadora: la inconstitucionalidad de las reformas constitucionales por vicios de forma y los decretos gubernamentales sobre el estado de sitio o de emergencia económica. Sin embargo esta reforma fue declarada inconstitucional por vicios de forma, por la Corte Suprema el 3 de noviembre de 1981.

Finalmente, como fruto de tantos intentos por establecer un tribunal constitucional (aun cuando fueron fallidos), en la nueva Carta fundamental de 7 de julio de 1991 se determinó la creación de una Corte Constitucional (artículos 239-245). Dicha Corte se integrará por un número impar de magistrados elegidos por el senado de la República de ternas que le presenten el Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

Queda conferida la integridad y supremacía de la Constitución a la Corte Constitucional, la que tendrá como atribuciones: decidir sobre las acciones públicas que presenten los ciudadanos sobre los actos reformativos de la Constitución por vicios solamente de procedimiento en su formación; sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución por vicios de procedimiento en su formación; sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes, consultas populares y plebiscitos nacionales, sólo por vicios de procedimiento en su convocatoria;

sobre la inconstitucionalidad de leyes tanto por su contenido como por su forma; sobre la inconstitucionalidad de los decretos con fuerza de ley dictados por el gobierno por su contenido o forma; y sobre la constitucionalidad de los tratados internacionales y las leyes que los aprueben.

Además, decidirá la constitucionalidad de los decretos legislativos que dicte el gobierno así como los proyectos de ley incluyendo las estatutarias que hayan sido objetadas por el Gobierno, tanto por vicios de contenido como de forma.

Revisará las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales (institución similar al amparo).

Como puede observarse, la Corte Constitucional puede ejercer su facultad decisoria sobre la constitucionalidad de actos públicos mediante acción popular que podrá ejercer cualquier ciudadano. Esta es una vía de acción directa a instancia de parte y al parecer puede ser de oficio en tanto se refiera a los decretos legislativos dictados por el gobierno y los proyectos de ley objetados por éste mismo. Una segunda facultad general consiste en lo que hasta ahora hemos señalado como recurso de amparo, con la característica aparente de ser incidental, puesto que el artículo 86 de la Constitución indica que la resolución que recaiga a la acción de tutela puede impugnarse ante el juez competente, quien, en todo caso, lo remitirá a la Corte Constitucional para su revisión de acuerdo con la forma que determine la ley.

En cuanto a las resoluciones de este tribunal, son

consideradas como cosa juzgada en lo constitucional y como lo señala el artículo 243 ninguna autoridad podrá "reproducir" el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable, por lo que la resolución viene a tener efectos de nulidad (ex nunc) a partir de que es publicada.

Como estas son consideraciones solamente, y a la fecha sólo se ha expedido la ley reglamentaria de la acción de tutela del 19 de noviembre de 1991, de carácter provisional, todavía quedan muchas dudas al respecto, como por ejemplo, la posibilidad de que órganos políticos puedan impugnar la constitucionalidad de una ley, (entiéndase miembros del Congreso); el alcance de la revisión judicial sobre los derechos constitucionales; la posibilidad de que cuando un tribunal ordinario esté aplicando una ley, pueda solicitar se pronuncie la Corte sobre la constitucionalidad de aquélla, etcétera.

Como características prevalecientes podemos señalar que el número de integrantes en los tribunales latinoamericanos es menor al de los tribunales europeos, pues oscila entre 5 y 11. Se observa una clara tendencia en el nombramiento de sus jueces a darle participación a los tres órganos tradicionales del poder, y en algunos casos intervienen, además, los colegios de abogados (Guatemala), y trabajadores y ciudadanos en general (Ecuador).

La competencia de dichos órganos se centra fundamentalmente en la impugnación de las leyes (en el caso de Ecuador todavía no se faculta plenamente al tribunal constitucional, ya que sólo se le dan facultades suspensivas) y en el recurso de amparo, este último como recurso procesal en sentido estricto, pues la

corresponde conocer de las resoluciones de los tribunales ordinarios en las que se decidan actos violatorios de los derechos fundamentales.

Por último, sólo en dos tribunales (Guatemala y Chile) se establece el control preventivo de la constitucionalidad de las leyes y tratados internacionales, si bien en Chile se le considera facultad de opinión.

C) Jueces y norma constitucional

Pareciera paradójico juntar los vocablos que integran este apartado, tomando en consideración que los jueces en la labor que desarrollan deben tener muy presente el texto fundamental que da la pauta y sustento para cualquier actividad jurídica en nuestro país. Sin embargo, nuestra intención, que deviene directamente de la anterior consideración, es señalar la importancia de la interpretación judicial de la norma constitucional, ya que a través de ella se pueden determinar los criterios jurídicos prevalecientes y se puede llegar a una mejor armonización jurídica con su correspondiente actualización.

Hay que tener presente que las normas constitucionales se distinguen de las normas ordinarias por su superioridad jerárquica (como resultado de la supremacía constitucional, de acuerdo con el criterio de la jerarquía de las normas expresado por Hans Kelsen), su contenido (consagra los principios jurídicos fundamentales), su proceso de creación (a través de un órgano constituyente) y su proceso de reforma (a través de un órgano

reformador).

Las mismas normas constitucionales también han sido clasificadas por la doctrina italiana en el sentido de que los preceptos que señalan lineamientos para ser alcanzados por la sociedad son disposiciones de principio, en cambio cuando son preceptos que contienen mandatos a los órganos del poder y que determinan la conducta de los destinatarios, se consideran disposiciones preceptivas.¹¹⁹

Pues bien, independientemente de su clasificación, es conveniente tomar en cuenta que la labor del juez constitucional presenta mayor grado de dificultad que la del juez ordinario si se toma en consideración el contenido complejo de las normas y la abstracción de las mismas, ya que como principios rectores del sistema jurídico de un país no pueden entrar en detalles, máxime si se trata de normas programáticas. Por ello mismo, la función del juez constitucional debe ser en cierto sentido discrecional.¹²⁰

A este respecto, Segundo V. Linares Quintana con la idea de determinar ciertos parámetros para la interpretación constitucional de los jueces establece como reglas el contenido finalista de la Constitución, la idea de la Constitución como un todo armónico, considerándose las circunstancias sociales, económicas y políticas prevalecientes, así como la presunción

119 *Cfr.*, Fix-Zamudio, Héctor y Carpizo, Jorge, "Algunas reflexiones sobre la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano", en el volumen colectivo La interpretación constitucional, México, UNAM, 1975, p. 19 y Fix-Zamudio, Héctor, "La justicia...", ob. cit., *supra* nota 64, pp. 379-380.

120 *Cfr.*, Cascajo Castro, José Luis, "La jurisdicción constitucional de la libertad", Revista de Estudios Políticos, Madrid, núm. 199, enero-febrero de 1975, pp. 163-165.

constitucional de los actos públicos para poder ser armonizados con la Constitución.¹²¹

Independientemente de estos criterios, el juez constitucional debe desarrollar una "sensibilidad"¹²² para desentrañar el sentido mismo de la norma, para saber lo que los constituyentes quisieron decir; pero, al mismo tiempo contrastarlo con la realidad que se vive para que de esta manera la interpretación sea dinámica, cambiante y actualizadora del texto constitucional.

121 Cfr., Linares Quintana, Segundo V., Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado, Buenos Aires, editorial Alfa, 1953, parte general, t. II, pp. 468 y ss.

122 Cfr., Pierandrei, Franco, "Interpretazione delle norme costituzionali in Italia", en la obra Scritti di diritto costituzionale, Torino, 1964, tomo II, p. 655.

CAPITULO V
LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN MEXICO

SUMARIO: I. Consideraciones generales. II. Aspectos históricos. A) Constitución de Cádiz de 1812. B) Constitución de Apatzingán. C) Constitución federal de 1824. D) Constitución centralista de 1836. E) Voto particular de José Fernando Ramírez. F) Congreso Constituyente de 1842. G) Creación del amparo. 1. Constitución yucateca de 1841. 2. Acta de reformas de 1847. 3. Constitución de 1857. III. Garantías constitucionales en el ordenamiento jurídico mexicano.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Los dos aspectos integrantes de la defensa de la Constitución, la protección y la garantía constitucional, tienen aplicación bastante amplia en el ordenamiento jurídico mexicano, por esta razón sólo mencionaremos algunos elementos del primer sector y nos avocaremos al sector de la garantía o justicia constitucional.

Los instrumentos integrantes de la protección constitucional¹ son de carácter político, económico, sociales y de técnica jurídica; pues bien en los primeros queda comprendida

1. Seguimos naturalmente el artículo de Héctor Fix-Zamudio sobre "La Constitución y su defensa (ponencia general)", aparecido en el volumen colectivo La Constitución y su defensa, México, UNAM, 1984, pp. 19 y 55.

la división clásica del poder en legislativo, ejecutivo y judicial (artículo 49 constitucional) con la prohibición expresa de que se reúnan los mismos, salvo los casos establecidos por la misma Constitución (artículos 29 y 131 constitucionales). Además, existen controles intraorgánicos en los poderes legislativo y judicial pues el primero se encuentra dividido en dos Cámaras (artículo 50 constitucional) y el segundo cuenta con una organización escalonada en sus tribunales, por lo que cualquier impugnación en un tribunal de primera instancia, en una entidad federativa puede llegar hasta la Suprema Corte de Justicia (artículos 14, 16, 94 y 116-III constitucionales).

Como controles interorgánicos se encuentra el veto suspensivo del poder ejecutivo federal en el procedimiento legislativo (artículo 72 constitucional), asimismo la obligación por parte del ejecutivo federal de promulgar un proyecto de ley cuando éste cuente con la aprobación de dos tercios de ambas Cámaras.

En los instrumentos de carácter económico queda ubicada la Secretaría de la Contraloría General de la Federación con facultades de inspección sobre actividades económicas y de responsabilidad de los funcionarios públicos.

En relación con los instrumentos de carácter social, la Constitución mexicana fue la primera que los consagró. Así, se encuentran reconocidos los derechos de grupos sociales como son los campesinos y los trabajadores obreros en general (artículos 27 y 123 constitucionales). Los partidos políticos en este sentido también tienen una regulación constitucional, pues son

organismos representativos de la comunidad, por lo tanto en el texto constitucional se establecen sus bases (artículos 41 y 54 constitucionales).

Los instrumentos de técnica jurídica son la supremacía constitucional por la cual la Constitución, las leyes del Congreso de la Unión derivadas de la misma y los tratados celebrados conforme a ella, son la Ley Suprema de toda la Unión (artículo 133 constitucional); y el procedimiento dificultado de reforma en el cual se requieren las dos terceras partes del voto de los presentes en el Congreso de la Unión y la aprobación mayoritaria de las legislaturas de los Estados (artículo 135 constitucional), salvo los casos señalados en las fracciones I y III.7 del artículo 73 constitucional.

El segundo sector de la defensa de la Constitución lo constituye la garantía o justicia constitucional; antes de analizarlo resulta necesario hacer algunas consideraciones históricas a dos elementos importantes: el reconocimiento de los derechos fundamentales en los documentos constitucionales que han regido a México y la forma de protección de los mismos, todo ello hasta antes del surgimiento de la institución procesal denominada amparo, pues a partir de ella se centraliza la garantía de la normativa constitucional, acompañada de algunas otras instituciones, como veremos.

II. ASPECTOS HISTORICOS

Iniciaremos este apartado con los documentos fundamentales

que han sido aplicados en México a partir de 1812 sin abordar las consideraciones que pudieran hacerse en torno a la época colonial.

A) Constitución de Cádiz de 1812

Esta Constitución que fue jurada en España el 19 de marzo de 1812 y en México el 30 de septiembre del mismo año, tuvo una vigencia muy efímera, aparte de haber sido interrumpida una vez. En efecto, con el decreto de Fernando VII de 4 de mayo de 1814 se regresó al sistema absolutista y se cerró el primer periodo de vigencia de esta Constitución.² Posteriormente, en marzo de 1820, Fernando VII tuvo que restaurar la vigencia de la Constitución con motivo del levantamiento del coronel Riego, hasta que finalmente el movimiento insurgente terminó por abrogarla.³

En relación con los derechos fundamentales reconocidos en este documento, podemos señalar que se consagraron algunos, pero no se hizo en forma sistemática, ya que no contenía un capítulo ni una enumeración de los mismos, por ejemplo, el artículo 247 estableció la competencia del tribunal (como principio del debido proceso legal), toda vez que se indicaba que ningún español podría ser juzgado en cuestiones civiles ni criminales por ninguna comisión, sino por el tribunal competente, determinado con anterioridad a la ley; asimismo en el capítulo de la

2. El título de este documento es "Constitución política de la monarquía española", lo que sucede es que debido a su promulgación por las Cortes en Cádiz, se le conoce con el nombre de "Constitución de Cádiz".

