

### III. EL FUNCIONAMIENTO DE LA ESTRUCTURA CONSTITUCIONAL EN LATINOAMÉRICA

lamente podemos señalar que cuando en varios países se estipula que el trabajo es una obligación social (Costa Rica, artículo 56; Ecuador, artículo 31; Guatemala, artículo 101; Nicaragua, artículo 80; Perú, artículo 42 y Uruguay, artículo 53) estamos en presencia de normas que tienen sólo una naturaleza ética, más que jurídica, porque, seguramente, el no cumplimiento de las mismas carecerá de exigibilidad efectiva, máxime en países con una orientación tan liberal como es el caso de Costa Rica y de Uruguay.<sup>43</sup>

### III. EL FUNCIONAMIENTO DE LA ESTRUCTURA CONSTITUCIONAL EN LATINOAMÉRICA

1. La estructura de principios que gobierna el funcionamiento de cualquier organización constitucional consiste en una singladura de principios que opera de forma tal que dicha organización logre asegurar el equilibrio homeostático del sistema.<sup>44</sup> En el marco de los principios de limitación, de funcionalidad, de supremacía, de control y de estabilidad, se puede comprender la totalidad y cualquiera de las instituciones del Estado, pues es a partir de dicha estructura de principios que la Constitución puede ser definida como un “sistema constitucional”.

Como nos encontramos en la necesidad de optar por un informe resstringido de un material tan vasto, optamos por analizar en detalle lo relativo del principio de control, materia donde el derecho procesal constitucional latinoamericano ha logrado niveles de gran excelencia doctrinaria e institucional.<sup>45</sup>

2. El principio de control en las Constituciones de Latinoamérica. Sin control el sistema político y constitucional del Estado no tiene asegurado su equilibrado funcionamiento. El arte de la buena organización política radica en establecer un sistema de control múltiple y variado, tanto interno como externo a la organización misma, sea por órganos o mecanismos estatales como por el control social. iremos considerando las distintas variables de control a partir de la clásica