3. Cfr., Tena Ramírez, Felipe, Leves fundamentales de México 1808-1978, 8a. ed., México, Porrúa, 1978, p. 59.

administración de justicia en lo criminal se otorgaban derechos al inculcado, tales como no ser preso sin que precediera información del hecho que mereciera pena corporal y con mandamiento del juez por escrito (artículo 287); se le podía poner en libertad dando fianza (artículo 296); se le debía hacer saber dentro de 24 horas la causa y el nombre de su acusador (artículo 300) y se prohibía el tormento (artículo 303).

Respecto del control constitucional, se encargaba a las Cortes (Órgano integrado por diputados representantes de la Nación y con la potestad de hacer las leyes, artículos 27 y 15 de la Constitución), la facultad de imponer el remedio conveniente y hacer efectiva la responsabilidad en los casos de infracciones a la Constitución (artículo 372).

Para hacer valer ante las Cortes o el Rey cualquier inobservancia de la Constitución (artículo 373 constitucional), se otorgaba acción popular a todos los españoles.

Los tribunales, por su parte, tenían la potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales, pero no podían suspender la ejecución de las mismas (artículos 17, 242 y 246 constitucionales).

B) Constitución de Apatzingán

Ya en pleno movimiento insurgente, después de las participaciones políticas en el país de Miguel Hidalgo y López Rayón; José María Morelos y Pavón convocó a un Congreso en 1812 el que se reunió en septiembre de 1813 en Chilpancingo, donde en

su sesión inaugural, el mismo Morelos, dio a conocer sus Sentimientos de la Nación. Como frutos de este Congreso, que tuvo una actividad muy itinerante, se dio el 6 de noviembre de 1813 el "Acta solemne de la declaración de independencia de América septentrional" con la que quedaba rota para siempre y disuelta la dependencia del trono español; y el 22 de octubre de 1814 en Apatzingán, el "Decreto constitucional para la libertad de la América Mexicana", conocido como Constitución de Apatzingán.⁴

Este documento constitucional se divide en dos partes: la primera constituida por los principios o elementos constitucionales y la segunda por la forma de gobierno; ambos sectores vienen a representar la división clásica de los textos constitucionales en dogmática (principios jurídicos fundamentales) y orgánica (organización y funcionamiento de los órganos del poder).

En la primera parte de esta Constitución se estableca, con mayor sistemática, los derechos fundamentales, pues además del capítulo referente a la igualdad, seguridad, propiedad y libertad de los ciudadanos, en donde se contemplaban la mayoría de sus derechos, también en el capítulo de la soberanía se insertaba el derecho de sufragio y, en el capítulo de los ciudadanos, se otorgaba seguridad por igual a los transeúntes (extranjeros).

De los derechos reconocidos en este primer apartado podemos señalar el no reconocimiento de títulos hereditarios (artículo 25); la seguridad de los ciudadanos mediante las leyes que fijaran los límites a los poderes y la responsabilidad de los

4. Idem, pp. 28-29.

funcionarios públicos (artículo 27); el derecho de audiencia (artículo 31); la inviolabilidad del domicilio (artículo 32); el derecho de petición (artículo 37) y la libertad de expresión (artículo 40), entre otros.

En relación con la guarda de la Constitución, el artículo 237 además de indicar el carácter provisional de este Decreto (en tanto no se dictara y sancionara la Constitución permanente de la Nación), señalaba que cualquier ciudadano (acción popular, a semejanza del artículo 373 de la Constitución de Cádiz), tenía el derecho de reclamar las infracciones a la Constitución. No se hizo señalamiento alguno respecto ante que órgano debía solicitarse.

C) Constitución federal de 1824

Este documento fue producto del segundo Congreso Constituyente convocado para expedir una Constitución, en él se aprobó el "Acta Constitutiva de la Federación Mexicana" de 31 de enero de 1824 y antecedente de la posterior "Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos" de 4 de octubre de 1824.

El primero de estos documentos no consagró control constitucional alguno, pero en relación con los derechos humanos, además de señalar la libertad de expresión (artículo 31), apuntó que la Nación protegería a través de leyes sabias y justas, los derechos del hombre y del ciudadano.

La Constitución, por su parte, tampoco hizo una enumeración de los derechos fundamentales, sino que instituyó algunos, como

los de la no trascendencia de la pena de infamia (artículo 146); la prohibición de la pena de confiscación (artículo 147) y de la retroactividad de la ley (artículo 148); la no aplicación de tormentos (artículo 149); nadie podía ser detenido sin que hubiera prueba semi-plena de que es delincuente (artículo 150) y el de que sólo se podía librar orden de registro de una causa en los casos y en la forma señalados por la ley (artículo 152).

En este sentido, es lógico suponer que con estas bases los Estados empezaron a expedir sus Constituciones en las cuales incluyeron los derechos fundamentales como tales y enumerándolos. Por lo tanto, bajo la vigencia de la Constitución de 1824 será en las constituciones de las entidades federativas donde encontremos las declaraciones de derechos humanos.

La Constitución Federal contemplaba un sistema doble en relación con el control de la constitucionalidad. Por un lado el capítulo de observancia, interpretación y reforma tanto de la Constitución como del Acta constitutiva, facultaron al Congreso para que dictara todas las leyes y decretos necesarios para hacer efectiva la responsabilidad de los que quebrantaran la Constitución y el Acta (artículo 164) y el siguiente artículo, el 165, señalaba que solamente el Congreso resolvería las dudas que ocurrieran sobre la inteligencia (interpretación) de los artículos de los documentos constitucionales citados. Esta viene a ser una influencia clara del sistema español imperante en la Constitución de Cádiz.

Sin embargo, la misma Constitución en su párrafo sexto de la fracción quinta del artículo 137, señaló como atribución de la

Corte Suprema de Justicia, conocer de las infracciones de la Constitución y leyes generales según lo previniera la ley. Esta facultad representó una clara influencia del sistema jurídico norteamericano⁵ del cual tomamos la organización del poder judicial.⁶

Así las cosas, resulta que el control constitucional durante la vigencia de la Constitución de 1824 (hasta 1835), fue doble y contradictorio. Parece ser que la Suprema Corte tuvo la posibilidad de conocer de la constitucionalidad de las leyes, pero decidió pedirle su opinión al Congreso, el que lógicamente consideró que de acuerdo con el artículo 165 era a él a quien correspondía decidir. En este sentido, en la práctica esta facultad concurrente, pero diversa la llegó a aplicar el Congreso y no la Corte.⁷

D) Constitución centralista de 1836

Esta Constitución se integraba por siete diversos documentos

5. A este respecto señaló Lorenzo de Zavala que por ese entonces corría una mala traducción de la Constitución norteamericana que servía de texto y modelo a los nuevos legisladores. Cfr. Tena Ramírez, Felipe, ob. ult. cit., p. 153.

6. Al igual que la Constitución federal norteamericana y la ley orgánica del poder judicial federal de los Estados Unidos, el poder judicial federal se depositó en la Carta de 1824, en una Suprema Corte de Justicia, tribunales de circuito y juzgados de distrito. Además, la facultad de conocer de las infracciones a la Constitución se toma del artículo III sección segunda de la Constitución norteamericana en cuanto dice que: "El poder judicial se extenderá a todos los casos de derecho y equidad que surjan bajo esta Constitución."

7. Efectivamente, la Corte sometió a la consideración del Congreso el caso de los miembros del tribunal del Estado de Oaxaca que se decían vecinos de otro Estado, sin embargo, el Congreso consideró que se reclamaba una ley del Estado y por ello no estaba dentro de las facultades de la Corte sino del Congreso mismo. Véase Tena Ramírez, Felipe, "El control de la constitucionalidad bajo la vigencia de la Constitución de 1824", Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, México, número 46, abril-junio de 1950, pp. 34-35.

de los cuales el primero se expidió en diciembre de 1835 y los restantes en 1836. Estas leyes cambiaron el sistema federal establecido en la Constitución de 1824 y tomaron como base el documento expedido el 23 de octubre de 1835 conocido como Bases Constitucionales o Bases para la nueva Constitución.

De estas siete leyes centralistas nos interesa mencionar las correspondientes a las dos primeras. Una, la primera, a diferencia de los textos constitucionales que hemos señalado, consagró como derechos del mexicano los derechos fundamentales, a saber, el de juez competente que debía expedir mandamiento escrito para poder privar a una persona de su libertad; la prohibición de exceder de tres días la detención de una persona sin entregarla a la autoridad judicial; de que el mexicano no podía ser privado de su propiedad salvo en el caso de expropiación por causa de utilidad pública y siguiendo lo señalado por la misma Constitución; se autorizaba el cateo de las casas si así lo previniera la ley y se cumplieran literalmente sus formalidades; de que nadie podía ser juzgado más que por los tribunales creados por la Constitución; libertad de tránsito y libertad de expresión, entre otros (artículo 2).

Esta primera ley resulta importante porque consagró la institución del reclamo, como medio que podía hacer valer cualquier interesado ante la Suprema Corte de Justicia cuando la autoridad no siguiera lo prevenido por la ley en los casos de expropiación; además, se podía suspender la ejecución del acto que se reclamaba.

La segunda ley centralista estableció un órgano de control

constitucional denominado "neutro" en cuanto que no pertenecía a ninguno de los tres órganos del poder, sino que estaba por encima de ellos, en efecto, se trataba del Supremo Poder Conservador, creado bajo el influjo de la institución similar francesa, conocida como Senado Conservador de la Constitución francesa de 1799.

Este órgano, integrado por cinco personas,⁸ podía declarar la nulidad de los actos de cualquiera de los tres poderes. Tratándose de leyes o decretos contrarios a artículo expreso de la Constitución, podía hacer la petición el supremo poder ejecutivo, la alta corte de justicia o 18 miembros del poder legislativo; siendo el caso de actos del poder ejecutivo en contra de la Constitución o las leyes lo podían solicitar los restantes dos poderes y, por último, la nulidad de los actos de la Suprema Corte también podía pedirse por los otros dos poderes, pero sólo en el caso de usurpación de facultades (artículo 12).

E) Voto particular de José Fernando Ramírez

Como ahora le correspondía al poder centralista gobernar, las manifestaciones en su contra se produjeron por los federalistas. En este sentido se dieron varios intentos de nuevos congresos constituyentes para expedir un nuevo documento constitucional. Así, correspondió al propio Supremo Poder Conservador hacer saber la voluntad de la Nación en el sentido de reformular la Constitución de 1836 para lo cual el Congreso se

⁸ Sus integrantes fueron: Manuel Sánchez de Tagle, José María Tornel, Manuel de la Peña y Peña, Carlos María de Bustamante y Melchor Musquiz.

declaró Constituyente. Una comisión integrada por José María Jiménez, Pedro Barajas, Demetrio del Castillo, Eustaquio Fernández y José Fernando Ramírez redactaron un proyecto de reforma que no llegó a analizarse por el Congreso, toda vez que Santa Anna regresó al poder.⁹

En tal proyecto se sostuvo que correspondía a la diputación permanente, en los recesos del Congreso, velar por el cumplimiento de la Constitución haciendo las reclamaciones que estimara necesarias y formando expedientes sobre infracciones a la misma Constitución para dar cuenta a la Cámara (artículo 73 fracción V).

Por su parte José Fernando Ramírez expresó en su voto particular que debiera concederse a la Suprema Corte de Justicia la facultad de resolver las contradicciones de las leyes o actos del ejecutivo con la Constitución, a petición de un cierto número de diputados, senadores o de juntas departamentales (legislaturas de los Estados).

F) Congreso constituyente de 1842

Aun cuando tampoco tuvieron aplicación los proyectos presentados en este congreso, es importante ver el sistema de control constitucional establecido en ellos.

Nuevamente con miras a establecer un nuevo texto constitucional se convocó al Congreso Constituyente que el 10. de junio de 1842 inició sus labores. Se nombró una Comisión de

⁹ Tena Ramírez Felipe, Leyes fundamentales..., ob. cit., supra nota 3, pp. 249-252.

Constitución que quedó integrada por siete distinguidos personajes: Antonio Díaz Guzmán, Joaquín Ladrón de Guevara, José Fernando Ramírez, Pedro Ramírez, Juan José Espinosa de los Monteros, Mariano Otero y Octavio Muñoz Ledo.

Sin embargo, los tres últimos, al no estar de acuerdo en el proyecto de Constitución de los restantes cuatro (la mayoría), decidieron presentar su propio proyecto (de la minoría), por lo cual la Comisión presentó dos proyectos de Constitución.

En el proyecto de la mayoría, en donde intervino activamente José Fernando Ramírez, como se puede ver, ya que algunas de sus consideraciones en el voto particular las incluyó en este proyecto, se señaló que la conservación de la Constitución pertenecía a los supremos poderes de la nación y a los departamentos (artículo 169).

Así las cosas, el poder legislativo, a través de su Cámara de diputados podía declarar la nulidad de los actos de la Suprema Corte de Justicia cuando se excediera de sus atribuciones (artículo 170) y, a través de su Cámara de Senadores podía declarar la nulidad de los actos del poder ejecutivo cuando fueren contrarios a la Constitución general y a la de los Departamentos o a las leyes generales (artículo 171.1).

Por su parte el poder ejecutivo mediante su titular, el Presidente de la República, estaba facultado para restablecer el orden constitucional cuando se disolviera el poder legislativo (artículo 172).

Y finalmente, la Suprema Corte de Justicia podía suspender, por una sola vez, la ejecución de las órdenes dadas por el

gobierno supremo. Lo mismo podían hacer los gobernadores respecto de actos del gobierno supremo contrarios a la Constitución de su Departamento y tratándose de los tribunales superiores podrían hacer lo mismo respecto de órdenes del Gobierno y de la Suprema Corte (artículo 173).

A parte de estos controles, también se le otorgaba la facultad a la Suprema Corte de Justicia de conocer de las infracciones de la Constitución y de las leyes según se determinara por otra ley (artículo 112 fracción V), situación que aconteció bajo la Constitución de 1824.

Entonces tenemos que en este proyecto de la mayoría el control constitucional podía ser por órgano político (Congreso y Presidente) y por órgano judicial.

Por otro lado, en el proyecto de la minoría predominó el pensamiento de Mariano Otero, al consagrar la figura del reclamo para impugnar una ley o acto del ejecutivo local o una ley del Congreso General.

Cuando una ley o acto del ejecutivo local privara a una persona de algún derecho constitucional garantizado, podía reclamarse por el ofendido ante la Suprema Corte de Justicia y dentro de quince días, dicho acto podía ser suspendido por los tribunales superiores (artículo 81 fracción I).

También se incluía la facultad para que el Congreso General declarara la inconstitucionalidad de alguna ley local (artículo 81 fracción IV).

Tratándose de una ley general, la impugnación podía ser interpuesta ante la Suprema Corte por el Presidente de acuerdo

con su Consejo, por dieciocho diputados, por seis senadores o por tres legislaturas, correspondiendo a la mayoría de estas últimas determinar si la ley general era o no inconstitucional. La Suprema Corte sólo publicaba los resultados de las legislaturas (artículo 81 fracción II).

Por lo tanto, este sistema de control resultaba de carácter político, pues la Suprema Corte sólo realizaba el cómputo de la votación de las legislaturas y lo daba a conocer.

Posteriormente a los proyectos de la mayoría y la minoría, se dio un segundo proyecto de Constitución que viene a subsumir los anteriores dos sistemas, dejando a un lado solamente el reclamo ante la Suprema Corte de Justicia contra leyes federales (artículos 140, 141, 142, 143, 150 y 151).

Este Congreso fue disuelto a la mitad de sus trabajos y se convocó a una Junta de Notables que debía dar las nuevas bases constitucionales (Bases Orgánicas) y en donde no se señaló protección alguna a los derechos fundamentales de las personas; si acaso se puede mencionar como control constitucional, la facultad del Congreso de reprobado los decretos dados por las asambleas departamentales cuando fueren contrarios a la Constitución o a las leyes (artículo 66 fracción XVII).

G) Creación del amparo

1. Constitución yucateca de 1841

Antes de continuar con los siguientes documentos

constitucionales (Acta de Reformas y Constitución de 1857), es necesario señalar la creación de juicio de amparo en la Constitución Yucateca de 1841.

De acuerdo con Héctor Fix-Zamudio, la creación del juicio de amparo se dio en las siguientes tres etapas: el proyecto y la Constitución yucateca de 1841; el Acta de Reformas a la Constitución de 1824 y la Constitución de 1857.¹⁰

En relación con el primer punto, integraron la comisión para la redacción del texto constitucional Pedro C. Pérez, Darío Escalante y Manuel García Crescencio Rejón, este último considerado el de mayor actividad en la mencionada Comisión.¹¹

En el proyecto se hace referencia al amparo en los artículos 53, 63 y 64. El primero de ellos atribuía a la Suprema Corte del Estado, funcionando en pleno, la facultad de amparar en el goce de sus derechos a quien le pidiera protección contra leyes o decretos de las legislaturas, contrarias a la Constitución o contra actos del Ejecutivo reunido, contrarios al Código Fundamental o a las leyes.

El mismo artículo señalaba que en ambos casos sólo se repararía el agravio en la parte en que las leyes o la Constitución hubieran sido violadas.

Como se puede ver, en este artículo se señaló un control jurisdiccional de las leyes o actos del Ejecutivo en cuanto que

10. Cfr., Fix Zamudio, Héctor, "Breve introducción al juicio de amparo mexicano", en Memoria de El Colegio Nacional, México, tomo VIII, núm. 3, 1976, pp. 148 y 149.

11. Cfr., Noriega Cantú, Alfonso, Leciones de amparo, 3a ed., revisada y actualizada por José Luis Soberanes Fernández, México, Porrúa, 1991, tomo I, pp. 94-95.

se le encomendó a la Suprema Corte el conocimiento de los mismos, y además, se consagró el famoso principio de relatividad de las sentencias de amparo, conocido posteriormente como fórmula Otero. Hay que tomar en consideración que esta primera categoría de amparo no se limitaba sólo a los derechos fundamentales, sino que cubría todo el texto constitucional.

El artículo 63 establecía como segunda categoría de amparo, la facultad que se les otorgaba a los jueces de primera instancia de amparar a los particulares contra actos de autoridades administrativas, no judiciales, por infracción de los derechos fundamentales establecidos en el artículo 62. El procedimiento debería ser breve y sumario.

Por último, el artículo 64 del proyecto caracterizó la tercera clase de amparo que podía ser solicitado contra los actos de los jueces de primera instancia que infringieran las garantías individuales, el cual se presentaba ante el superior jerárquico que resultaban ser las salas de la Suprema Corte, ya que no había tribunales de apelación.

Además de haber consagrado la institución del amparo, este proyecto también representa un adelanto en temas como el juicio de responsabilidad de los funcionarios, la elección popular directa y el juicio por jurados, entre algunas instituciones.¹²

Resulta importante señalar que también se consideró en dicho proyecto el sistema de control difuso, en cuanto que el artículo 70 dispuso que los jueces se arreglarían a lo prevenido por la

12. Véase la obra de Fix-Zamudio, "Algunos aspectos de la obra jurídica de Manuel Crescencio García Rejón", Medio siglo de la Revista de la Facultad de Derecho de México, México, UNAM, 1991, pp. 465 a 509.

Constitución, prescindiendo de lo dispuesto por leyes o decretos del Congreso del Estado que estuvieran en contra de ella.

Pues bien, posteriormente el 31 de marzo de 1841, dicho proyecto fue aprobado por el Congreso del Estado con algunas modificaciones. El anterior artículo 53 del proyecto pasó a ser el 62, el cual se adicionó en el sentido de que los actos de la legislatura y del gobernador debían estar en contradicción con el texto literal de la Constitución para que procediera el amparo. Además, se suprimió la idea del ejecutivo reunido y los actos de este último no podían ser objeto del amparo por contravenir alguna ley, es decir, sólo procedía por violaciones a la Constitución.

Los artículos 63 y 64 del proyecto pasaron a ser el 8 y 9 respectivamente, y la enumeración de las garantías individuales del artículo 62 del proyecto quedó en el artículo 7.

2. Acta de Reformas de 1847

La segunda etapa de creación del amparo la constituye el Acta de Reformas de 17 de mayo de 1847, en cuya comisión de proyecto estuvieron Juan José Espinoza de los Monteros, Manuel Crescencio Rejón, Mariano Otero, Joaquín Cardoza y Pedro Zubieta.¹³

Cabe destacar que aquí confluyeron las experiencias de Espinoza de los Monteros y Mariano Otero (participes del proyecto

13. Cfr., Fix-Zamudio, Héctor, "La Suprema Corte de Justicia y el juicio de amparo", en la obra La Suprema Corte de Justicia y el pensamiento jurídico, México, Suprema Corte de Justicia, 1985, p. 127.

de la minoría de 1842) y de Rejón (ideólogo del amparo en la Constitución yucateca de 1841).

Al igual que en tiempos anteriores de nuestra historia constitucional, la mayoría de los miembros de la Comisión consideraron que no era el momento para hacer modificaciones a la Constitución de 1824 (entre ellos se encontraba Rejón), por lo que Otero manifestó su oposición en un voto particular, en el cual sostuvo que las leyes generales que atacaran a la Constitución o a las leyes serían declaradas nulas por el Congreso, procedimiento que debía iniciarse en la Cámara de Senadores (artículo 16).

Instituía el "reclamo" (al igual que en el artículo 81 del proyecto de la minoría de 1842), para hacer valer las contradicciones de las leyes del Congreso general con la Constitución, a petición del Presidente de acuerdo con su ministerio, diez diputados, seis senadores o tres legislaturas. Este reclamo, una vez presentado a la Suprema Corte, se enviaba a las legislaturas para que dentro de tres meses y en un mismo día, la mayoría diera su voto en el que sólo expresarían si la ley era o no constitucional. Los resultados serían publicados por la Suprema Corte (artículo 17).

Respecto de los derechos fundamentales, los tribunales de la Federación ampararían a cualquier habitante de la República contra todo ataque de los poderes legislativo y ejecutivo ya sea de la Federación o 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 ley o

del acto que lo motivare" (artículo 19).¹⁴

En este artículo, a diferencia de lo señalado en el proyecto de la minoría de 1842 (Otero) y en el proyecto y Constitución de Yucatán de 1841 (Rejón), ya se incluía la impugnación de las leyes o actos del poder legislativo y del ejecutivo federal.

Por lo tanto, lo que Otero propuso en su voto particular era un control político y judicial al mismo tiempo.

Pues bien, en el texto definitivo del Acta de Reformas de 1847 las ideas expresadas por Otero tuvieron cabida en su mayoría. En efecto, los artículos 16 y 17 del proyecto pasaron a ser respectivamente los correspondientes a los numerales 22 y 23 del Acta. El amparo establecido en el artículo 19 del proyecto pasó a ser el artículo 25 del Acta de Reformas, en donde se estableció definitivamente aquella institución junto con el principio de relatividad de las sentencias de amparo, conocido como fórmula Otero por la concepción final que le vino a dar en su proyecto y en el texto definitivo del Acta.

3. Constitución de 1857

La última etapa en la creación del juicio de amparo está representada por la Constitución de 1857 en cuyo proyecto intervinieron Ponciano Arriaga, Mariano Yáñez, León Guzmán, Pedro Escudero y Echánove, José María del Castillo Velasco, José María Cortés y Esparza y José María Mata.

En el artículo 100 de este proyecto se señala que la Suprema

14. Cfr., Tena Ramírez, Felipe, Leyes fundamentales..., ob. cit., ANPA nota 3, p. 471.

Corte conocería de las controversias entre los Estados; de las en que la Unión fuere parte; las surgidas en torno a los tratados celebrados por la autoridad federal y de las de los embajadores y agentes diplomáticos de las naciones extranjeras.

El artículo 101 se refería a las controversias pero en entre los tribunales de la Federación, entre ellos y los de los Estados y las de los Estados entre sí.

Por último, el artículo 102 resulta ser el más importante, toda vez que en él se incluyó la institución del amparo. A este respecto, las leyes o actos de cualquier autoridad que vulneraran las garantías individuales, así como aquellos de la Federación que restringieran la soberanía de los Estados o la transgredieran, y la de éstos que invadieran la esfera de la autoridad federal, podrían ser objeto del amparo que podía solicitar toda parte agraviada.

La sentencia que resolviera el amparo debía ocuparse de individuos particulares y se limitaría a protegerlos y ampararlos en el caso especial sobre que versara el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o del acto que la motivare.

Además se incluyó en el mismo artículo la participación de un jurado compuesto de vecinos, al que le correspondería calificar el hecho de la manera que dispusiera una ley orgánica.

Finalmente, este proyecto fue aprobado con modificaciones y el 5 de febrero de 1857 se juró la Constitución. De esta forma, los anteriores artículos 100 y 101 del proyecto quedaron comprendidos en el artículo 101 de la Constitución; el artículo

102 del proyecto quedó con el mismo numeral en el texto constitucional; sin embargo, la institución del jurado popular desapareció y al parecer ello se debió a uno de los constituyentes, León Guzmán, quien formaba parte de la Comisión de redacción y estilo junto con Melchor Ocampo y Joaquín Ruiz, pero estos últimos no se presentaron. Con esto se evitó la intervención de dicho jurado en el juicio de amparo que hubiera desvirtuado la institución. Por ello se considera a León Guzmán el "salvador del amparo".¹⁵

Con esta última etapa se consolidó definitivamente el juicio de amparo que desde entonces ha tenido como leyes reglamentarias las correspondientes a los años de 1861, 1869, 1882 y posteriormente quedó regulado en los códigos de procedimientos civiles federales de 1897 y 1908, para expedirse después, bajo la vigencia de la actual Constitución de 5 de febrero de 1917, las leyes de amparo de 1919 y 1936. Esta última, con sustanciales reformas a lo largo de sus más de 55 años de existencia, es la vigente hoy en día.

Por último, los artículos 101 y 102 de la Constitución de 1857 pasaron a ser, sin modificación alguna, los artículos 103 y 107 de la Constitución vigente.

III. GARANTIAS CONSTITUCIONALES EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO MEXICANO

En el caso de México, diversos han sido los instrumentos

¹⁵Cfr., Gaxiola, Jorge, "León Guzmán y la Constitución de 1857", El Foro, México, núms. 15-17, enero-junio de 1957, pp. 5-19.

jurídico procesales que se han establecido en la Constitución para la defensa del mismo texto constitucional.

Conviene hacer la aclaración de que la justicia constitucional se caracteriza por su efecto reparador y no preventivo, ya que nos situamos en el momento en que la norma constitucional ha sido transgredida y es necesario contar con algún instrumento que repare tal situación o bien la reprima.

En este sentido, en el ordenamiento jurídico mexicano, hasta antes de enero de 1992 se consagraban cuatro garantías constitucionales. En efecto como lo señala Héctor Fix-Zamudio, la Constitución del 5 de febrero de 1917, consagra una garantía constitucional por órgano político, dos por órgano judicial y una última que puede ser situada en el campo frontera entre las anteriores categorías.¹⁶

En cuanto al número de instrumentos o garantías constitucionales no existe unanimidad, ya que mientras Fix-Zamudio habla de cuatro, Octavio A. Hernández incluye una quinta constituida por el proceso suspensivo de garantías en caso de emergencia, regulada por el artículo 29 constitucional.¹⁷ Sin embargo, tomando en consideración la noción de garantía constitucional se puede concluir que se trata de un procedimiento preventivo para hacer frente a una situación de emergencia y no de una garantía constitucional, en el sentido de un instrumento

16 Véase Fix-Zamudio, Héctor, "Estudio sobre la jurisdicción constitucional mexicana", en su libro El juicio de amparo, México, Porrúa, 1964, pp. 201-203, posteriormente publicado en "Las garantías constitucionales en el derecho mexicano", Anuario Jurídico, México, núms. III y IV, 1976-1977, p. 69.

17 Cfr., Curso de amparo, instituciones fundamentales, 2a. ed., México, Porrúa, 1983, pp. 19-20.

que puede resolver una controversia derivada de cuestiones de aplicación de la normativa constitucional, en forma imperativa e imparcial y *supra partes*.¹⁸

El distinguido constitucionalista Jorge Carpizo, por otra parte, considera que la atribución que confiere al Senado Federal la fracción VI del artículo 76 constitucional consagra una garantía por órgano político, toda vez que se le encomienda al Senado 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.¹⁹

La objeción que puede formularse a esta facultad del Senado, que efectivamente se encuentra por arriba de las partes en forma imparcial, es que el objeto de la controversia, como lo señala la propia Constitución, es política y no jurídica.

Fuera de las anteriores consideraciones podemos señalar, sin abundar más en ello,²⁰ que las garantías constitucionales establecidas en el ordenamiento jurídico mexicano son las siguientes.

El título cuarto de la Constitución (artículos 108-114), que en 1982 fue objeto de una reforma constitucional realizada no con la técnica jurídica requerida, como bien lo señala José Luis Soberanes Fernández,²¹ consagra una garantía constitucional de

18 *Cfr.* Fix-Zamudio, Héctor, "Las garantías...", ob. cit., *supra* nota 16, p. 70.

19 Véase su artículo "La función de investigación de la Suprema Corte de Justicia", *El Foro*, México, núm. 28, 1972, pp. 65-66.

20 Para mayor abundamiento se puede consultar el excelente trabajo de Héctor Fix-Zamudio, citado en la nota 16.

21 *Cfr.* Soberanes Fernández, José Luis, "El régimen de responsabilidades de

carácter represivo en contra de los servidores públicos (anteriormente llamados altos funcionarios) cuando violen la Constitución en el ejercicio de sus funciones. Este es el juicio de responsabilidad de los servidores públicos.

En este supuesto, la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, actúa como acusadora y la de Senadores como jurado de sentencia (artículo 110). En el caso de que el servidor público goce de inmunidad, se procederá a analizar su conducta para ver si ha lugar a proceder en su contra.

Considerando la intervención del Congreso, a esta garantía se le ha denominado como de órgano político.

La segunda garantía constitucional es la controversia constitucional (o litigio constitucional según Carl Schmitt) consagrada en el artículo 105 constitucional, en donde se faculta a la Suprema Corte de Justicia para conocer las controversias entre dos o más Estados, entre poderes de un mismo Estado sobre la constitucionalidad de sus actos y de los conflictos entre la federación y uno o más Estados y de aquéllas en que la Federación sea parte.

Las características propias de esta garantía son que sólo puede ser solicitada por organismos de carácter público y su objeto es un litigio, pero de carácter jurídico y no político,²² criterios que resultan muy útiles para diferenciar esta garantía de la del amparo soberanía, consagrada en las fracciones II y III

servidores públicos del nuevo título cuarto de la Constitución", Reformas legislativas 1982-1983, México, UNAM, 1983, pp. 63-85.

²² Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Las garantías...", ob. cit., supra nota 16, pp. 89-90.

del artículo 103 constitucional.

En efecto, las controversias son promovidas por la entidad afectada o bien por la Federación en defensa de su soberanía o de los derechos que le confiera la Constitución (Artículo 11 fracción II de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal), en cambio el amparo sólo será promovido por la persona afectada en su esfera jurídica. Además, la resolución en el caso de las controversias tiene efectos generales, es decir, erga omnes,²³ en cambio, la resolución del amparo, como señalamos páginas arriba, tiene efectos relativos (fórmula Rejón, Otero).

Por otro lado, la segunda característica nos ayuda a diferenciar esta garantía constitucional de la facultad de que tiene el Senado, de acuerdo con el artículo 76 fracción VI de la Constitución de resolver cuestiones políticas entre los poderes de un Estado y a la que Jorge Carpizo considera como garantía constitucional. En efecto, la diferencia estriba en que la facultad del Senado es sobre materia política y en cambio en las controversias constitucionales la facultad de la Corte es sobre cuestiones jurídicas.

Como tercera garantía se encuentra la establecida originariamente en el párrafo tercero del artículo 97 constitucional, que concedía a la Suprema Corte de Justicia la facultad de realizar una investigación sobre la conducta de algún juez o magistrado federal, algún hecho que constituyera la violación de una garantía individual, la violación del voto

²³ Como se puede ver en el CASO OAXACA resuelto por el pleno de la Suprema Corte en diciembre de 1932. Cfr., Carrillo Flores, Antonio, La justicia federal y la administración pública, México, Porrúa, 1973, pp 301-303.

público o algún otro delito castigado por la ley federal.

Para el cumplimiento de esta facultad, la Suprema Corte podía nombrar a algún ministro, juez de distrito o magistrado de circuito, o bien designar comisionados especiales; todo ello a petición del ejecutivo federal, de alguna de las Cámaras del Congreso o del gobernador de algún Estado, o bien cuando ella misma lo considerare conveniente.

Con la reforma publicada en el Diario Oficial de 6 de diciembre de 1977, el párrafo tercero del artículo 97 se subdividió en dos párrafos, por lo que la mayor parte del contenido del anterior párrafo tercero pasó al párrafo segundo, dejándose en el párrafo tercero sólo la facultad de investigación de la Suprema Corte en casos de voto público, circunstancia que se limita a que se ponga en duda la legalidad de todo el proceso de elección de alguno de los poderes de la unión (se entiende legislativo y ejecutivo), y los resultados deben hacerse llegar a los órganos competentes.

Además, se suprimió la posibilidad de que los gobernadores de los Estados solicitaran esta investigación y del mismo modo se suprimió la referencia a algún otro delito castigado por la ley federal.

El sector en el cual puede tener mayor relevancia esta facultad de investigación, como señala Fix-Zamudio,²⁴ es el referente a la violación de una garantía individual respecto de lo cual debe considerarse, para evitar la concurrencia en el

²⁴ Cfr., Fix-Zamudio, Héctor, "Las garantías...", ob. cit., supra nota 16, p. 102.

juicio de amparo, que se trata del supuesto de improcedencia de esta última institución sobre la consumación irreparable de los derechos fundamentales.²⁵

En relación con la naturaleza de esta garantía, podemos concluir que se trata de un simple procedimiento que bien puede llegar a constituir un verdadero proceso, de esta manera la Corte no actúa con facultades jurisdiccionales y se realiza una colaboración entre varios organismos públicos, pues el resultado al que llegue la Suprema Corte debe turnarse, para su decisión, a otra autoridad.²⁶

La cuarta garantía constitucional es la institución procesal denominada juicio de amparo, la cual representa la mayor caracterización de las garantías constitucionales en México. En efecto, como señalamos en los antecedentes, este instrumento fue concebido como el medio común de protección de los derechos fundamentales de las personas cuando ellos hubieren sido violados por alguna autoridad pública.

De esta manera, el ámbito de protección de esta institución comenzó por la protección de los derechos fundamentales, extendiéndose al control de la constitucionalidad de las leyes y al control de la legalidad de todo el ordenamiento jurídico mexicano, a través del recurso extraordinario de casación (una de las funciones del amparo), es decir, mediante el recurso que

25 Esta posibilidad se ejercitó en 1879 en el Estado de Veracruz cuando el gobernador de la entidad había ordenado la ejecución, sin previo juicio, de varias personas *q.f.c.*, Carpizo, Jorge, "La función...", ob. cit., *supra* nota 19, pp. 66-72.

26 *Cfr.*, Fix-Eamudio, Héctor, "Las garantías...", ob. cit., *supra* nota 16, p. 107.

examina la legalidad de todos los procesos jurisdiccionales que desde la Constitución de 1857, mediante la interpretación artificiosa de los artículos 14 y 16, venía aconteciendo, cosa que no sucedió bajo la vigencia de la Constitución de 1824.

Así las cosas, este instrumento ha tenido una evolución vertiginosa a grado tal que hoy en día su caracterización no deja de ser compleja. Sin embargo, para efectos de su estudio Fix-Zamudio ha hecho una división del mismo en cinco sectores, lo cual viene a darle una sistemática más precisa y al mismo tiempo nos proporciona la pauta para ubicarlo en el derecho comparado. Los cinco sectores son: el amparo habeas corpus o de la libertad, el amparo contra leyes, el amparo casación o contra resoluciones judiciales, el amparo contencioso administrativo y el amparo social agrario.²⁷

Resultaría motivo de otro estudio más prolongado, analizar la evolución que ha tenido cada uno de los sectores del juicio de amparo, por lo tanto sólo nos referiremos a las reformas realizadas a la Constitución en agosto de 1987 y a las leyes de amparo y orgánica del poder judicial federal en enero de 1988, y que cambian la competencia y naturaleza de nuestro más alto tribunal.

Con estas reformas, en realidad se desvió el rumbo, ya que la Suprema Corte venía funcionando como Corte de casación, lo cual provocaba en gran medida el rezago que venía padeciendo.

Anteriormente a 1987, hubieron dos intentos por convertir a

27 Cfr., Fix-Zamudio, Héctor, "Breve introducción...", ob. cit., supra nota 10, pp. 152 a 167.

la Corte en el intérprete final de la Constitución. En 1944, bajo el régimen de Manuel Avila Camacho, se presentó una iniciativa de reformas al Congreso para que la Corte conociera solamente de la constitucionalidad de las leyes federales y locales, sin embargo dicha iniciativa no prosperó por las objeciones formuladas por la propia Corte.²⁸

Un segundo intento lo constituyó la iniciativa de reforma constitucional del senador Brena Torres, presentada el 19 de septiembre de 1959, para que la Corte, con sólo 11 miembros, conociera de cuestiones de constitucionalidad, sin embargo, este proyecto tampoco fue aprobado.²⁹

Las reformas constitucionales del 10. de agosto de 1987 se complementaron con las correspondientes a la ley de amparo y a la ley orgánica del poder judicial federal de 5 de enero de 1988 y que entraron en vigor el 15 de enero del mismo año.

En forma general los cambios consistieron en lo siguiente: en cuanto al amparo de dos instancias la resolución de juez de distrito (en primera instancia) podrá ser revisada por la Suprema Corte ya sea en pleno o en salas, si existe un problema de constitucionalidad. Así, cuando se impugne en la demanda de amparo leyes federales o locales, tratados internacionales, reglamentos expedidos por el presidente de la República y reglamentos expedidos por los gobernadores de los Estados, por considerarse directamente violatorios de la Constitución, y de

28 Cfr., Fix-Zamudio, Héctor, "La justicia constitucional en el ordenamiento mexicano", Estudios jurídicos en torno a la Constitución Mexicana de 1917 en su septuagésimo quinto aniversario, México, UNAM, 1992, pp. 167-168.

29 Idem, p. 168.

acuerdo con el artículo 84 fracción I, a de la ley de amparo, cuando se establezca en la sentencia impugnada la interpretación directa de un precepto de la Constitución federal, se podrá promover el recurso de revisión ante la Suprema Corte, pero siempre y cuando subsista en el recurso el problema de constitucionalidad (artículo 107 fracción VIII inciso a Constitucional).

La Corte conocerá en pleno estos recursos de revisión cuando se trate de la inconstitucionalidad de leyes federales o locales o tratados internacionales, así como de aquellos amparos en los que se controvierta la invasión de la esfera federal o local respectivamente (artículo 11 fracción V incisos a y b de la ley orgánica del poder judicial federal). En cambio, conocerán las salas cuando se trate de la inconstitucionalidad de reglamentos, ya federales o locales, o bien se establezca la interpretación directa de un precepto constitucional (artículos 24, 25, 26 y 27 en su fracción I de la ley orgánica del poder judicial federal).

Tratándose del amparo de una sola instancia, las resoluciones de los tribunales colegiados de circuito podrán ser objeto del recurso de revisión ante la Suprema Corte de Justicia, cuando decidan la inconstitucionalidad de una ley o interpreten directamente un precepto de la Constitución federal (artículo 107 fracción IX constitucional y artículos 83 fracción V y 84 fracción II de la ley de amparo).

La Corte conocerá, en pleno, al igual que en el recurso de revisión en el amparo de dos instancias, de la inconstitucionalidad de leyes federales, locales o tratados

internacionales (artículo 11 fracción VI de la ley orgánica del poder judicial federal). En cambio, conocerán las salas cuando el recurso se interponga en contra de reglamentos federales, locales o de la interpretación directa de un artículo constitucional (artículos 24, 25, 26 y 27 en su fracción II de la ley orgánica del poder judicial federal).

Con estas reformas se puede ver que la Suprema Corte solamente tendrá competencia en materia constitucional, salvo algunos casos que por sus características especiales así lo ameriten en que pueda ejercitar su facultad de atracción o avocación.

En efecto, el artículo 107 constitucional, en su fracción V, último párrafo, en relación con el amparo contra resoluciones judiciales o de una instancia, señala que la Suprema Corte, de oficio o a petición del Tribunal Colegiado de Circuito o del procurador general de la República, conocerá de los amparos que por sus características así lo ameriten. Por otro lado, el mismo artículo, en su fracción VII, segundo párrafo, señala lo propio para el amparo de dos instancias. Esta regulación constitucional se desarrolla en el artículo 182 de la Ley de Amparo, en donde se detalla el procedimiento a seguir para hacer efectiva esta facultad.

Por su parte, el control de la aplicación de las leyes ordinarias o de legalidad, queda en los tribunales colegiados de circuito (Artículo 107 fracción V constitucional) y la resolución de estos tribunales no admitirá recurso alguno, salvo los casos antes señalados (artículo 107 fracción IX constitucional).

Con todo ello, vemos que la Suprema Corte de Justicia de México se acerca a la concepción que de tribunal constitucional hemos señalado en algunos países latinoamericanos y europeos, toda vez que le corresponde ser el intérprete máximo de nuestra Constitución.

Sin embargo, conjuntamente con el establecimiento de un tribunal constitucional, debe darse a sus resoluciones efectos generales, siempre y cuando se trate del control de constitucionalidad, pues hemos visto que algunos tribunales constitucionales conservan la facultad para decidir sobre los derechos fundamentales mediante el recurso de amparo, caso en el que la resolución presenta efectos particulares.

Pues bien, en el caso de nuestra Suprema Corte de Justicia, debido a la tradición del amparo y sobre todo del principio de relatividad de las sentencias de la misma institución, en las reformas de 1987 y 1988 no pudo introducirse, como debió haber sido, el principio de generalidad de las resoluciones de amparo tratándose de la constitucionalidad de las leyes.

Respecto de la conveniencia o no de la institucionalización de la declaración general se han vertido varias y diversas opiniones. Sin embargo, hay que tomar en consideración que nuestro sistema cuenta ya con la posibilidad jurídica de emitir una declaración general de inconstitucionalidad, recuérdese que ese efecto lo tienen las resoluciones que emita la Suprema Corte en las controversias constitucionales reguladas por el artículo 105 de la Constitución.

Por otro lado, lo mismo que acontece con la obligatoriedad

del precedente en los Estados Unidos, a través del stare decisis, sucede también en México en donde el criterio reiterado cinco veces en el mismo sentido constituye jurisprudencia obligatoria. En este supuesto, cuando se promueva un amparo contra un acto fundado en una ley declarada inconstitucional por la jurisprudencia o contra la misma ley, el juez deberá aplicar dicho criterio mediante la institución de la suplencia de la queja, con la cual es de suponerse que la resolución seguirá el criterio sustentado en la jurisprudencia. De esta manera, en lugar de una declaración general de inconstitucionalidad en México existe la inaplicabilidad general de inconstitucionalidad en el caso pendiente de resolución.

Es más, en estricto sentido, dicha jurisprudencia debiera obligar también a las autoridades administrativas para que no aplicaran una ley a un caso concreto cuando ésta hubiera sido declarada inconstitucional porque de no hacerse, se incurre en ilegalidad.

Sin embargo, nuestra tradición no ha evolucionado en este sentido, a pesar de que constitucionalmente pudiera hacerse. Piénsese en el segundo párrafo del artículo 133 que señala a los jueces estatales la obligación de arreglarse a la Constitución federal, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en sus constituciones o leyes locales.

Al respecto el jurista Gabino Fraga,³⁰ en una resolución en la que participó como ministro de la Suprema Corte, realizó un

30 Véase su proyecto de sentencia en Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, México, t. IV, núms. 13 y 14, enero-junio de 1942, pp. 131-144.

análisis de los artículos 103 y 133 constitucionales llegando a considerar que cuando una autoridad distinta a la judicial decida una cuestión de constitucionalidad sin regular la acción de otros poderes, sino su propio actuar dentro de los límites de sus facultades, no puede considerarse una invasión en las facultades atribuidas al poder judicial.

En este sentido, Antonio Martínez Bález³¹ sostuvo y con mucho acierto que además de la supremacía contenida en el artículo 133 se encontraba una facultad para que los jueces prefirieran la Constitución federal a su legislación local. Así, como el juicio de amparo es un instrumento que no puede analizar en forma total la constitucionalidad de las leyes, los mismos jueces con ánimo de respetar tal control pueden decidir no aplicar una ley que consideren inconstitucional. De ser así, cabría la posibilidad de que en otra instancia esta decisión pudiera ser objeto de revisión por la Corte Suprema.

Pues bien, a pesar de todo ello existe bastante reticencia por dejar esta facultad en manos de los jueces locales y mucho más, en las de cualquier autoridad administrativa.

Otra facultad que debiera tener la Suprema Corte como tribunal constitucional, es la preventiva o control previo de la constitucionalidad de las leyes y de los tratados internacionales, atribución que se encuentra conferida a algunos tribunales constitucionales europeos y latinoamericanos. Con ello

³¹ Véase su trabajo "El indebido monopolio del Poder Judicial de la Federación para conocer de la constitucionalidad de las leyes", Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, México, t. IV, núm. 15, julio-septiembre de 1942, pp. 243-253.

se podría evitar el alud de juicios de amparo que se promueven a partir de que una ley entra en vigor, es ejemplificativo a este respecto lo que acontece con las leyes fiscales.

También pudiera analizarse la constitucionalidad de un tratado internacional con miras a que al momento de su aprobación y posterior incorporación al derecho interno no se le impugne, a este respecto puede señalarse la crítica que se ha hecho al supuesto Tratado de Libre Comercio, desde el punto de vista constitucional.

Como señalamos, hasta antes de 1992 las garantías constitucionales que consagraba nuestra Constitución eran las cuatro anteriores, sin embargo, con la reforma de 28 de enero de 1992 se adiciona a las anteriores la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

Esta institución toma como fundamento la institución del Ombudsman (representante) establecida por primera vez en la Ley Constitucional sobre Forma de Gobierno de Suecia de 1809 y sustituida por la actual de 1974, y a partir de entonces numerosos han sido los países que la han consagrado.

Dicha institución es un organismo dirigido por uno o varios funcionarios designados por el poder legislativo, ejecutivo o de ambos, y cuya función primordial es recibir e investigar reclamaciones por la afectación de derechos realizadas por autoridades públicas, incluyéndose en esos derechos los constitucionales.

Después de realizar la investigación emitirá una resolución que no posee efectos vinculatorios. Todas las resoluciones se

publican y se informa de su cumplimiento a los órganos del gobierno, con la posibilidad de proponer modificaciones legislativas para una mejor protección de los derechos fundamentales.³²

En México, se pueden citar como antecedentes de la Comisión la Procuraduría de Vecinos de Colima, creada por acuerdo del ayuntamiento de 21 de noviembre de 1983, que tiempo después se consagró en la ley orgánica municipal de 8 de diciembre de 1984.

El 29 de mayo de 1985 se creó en la UNAM la Defensoría de los Derechos Universitarios; en septiembre de 1986 la Procuraduría para la Defensa del Indígena en Oaxaca; en abril de 1987 la Procuraduría Social de la Montaña en Guerrero.

El 14 de agosto de 1988, por reforma a la Ley de Responsabilidades de los Servidores Públicos del Estado de Aguascalientes, se creó la Procuraduría de Protección Ciudadana, que quedó integrada a la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Estatal de Derechos Humanos, creada el 17 de junio de 1990.

La Defensoría de los Derechos de Vecinos de la ciudad de Querétaro se creó por decreto del ayuntamiento de 22 de diciembre de 1988 y, por último, el 25 de enero de 1989 se introdujo al ordenamiento jurídico de la ciudad de México, la Procuraduría Social del Departamento del Distrito Federal.³³

La Comisión Nacional de Derechos Humanos fue creada

32 Cfr., Fix-Zamudio, Héctor, "La Constitución...", ob. cit., supra nota 1, p. 69. Si se quiere profundizar más, se puede consultar en libro de Sonia Venegas Alvarez, Origen y devenir del Ombudsman. ¿Una institución encomiable?, México, UNAM, 1988.

33 Cfr., Carpiro, Jorge, ¿Qué es la Comisión Nacional de Derechos Humanos? en la serie Folleto, núm. 90/5, México, CNDH, 1990, pp. 10-13 y Fix-Zamudio, Héctor, "La justicia constitucional...", ob. cit., supra nota 28, pp. 156-157.

originalmente por decreto del poder ejecutivo federal de 5 de junio de 1990 y publicado al día siguiente en el Diario Oficial. En el mismo se le otorgó a dicho organismo la naturaleza jurídica de un órgano desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, con lo cual la anterior Dirección General de Derechos Humanos quedó integrada a la Comisión.

La Comisión cuenta en la actualidad con un Presidente, un consejo integrado por miembros que en la sociedad gozan de reconocido prestigio, además del Presidente y el Secretario Técnico; un Secretario Técnico en apoyo al Consejo y un Secretario Ejecutivo en auxilio de la Presidencia de la Comisión.

El objetivo principal de este organismo es "promover y vigilar el cumplimiento de la política nacional en materia de respeto y defensa de los derechos humanos", para lo cual se le otorgan una serie de facultades.

En la primera etapa de este organismo se marcaron como grandes interrogantes dos cuestiones. Al haber sido creado como órgano desconcentrado de la Secretaría de Gobernación y con el objeto de velar por la defensa de los derechos fundamentales que muchas de las veces son transgredidos por autoridades públicas, la comunidad se cuestionó la autonomía que pudiera tener a este respecto, sin embargo, en más de un año de labores se puede ver, a través de sus tres primeros informes presentados semestralmente, que dicho organismo ha actuado con la mayor independencia posible, al hacer públicas todas las transgresiones de los derechos humanos realizadas por funcionarios públicos, algunos de los cuales fueron destituidos.

Ahora se puede decir que este órgano ha ganado su reconocimiento en la sociedad, lo cual ha permitido indudablemente que sea la opinión pública la directriz de sus actuaciones.

La segunda gran cuestión a la que se enfrentó este organismo fue el ámbito de su competencia. Era de esperarse, y así sucedió, que hubiera incertidumbre en lo que debiera considerarse como violación de derechos humanos, para poder acudir a dicho organismo.

En este sentido dos fueron las acciones a nuestro parecer correctas que asumió la Comisión mediante su reglamento interno, aprobado durante los días 18 de junio, 2³⁴ y 9 de julio de 1990, y publicado en el Diario Oficial del 10. de agosto de 1990, en dicho instrumento fijó su ámbito de competencia que lo ha venido delimitando mediante declaraciones al respecto.

Además de ello, la Comisión cuenta con la estructura para dar asesoría, en caso de que no sea competente, a los individuos que acudan a ella.

La competencia de la Comisión, como su reglamento lo señala en su artículo tercero, se refiere de manera preferente a violaciones de carácter administrativo, así como errores en los procedimientos y delitos que lesionen a una persona o a un grupo y hayan sido cometidos por alguna autoridad o servidor público o

34 Tal fue el caso en materia electoral en donde la Comisión no obstante que en su artículo 4 fracción III niega su competencia en la calificación de elecciones pero la afirma en los casos de violación de garantías individuales durante los procesos comiciales, se manifestó porque los procesos electorales sean claros y transparentes y porque los resultados de los mismos se anuncien a la brevedad posible. Véase Gaceta de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, núm., 90/1, 15 de agosto de 1990, p. 8.

bien, con su anuencia o tolerancia, o por negligencia imputable a la misma autoridad o servidor público.

Esta competencia le da un margen de actividad amplísimo a la Comisión, pero deja claro que se trata de los actos cometidos por funcionarios públicos en ejercicio de su función y no de particulares.

La Comisión no es competente para conocer de sentencias definitivas (aquéllas que resuelven el fondo del asunto pero pueden ser objeto de un recurso extraordinario como el de amparo) y en aspectos jurisdiccionales de fondo, es decir, cuando se refiera a la valoración de los elementos presentados en la etapa de instrucción o a la resolución de las pretensiones hechas valer.

Además es incompetente la Comisión para conocer de conflictos, que puedan ser objeto de competencia jurisdiccional, entre patrón y trabajadores, a menos que haya intervenido alguna autoridad administrativa y se haya violado algún derecho fundamental.

Por último, no tiene competencia la Comisión en la calificación de elecciones, ya que como nuestro sistema electoral es de autocalificación, le corresponde esa actividad a los Congresos, federal o local y a los órganos creados con ese fin.

En cuanto al procedimiento, la Comisión puede actuar a petición de la persona que tuviere conocimiento de alguna violación de derechos humanos, sea o no la directamente perjudicada, mediante una queja, o bien de oficio.

Una vez admitida la queja se procederá a realizar la

investigación sobre la probable violación de derechos fundamentales, para lo cual la Comisión pedirá la información correspondiente a las autoridades (de no contestar la autoridad puede incurrir en responsabilidad) y se allegará de todas las pruebas que le ofrezcan las partes y o bien, de las que ella de oficio recabe.

Hecho lo anterior, la Comisión podrá realizar las investigaciones que considere necesarias y posteriormente emitir una recomendación cuyo proyecto será elaborado por la Visitaduría de ese organismo, pues es la estructura encargada de agotar las instancias anteriores para llegar al proyecto de recomendación que se turnará al presidente de la Comisión, quien lo aprueba y lo da a conocer a la autoridad que cometió la violación de derechos humanos.

En relación con las recomendaciones, es conveniente señalar que las mismas carecen de la imperatividad de los órganos judiciales; además esta es una característica propia de estos organismos, lo cual ha provocado diversas críticas.

Sin embargo, la fuerza real de estas recomendaciones se funda en la publicación de las mismas, ya sea de manera inmediata o en el informe público que el Presidente de la Comisión debe rendir semestralmente al Presidente de la República, en el cual señala la cooperación brindada por los organismos públicos y privados así como el acatamiento a sus recomendaciones. De esta manera, a ninguna autoridad o servidor público le conviene que se conozca públicamente su desacato.

La evolución que ha tenido este organismo ha sido vertiginosa, pues cuenta ya con una aceptación general entre la sociedad y ahora existe la posibilidad de que obtenga un reconocimiento a nivel constitucional y muy pronto, como lo señala el actual artículo 102, apartado B, el Congreso de la Unión, mediante ley, otorgará a la Comisión la permanencia que requiere en su organización y funcionamiento.³⁵

Decimos que existe la posibilidad, porque de conformidad con dicha reforma, se establecerán organismos de protección de los derechos humanos mediante leyes federales o locales, y la Comisión Nacional todavía tiene como sustento jurídico el haber sido creada por decreto del Poder Ejecutivo federal. Además, tomando en consideración que en los artículos transitorios no se señaló que mientras el Congreso de la Unión expide una ley por medio de la cual la actual Comisión Nacional se transforme o pase a formar parte del organismo que la ley establezca, dicha Comisión aún no tiene rango constitucional, ya que pudiera darse el caso de que, efectivamente, el Congreso de la Unión expida una ley en la cual se establezca un organismo con una definición distinta a la Comisión Nacional de Derechos Humanos, por ejemplo,

35 El nuevo artículo 102, apartado B, señala que "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 provenientes 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 organismos equivalentes de los Estados."

una Defensoría Nacional de Derechos Humanos, o cualesquiera otras.

La reforma al artículo 102, en forma general, recoge la experiencia de la Comisión. Además, establece la obligación de que las legislaturas de los Estados en su correspondiente ámbito, dentro de un plazo no mayor a un año, establezcan organismos de protección de derechos humanos, los cuales podrán ser revisados en sus recomendaciones, acuerdos u omisiones por la Comisión Nacional.

Esta última facultad, indudablemente permitirá que se tenga un criterio uniforme a nivel nacional en esta materia, sin embargo, la ley que reglamente tal organismo deberá tener muy en cuenta, para evitar que la Comisión Nacional se abrume con un número excesivo de casos, la facultad de atracción o avocación con que cuenta la Suprema Corte de Justicia para conocer de los asuntos que por sus características especiales así lo ameriten.

Por último, en la reforma constitucional que hemos señalado se establece que la Comisión Nacional no puede conocer de los actos del Poder Judicial federal. Al respecto, algunos miembros de la Suprema Corte de Justicia han manifestado³⁶ la preocupación de que la Comisión se erija como supremo poder si llega a conocer de las decisiones del Poder Judicial; sin embargo, a pesar de esta renuencia, también se reconoce que existe un campo en el cual el juicio de amparo no procede, por lo que la Comisión pudiera actuar en él.

Por lo tanto, consideramos lo difícil que resulta que la
36 Periódico El Día, México, 2 de marzo de 1992, sección A, p. 11.

Comisión pueda intervenir en cuestiones jurisdiccionales, tomando en cuenta la serie de recursos procesales internos que existen para la impugnación de esas determinaciones judiciales. Además, la idea principal es respetar la independencia del Poder Judicial federal como la mayor garantía de la vigencia de nuestro estado de derecho, como se indicó en la iniciativa presidencial para elevar a rango constitucional la Comisión Nacional de Derechos Humanos.³⁷

No obstante, tratándose de la violación de los derechos fundamentales en forma directa, cabe hacer las siguientes precisiones: Tal como lo indica la reciente reforma constitucional, la Comisión no puede conocer de los actos del Poder Judicial federal que violen los derechos fundamentales; esto se debe a que la Suprema Corte cuenta ya con un procedimiento investigatorio mediante el cual puede realizar, funcionando en pleno, una investigación sobre la conducta de algún juez o magistrado federal que constituya una violación grave de una garantía individual, como lo señala la Constitución en su artículo 97, párrafo segundo, y la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 12, fracción XXXIV.

Por otro lado, de acuerdo con lo señalado páginas arriba y con el objeto de evitar la concurrencia que pueda llegar a presentarse con el juicio de amparo, este procedimiento de investigación tendrá lugar en aquellos casos en que aquél sea improcedente, es decir, en la consumación irreparable de los

³⁷ Publicada en el periódico Excelsior, México, 21 de noviembre de 1991, p. 42-A.

derechos fundamentales. En este sentido, pudiera ser que la Comisión tuviera participación en esta área, lo cual, sin embargo, no es fácil de determinar.

Por todo esto, es conveniente que se empiece a reflexionar en las relaciones de la Comisión Nacional de Derechos Humanos y el Poder Judicial federal, pero sobre todo en relación con el juicio de amparo, porque si bien pudiera pensarse en la posibilidad de que la Comisión sea legitimada (como en el caso español) para promover el juicio de amparo, y aquí se pudiera evolucionar en la defensa de los intereses colectivos o difusos, cuando se tratara de actos de la Suprema Corte de Justicia el mismo sería improcedente, de acuerdo con el artículo 73 de la Ley de Amparo, en su fracción primera.

Por último, la Comisión ha emprendido una serie de actividades de promoción y enseñanza, ya que realiza una labor de difusión bastante considerable sobre todo si tomamos en consideración la serie de libros, manuales, folletos y demás medios de divulgación que tienen por objeto crear una verdadera cultura de los derechos humanos.³⁸

También debe señalarse que la Comisión Nacional ha elaborado importantes anteproyectos acogidos posteriormente por el Presidente de la República y enviados al Congreso de la Unión que los ha aprobado. En este sentido, la Comisión propuso reformas a los códigos de procedimientos penales tanto federal como distrital que fueron aceptadas y a últimas fechas presentó

38 Cfr., Fix-Zamudio, Héctor, "La justicia constitucional...", ob. cit., supra nota 28, p. 157.

proyectos de reforma a la ley que crea los consejos tutelares para menores infractores en el Distrito Federal y la ley para prevenir y sancionar la tortura, ordenamientos estos que fueron abrogados por la expedición de nuevos textos publicados respectivamente en el Diario Oficial de 24 y 27 de diciembre de 1991.

CONCLUSIONES

Primera. En la Edad Media, si bien existieron documentos aislados que otorgaron ciertos derechos fundamentales a las personas, como la Carta Magna de 1215, no se establecieron garantías suficientes para los mismos. Esta situación se prolongó hasta el absolutismo en donde la concepción divina del derecho no permitió que los monarcas otorgaran mayores prerrogativas a las personas.

Segunda. La experiencia constitucional en la época renacentista del derecho la marcaron principalmente Inglaterra, Estados Unidos y Francia. Inglaterra con la supremacía del Parlamento y la expedición de documentos como la Petition of rights, el Agreement of the people, el Instrument of government y el Bill of rights. En Estados Unidos además de la experiencia del movimiento independentista, se gestaron los primeros documentos constitucionales. Francia también sufrió las consecuencias de un movimiento insurgente en donde las ideas liberales que lo sostuvieron se vieron reflejadas en la universal declaración de los derechos del hombre y del ciudadano.

Tercera. En la época del liberalismo, como movimiento precursor de la concepción del Estado de Derecho, la intervención del Estado en la esfera de los individuos minoró notablemente. Esta situación permitió a las personas un ámbito de mayor libertad con la consecuente concepción liberal de la propiedad.

Cuarta. La concepción del Estado de Derecho cambió con el surgimiento de grupos sociales que demandaban la intervención protectora del Estado, por lo tanto la noción del Estado de Derecho se adjetivó con el vocablo social.

Quinta. Las Constituciones se empezaron a crear como instrumentos específicos de sujeción del poder, sin embargo, con el transcurso del tiempo se convirtieron en documentos legitimadores de ciertos gobiernos no democráticos.

Sexta. El contenido de las Constituciones, al igual que las circunstancias que las crearon, han cambiado y en ese rumbo seguirán. De esta manera, el contenido de las primeras constituciones de hace dos siglos era principalmente una declaración de derechos fundamentales y algunos aspectos de la organización estatal, hoy en día, en cambio, las cuestiones económicas, sociales y algunos aspectos en relación con el orden jurídico internacional, constituyen su contenido.

Séptima. Las declaraciones de derechos contenidas en las Constituciones tienen un significado jurídico específico y representan los lineamientos generales a seguir en materia de derechos de las personas, así como en las actividades de la autoridad, por lo que no deben ser consideradas como simples declaraciones.

Octava. El papel que desarrollan las Constituciones puede evaluarse desde tres puntos de vista. En el aspecto histórico las Constituciones ya cumplieron su función de receptáculo de los derechos fundamentales para lograr su respeto y permanencia. Desde el punto de vista jurídico la supremacía de las mismas ha permitido su desarrollo como fundamento de todo el orden jurídico y, por último, y aquí puede ubicarse prácticamente su papel actual, deben empezar a caracterizarse como el puente de transición al orden jurídico internacional.

Novena. La defensa de la Constitución se integra por todos aquellos instrumentos jurídicos procesales que se han establecido tanto para conservar la normativa constitucional como para reprimir su desconocimiento y lograr el desarrollo de las propias disposiciones constitucionales.

Décima. La protección de la Constitución, como sector integrante de la defensa de la misma, se compone por todos aquellos instrumentos políticos, económicos, sociales y de técnica jurídica establecidos en la Constitución para limitar el poder y evitar la transgresión a la normativa constitucional.

Décima primera. El segundo sector de la defensa constitucional, la garantía constitucional, se integra por los mecanismos jurídicos de carácter predominantemente procesal que tienen por objeto la restauración del orden constitucional cuando ha habido

incertidumbre, conflicto o violación de las normas constitucionales.

Décima segunda. La justicia constitucional en tanto sistema que permite mantener viva la Constitución por contener los elementos procesales para hacer cumplir los mandamientos jurídicos supremos, se integra por tres sectores: La jurisdicción constitucional o de la libertad, la jurisdicción constitucional orgánica y la jurisdicción constitucional transnacional.

Décima tercera. Existe una vinculación muy estrecha entre el derecho procesal y el derecho constitucional a grado tal que, sin constituir un juego de palabras, se habla del derecho procesal constitucional y del derecho constitucional procesal. La primera es la rama del derecho que tiene por objeto el estudio de los instrumentos procesales establecidos por la Constitución para su restablecimiento. La segunda, en cambio, es la rama del derecho que estudia los institutos procesales establecidos en la Constitución por la relevancia que representan, de tal manera que también son considerados derechos fundamentales.

Décima cuarta. En el derecho procesal constitucional, la acción mantiene su carácter abstracto y su contenido es una pretensión de regularidad constitucional. La jurisdicción constitucional está representada por aquellos órganos jurisdiccionales, judiciales o no, que tienen la facultad de resolver litigios constitucionales. El proceso constitucional, por lo tanto, es el

conjunto de actos procesales tendientes a la resolución de una litis constitucional en donde se entabla una relación entre las partes con el jugador.

Décima quinta. Existen fundamentalmente dos sistemas de jurisdicción constitucional, el austriaco o europeo y el americano. El primero presenta como características ser un control autónomo, concentrado, principal, general y constitutivo. En cambio el sistema americano es un control judicial, difuso, incidental, especial y declarativo.

Décima sexta. Los tribunales constitucionales europeos conocen de la impugnación de las leyes y del recurso que tiene por objeto la protección de los derechos fundamentales. Además, realizan una interpretación o revisión constitucional preventiva de las leyes e, inclusive, de los tratados internacionales. En el nombramiento de sus miembros, cuyo número oscila entre 10 y 15, intervienen órganos de representación política (Poder Legislativo) y, en ocasiones, el Poder Judicial.

Décima séptima. El número de los integrantes de los tribunales constitucionales latinoamericanos es menor al de los integrantes de los tribunales europeos, pues oscila entre 5 y 11. En su nombramiento intervienen los tres órganos tradicionales del poder, y en algunos casos intervienen, además, los colegios de abogados (Guatemala), y trabajadores y ciudadanos en general (Ecuador). La competencia de estos órganos se centra

fundamentalmente en la impugnación de las leyes y en el recurso de amparo. Sólo en dos tribunales (Guatemala y Chile) se establece el control preventivo de la constitucionalidad de las leyes y tratados internacionales.

Décima octava. En nuestra evolución histórica, hemos tenido controles de tipo político, jurisdiccional, judicial e inclusive neutro. Sin embargo, hasta 1841 a nivel local y 1847 a nivel federal, el control de constitucionalidad se centró en el poder judicial federal, a través del juicio de amparo.

Décima novena. Las garantías constitucionales en el ordenamiento jurídico mexicano son: el juicio de responsabilidad de los funcionarios públicos, las controversias constitucionales, el procedimiento investigador de la Suprema Corte de justicia, el juicio de amparo y muy recientemente, la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

Vigésima. Con las reformas constitucionales efectuadas en agosto de 1987 y las legales de enero de 1988, se le da el carácter de tribunal constitucional a la Suprema Corte de Justicia. Sin embargo, a pesar de ello, la evolución que debe tener como tribunal constitucional no se ha desarrollado completamente, pues debiera establecerse la declaración general de inconstitucionalidad.

Vigésima primera. Dentro de la evolución que nuestra Suprema Corte de Justicia deba tener como tribunal constitucional, se encuentra la facultad preventiva en el control de la constitucionalidad de las disposiciones jurídicas generales.

Vigésima segunda. La reparación de la transgresión de los derechos humanos, se ha centrado en el juicio de amparo y en la Comisión Nacional de Derechos Humanos, organismo este último que presenta las características de la institución escandinava del Ombudsman, adaptadas a nuestra realidad.

Vigésima tercera. No obstante que la Comisión Nacional de Derechos Humanos se creó como un organismo desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, es un órgano que ha ganado respeto en la comunidad y autonomía en sus funciones.

Vigésima cuarta. La reforma a la Constitución federal en su artículo 102 adicionándose un apartado B, le dará a la Comisión Nacional de Derechos Humanos un rango constitucional que la caracterizará como una garantía constitucional. Por otro lado, dicha reforma propiciará la permanencia que este organismo debió tener desde su creación y al mismo tiempo permitirá que la ley constitucional que al efecto se expida le dé mayor solidez en su organización y funcionamiento.

Vigésima quinta. Dada la finalidad común que presentan tanto el juicio de amparo como la Comisión de Derechos Humanos, sería conveniente tratar de armonizar ambas instituciones.

BIBLIOGRAFIA

- Abellan, Joaquín, "Liberalismo alemán del siglo XIX: Robert von Möhl", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 33, mayo-junio 1983.
- Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Ensayos de derecho procesal civil, penal y constitucional*, Buenos Aires, Ed. Revista de Jurisprudencia Argentina, 1944.
- Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, México, UNAM, 1974.
- Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *La protección procesal internacional de los derechos humanos*, Madrid, Civitas, 1975.
- Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, "La teoría general del proceso y la enseñanza del derecho procesal", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Madrid, núm.1, 1968.
- Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Miscelánea procesal*, México, UNAM, 1972, t. II.
- Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, "Notas relativas al concepto de jurisdicción", *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, México, UNAM, 1974.
- Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa. (Contribución a los fines del proceso)*, 3a. ed., con una presentación de Héctor Fix-Zamudio, México, UNAM, 1991.
- Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, "Trayectoria y contenido de una Teoría General del Proceso", *Jus. Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, México, t. XXIV, núm. 140, marzo de 1950.
- Almagro Noseto, José, *Justicia constitucional (Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)*, Madrid, Artigrafía, 1980.
- Aragón Reyes, Manuel, *Constitución y democracia*, Madrid, Editorial Tecnos, 1989.
- Ayala, Francisco, *El problema del liberalismo*, México, Fondo de Cultura Económica, 1941.
- Baratta, Alessandro, "El Estado de derecho. Historia del concepto y problemática actual", *Sistema, Revista de ciencias sociales*, Madrid, núms. 17-18, abril 1977.
- Batailler, Francine, *Le conseil d'état juge constitutionnel*,

- París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1966.
- Bidart Campos, Germán J., *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*, Buenos Aires, EDIAR, 1987.
- Biscaretti di Ruffia, Paolo, *Introducción al derecho constitucional comparado, las formas de Estado y las formas de Gobierno, las constituciones modernas*, trad. de Héctor Fix-Zamudio, México, Fondo de Cultura Económica, 1975.
- Bobbio, Norberto, *Estado, gobierno, sociedad; contribución a una teoría general de la política*, Barcelona, Plaza & Janés Editores, 1987.
- Bryce, James, *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, Civitas, 1952.
- Buergenthal, Thomas, "The Effect of the European Convention on Human Rights on the Internal Law of Member States" *International and Comparative Law Quarterly*, parte II de 1965.
- Burgoa Orihuela, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, 2a. ed., México, Porrúa, 1976.
- Burgoa Orihuela, Ignacio, *El juicio de amparo*, 27a. ed., México, Porrúa, 1990.
- Cabo Martín, Carlos de, *La crisis del Estado social*, Barcelona, Promociones Publicaciones Universitarias, 1986 .
- Calamandrei, Piero, "Corte constitucional y autoridad judicial", traducción de Héctor Fix-Zamudio, *Boletín de Información Judicial*, México, noviembre de 1956.
- Calamandrei, Piero, *Estudios sobre el proceso civil*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EJEA, 1973.
- Calamandrei, Piero, "La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil" en su obra *Estudios sobre el proceso civil*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EJEA, 1973.
- Cappelletti, Mauro, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, traducción de Héctor Fix-Zamudio y Cipriano Gómez Lara, UNAM, 1966.
- Cappelletti, Mauro, "El significado del control judicial de constitucionalidad de las leyes en el mundo contemporáneo",

traducción de Santiago Sentís Melendo y Tomás A. de Banzhaf, *La justicia constitucional. Estudios de derecho comparado*, México, UNAM, 1987.

- Cappelletti, Mauro, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1979.
- Cappelletti, Mauro, *La jurisdicción constitucional de la libertad, con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austriaco*, traducción y estudio sobre la jurisdicción constitucional mexicana de Héctor Fix-Zamudio, México, Imprenta Universitaria, 1961.
- Cappelletti, Mauro, "La justicia constitucional en Italia", *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núm. 37, enero-abril de 1960.
- Cappelletti, Mauro, *La justicia constitucional (Estudios de derecho comparado)*, México, UNAM, 1987.
- Cappelletti, Mauro, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milano, Giuffrè, 1957.
- Cappelletti, Mauro, "Repudiating Montesquieu? The expansion and legitimacy of constitutional justice", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo XXXVI, núms. 148, 149, 150, julio-diciembre 1986.
- Carlyle, A. J., *La libertad política. Historia de su concepto en la Edad Media y los tiempos modernos*, 1a. reimposición, México, Fondo de Cultura Económica, 1982.
- Carnelutti, Francesco, *Instituciones del proceso civil*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EJEA, 1954.
- Carnelutti, Francesco, "Prove civili e prove penali", *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Padova, vol. II, parte I, 1925.
- Carnelutti, Francesco, *Sistema de derecho procesal civil*, traductores Niceta Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, UTEHA, 1944, 2 ts.
- Carpijo, Jorge, "Derecho constitucional I", *Estudios constitucionales*, 2a. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, La Gran Enciclopedia Mexicana, 1983.
- Carpijo, Jorge, "La clasificación de las constituciones. Una propuesta", *Estudios constitucionales*, 2a. ed., UNAM, México, 1983.
- Carpijo, Jorge, "La función de investigación de la Suprema Corte

- de Justicia", *El Foro*, México, núm. 28, 1972.
- Carpizo, Jorge, "¿Qué es la Comisión Nacional de Derechos Humanos? en la serie", *Folleto*, núm. 90/5, México, CNDH, 1990.
- Carré de Malberg, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, Recueil Sirey, 1920, t. I.
- Carrillo Flores, Antonio, *La justicia federal y la administración pública*, México, Porrúa, 1973.
- Cascajo Castro, José Luis, "Kelsen y la Constitución Española de 1931", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, enero-febrero de 1978.
- Cascajo Castro, José Luis, "La jurisdicción constitucional de la libertad", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 199, enero-febrero de 1975.
- Cascajo Castro, José Luis, "La lucha por el Estado de derecho", *Sistema, Revista de ciencias sociales*, Madrid, núms. 17-18, abril 1977.
- Couture, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, Buenos Aires, 1958.
- Couture, Eduardo J., "Las garantías constitucionales del proceso civil", *Estudios de derecho procesal en honor de Hugo Alsina*, Buenos Aires, Ediar, 1946.
- Crizafulli, Vezio, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè, 1952.
- Díaz, Eliás, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, Editorial Cuadernos para el Diálogo, 1979.
- Dicey, A. V., *Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, Ed. Giard et Brière, Paris, 1902.
- Dicey, A. V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 9a. ed., London, MacMillan and Co., Limited, 1950.
- Duverger, Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, trad. de Isidro Molas y otros, 5a. ed., Barcelona, Ariel, 1970.
- Ermacora, Félix, "El tribunal constitucional austriaco", *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- Favoreu, Louis, "Le droit constitutionnel, droit de la

- Constitution et constitution du droit", *Revue Française de Droit Constitutionnel*, París, núm. 1, 1990.
- Favorau, Louis y Philip, LÖic, *Les grandes décisions du conseil constitutionnel*, 2a. ed., París, Siray, 1979.
- Fix-Zamudio, Héctor, "Acción, pretensión y defensa", *Memoria del XII Congreso mexicano de derecho procesal*, México, UNAM, 1990.
- Fix-Zamudio, Héctor, "Actualidad del principio de la división de poderes", *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núms. 58-59, enero-agosto de 1967.
- Fix-Zamudio, Héctor, "Algunos aspectos de la obra jurídica de Manuel Crescencio García Rejón", *Medio siglo de la Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, UNAM, 1991.
- Fix Zamudio, Héctor, "Breve introducción al juicio de amparo mexicano", *Memoria de El Colegio Nacional*, México, tomo VIII, núm. 3, 1976.
- Fix-Zamudio, Héctor, *El juicio de amparo*, México, Porrúa, 1964.
- Fix-Zamudio, Héctor, "El juicio de amparo y la enseñanza del derecho procesal", *Estudios de derecho procesal en honor de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo*, México, UNAM, 1978.
- Fix-Zamudio, Héctor, "El pensamiento de Eduardo J. Couture y el derecho constitucional procesal", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año X, núm. 30, septiembre-diciembre de 1977.
- Fix-Zamudio, Héctor, "Estado social de derecho y cambio constitucional", *Memoria del III Congreso nacional de derecho constitucional (1983)*, México, UNAM, 1984.
- Fix-Zamudio, Héctor, "Estudio sobre la jurisdicción constitucional mexicana", *El juicio de amparo*, México, Porrúa.
- Fix-Zamudio, Héctor, "Función del poder judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos", *Función del poder judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos*, México, UNAM, 1977.
- Fix-Zamudio, Héctor, "Función del poder judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos", *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*, México, UDUAL-Miguel Angel Porrúa, 1988.
- Fix-Zamudio, Héctor, "Garantías constitucionales en el proceso. El ordenamiento mexicano", *Ciencia Jurídica*, Los Mochis,

- Sinaloa, México, año 5, t. I, núm. 9, julio-diciembre de 1986.
- Fix-Zamudio, Héctor, "Introducción al estudio del derecho procesal social", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Madrid, núm. 3, 1965.
- Fix-Zamudio, Héctor, "La aportación de Piero Calamandrei al derecho procesal constitucional", *Revista de la Facultad de derecho de México*, México, t. VI, núm. 24, octubre-diciembre 1956.
- 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, t. V.
- Fix-Zamudio, Héctor, "La Constitución y su defensa" (ponencia general), *La Constitución y su defensa*, México, UNAM, 1984.
- Fix-Zamudio, Héctor, "La justicia constitucional en Iberoamérica y la declaración general de inconstitucionalidad", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 111, septiembrediciembre de 1979.
- Fix-Zamudio, Héctor, "La justicia constitucional en Iberoamérica y la declaración general de inconstitucionalidad", *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Universidad Externado de Colombia, 1984.
- Fix-Zamudio, Héctor, "La justicia constitucional en el ordenamiento mexicano", *Estudios jurídicos en torno a la Constitución Mexicana de 1917 en su septuagésimo quinto aniversario*, México, UNAM, 1992.
- Fix-Zamudio, Héctor, "La Suprema Corte de Justicia y el juicio de amparo", *La Suprema Corte de Justicia y el pensamiento jurídico*, México, Suprema Corte de Justicia, 1985.
- Fix-Zamudio, Héctor, "Las garantías constitucionales en el derecho mexicano", *Anuario Jurídico*, México, núms. III y IV, 1976-1977.
- Fix-Zamudio, Héctor, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, México, Porrúa, 1985.
- Fix-Zamudio, Héctor, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1965)*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1968.
- Fix-Zamudio, Héctor y Carpizo, Jorge, "Algunas reflexiones sobre la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano", *La interpretación constitucional*, México, UNAM, 1975.

- Fraga, Gabino, "Proyecto de sentencia", *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, t. IV, núms. 13 y 14, enero-junio de 1942.
- Franck, Thomas M., *Comparative constitutional process*, London, Sweet & Maxwell, 1968.
- Friedrich, Carl Joachim, *Gobierno constitucional y democracia. Teoría y práctica en Europa y América*, traducción de Agustín Gil Lasier, Vol. I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975.
- Frisch Philipp, Walter, "La forma en que se plasmó la teoría pura del derecho de Hans Kelsen en la jurisdicción austriaca creada por él", traducción de Elsa Bieler, *Jurídica*, México, julio de 1970.
- Gaceta de la Comisión Nacional de Derechos Humanos*, México, núm., 90/1, 15 de agosto de 1990.
- García Belaúnde, Domingo, "El funcionamiento del Tribunal de Garantías Constitucionales", *Enfoques peruanos*, volumen colectivo dedicado a El Tribunal de Garantías Constitucionales en debate, Lima, núm. 6, 1986.
- García Belaúnde, Domingo, "La influencia española en la Constitución peruana", *Revista de Derecho Político*, Madrid, núm. 16, invierno 1982-1983.
- García Belaúnde, Domingo, "La jurisdicción constitucional en el Perú", *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1984.
- García Cotarelo, Ramón, *Del Estado del bienestar al Estado del malestar*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986.
- García de Enterría, Eduardo, *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1985.
- García Laguardia, Jorge Mario, *La defensa de la Constitución*, Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1983.
- García Pelayo, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Alianza Editorial, 1984.
- García Pelayo, Manuel, *El Estado social y sus implicaciones*, México, UNAM, 1975.
- García Pelayo, Manuel, "La teoría de la sociedad en Lorenz von Stein", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, año IX, núm. 47, 1949.

- García Pelayo, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza Editorial, 1977.
- Gaxiola, Jorge, "León Guzmán y la Constitución de 1857", *El Foro*, México, núm. 15-17, enero-junio de 1957.
- Giménez, Gilberto, *Poder, estado y discurso; perspectivas sociológicas y semiológicas del discurso político-jurídico*, 3a. ed., México, UNAM, 1989.
- Gómez Lara, Cipriano, *Teoría general del proceso*, México, UNAM, 1974.
- González Pérez, Jesús, *Derecho procesal constitucional*, Madrid, Civitas, 1980.
- González Rivas, Juan José, *La justicia constitucional: derecho comparado y español*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1985.
- González-Deleito Domingo, Nicolás, *Tribunales constitucionales organización y funcionamiento*, Madrid, Tecnos (Colección Manuales Universitarios Españoles), núm. IX, 1980.
- Grant, J. A. C., *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Una contribución de las américas a la ciencia política*, México, UNAM, 1963.
- Guasp, Jaime, *La pretensión procesal*, 2a. ed., Madrid 1985.
- Hamilton, Madison y Jay,, *El federalista*, traducción de Gustavo R. Velasco, 3a. reimpresión de la 1a. edición en español, México, Fondo de Cultura Económica, 1982.
- Hauriou, André et. al., *Derecho constitucional e instituciones políticas*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 1980.
- Heinze, Ernest, y Pugliese, Giovanni, *Polemica intorno all'actio*, Firenze, Sansoni, 1954.
- Hernández, Octavio A., *Curso de amparo. Instituciones fundamentales*, 2a. ed., México, Porrúa, 1983.
- Jaconelli, Joseph, *Enacting a Bill of Rights. The Legal Problems*, Oxford, Clarendon Press, 1980.
- Jacques, Robert, "Propos sur le sauvetage d'une liberté", *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Etranger*, Paris, septiembre-diciembre de 1971.
- Jennings, W. I., *The Law and the Constitution*, Londres, 1945.
- Kelsen, Hans, *Die Justiz*, vol. VI, cuaderno 11-12, 1930-1931.

- Kelsen, Hans, "La garantía jurisdiccional de la Constitución", traducción de Rolando Tamayo y Salmorán, *Anuario Jurídico*, México, I, 1974.
- Lasalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, introducción de Eliseo Aja, traducción y prólogo de Wenceslao Roces, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 1976.
- Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado, parte general, t. II, Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Editorial Alfa, 1953.
- Loewenstein, Karl, *Teoría de la constitución*, 4a. reimpression de la 2a.ed., traducción de Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, Ariel, 1976.
- Lord Devlin, "Judges and lawmakers", *Modern Law Review*, Londres, 39 (1976).
- Lucas Verdú, Pablo, *La lucha por el Estado de derecho*, Bolonia, Real Colegio de España, 1975.
- Marbury vs. Madison, *Revista Mexicana de Derecho Público*, número 3, enero-marzo de 1947.
- Margadant, Guillermo Floris, *El derecho privado romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea*, 12a. ed., México, Esfinge, 1983.
- Margadant, Guillermo Floris, *Panorama de la historia universal del derecho*, 2a. ed., México, Porrúa, 1983.
- Marinho, Josaphat, "Conteúdo e valor jurídico do preâmbulo das constituições", *Revista da Faculdade de Direito, Brasil*, vol. XXVIII, enero-diciembre 1953.
- Martínez Báez, Antonio, "El indebido monopolio del Poder Judicial de la Federación para conocer de la constitucionalidad de las leyes", *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, t. IV, núm. 15, julio-septiembre de 1942.
- McLaughlin, Andrew C., *A Constitutional History of the United States*, New York, Appleton-Century-Crofts, Inc., 1935.
- Miranda González, José, "El papel de la constitución en la vida política y social contemporánea", *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, México, año VII, núms. 20-21, mayo-diciembre 1954.
- Mommsen, Teodoro, *Compendio de derecho público romano*, Buenos Aires, Editorial Impulso, 1942.

- Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, México, Porrúa, 1987.
- Neville Figgis, John, *El derecho divino de los reyes*, 1a. reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica, 1982.
- Noriega Cantú, Alfonso, *Lecciones de amparo*, 3a ed., revisada y actualizada por José Luis Soberanes Fernández, México, Porrúa, 1991.
- Noriega Cantú, Alfonso, *Los derechos sociales, creación de la revolución de 1910 y de la Constitución de 1917*, México, UNAM, 1988.
- Ollero Carlos, *El derecho constitucional de la postguerra*, Barcelona, Librería Bosch, 1949.
- Ovalle Favela, José, *Teoría general del proceso*, México, Harla, 1991.
- Perry, Richard L., *Sources of our liberties. Documentary origins of individual liberties in the United States Constitution and Bill of Rights*, con supervisión general de John C. Cooper, New York, American Bar Foundation, 1952.
- Phanor J. Eder, "Judicial Review in Latin America", *Ohio Law Journal*, otoño de 1960.
- Pierandrei, Franco, "Interpretazione delle norme costituzionali in Italia", en la obra *Scritti di diritto costituzionale*, Torino, 1964.
- Pizzorusso, Alessandro, "El tribunal constitucional italiano", *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- Plucknett, Theodore F. T., *A Concise History of the Common Law*, 5a. ed., Londres, Butterworth & Co., 1956.
- Posada y Biesca, Adolfo, *La crisis del Estado y el derecho político*, Madrid, C. Bermejo impresor, 1934.
- Pritchett, Herman C., *La Constitución americana*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1965.
- Rangel y Vázquez, Manuel, *El control de la constitucionalidad de las leyes y el juicio de amparo de garantías en el Estado federal. La defensa integral de la Constitución*, México, Editorial Cultura, 1952.
- Restrepo Piedrahita, Carlos, "Tentativas para instituir en Colombia una Corte Constitucional", *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1984.

- Reyes, Rodolfo, *La defensa constitucional, recursos de inconstitucionalidad y amparo*, Madrid, Espasa-Calpe, 1934.
- Rousseau, Dominique, "Una resurrección: la noción de constitución", *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, París, t. 106, janvier-fevrier 1990.
- Rousseau, Juan Jacobo, *El contrato social o principios de derecho político*, México, Porrúa, 1977.
- Rubio Llorente, Francisco, "La corte constitucional italiana", *Revista de la Facultad de Derecho*, Caracas, núm. 31, 1965.
- Sánchez Viamonte, Carlos, *Las instituciones políticas en la historia universal*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1958.
- Sánchez Viamonte, Carlos, *Los derechos del hombre en la revolución francesa*, México, UNAM, Ediciones de la Facultad de Derecho, 1956.
- Schlaich, Klaus, "El tribunal Constitucional Federal Alemán", *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, traducción de Manuel Sánchez Sarto, Barcelona, Labor, 1931.
- Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, México, Editora Nacional, 1981.
- Sharpe, Robert J., *The Law of Habeas Corpus*, Oxford, Clarendon Press, 1976.
- Sieyès, Emmanuel J., *¿Qué es el tercer Estado?*, traducción de José Rico Godoy, México, UNAM, 1973.
- Soberanes Fernández, José Luis, "El régimen de responsabilidades de servidores públicos del nuevo título cuarto de la Constitución", *Reformas legislativas 1982-1983*, México, UNAM, 1983.
- Stella Richter, Mario; Ritterpach, Theo y Shuster, Heinz, "La organización y las funciones de la Corte Federal Constitucional y de la Corte Federal de Alemania Occidental", traducción de Héctor Fix-Zamudio, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, núms. 31-32, julio-diciembre de 1958.
- Stubbs, William, *Select Charters and other Illustrations of English Constitutional History from the Earliest times to*

- the *Reign of Edward the First*, Oxford, Clarendon Press, 1942.
- Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución*, México, UNAM, 1986.
- Tena Ramírez, Felipe, "El control de la constitucionalidad bajo la vigencia de la Constitución de 1824", *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, número 46, abril-junio de 1950.
- Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-1978*, 8a. ed., México, Porrúa, 1978.
- Trueba Urbina, Alberto, *La primera Constitución político-social del mundo*, México, Porrúa, 1971.
- Vanossi, Jorge Reinaldo, "El Estado de derecho en las Américas", *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, Puerto Rico, vol. XVII, núm. 2, enero-abril 1983.
- Vega García, Pedro de, *Estudios político constitucionales*, México, UNAM, 1987.
- Vega García, Pedro de, "La jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 7, 1979.
- Venegas Alvarez, Sonia, *Origen y devenir del Ombudsman, ¿Una institución encomiable?*, México, UNAM, 1988.
- Vinogradoff, Paul, *Outlines of Historical Jurisprudence*, vol. II, *The Jurisprudence of the Greek City*, Londres, Oxford University Press, 1922.
- Wheare, K. C., *Las constituciones modernas*, traducción de Fernando Morera y Angel Alandi, ed. Labor, S.A., Madrid, 1971.
- Wheare, K. C., *Modern Constitutions*, 2a. ed., Londres, Oxford University Press, 1966.
- Wormser, René A., *The Story of the Law and the Man who Made It. From the Earliest Time to the Present*, Nueva York, Simon and Schuster, 1962.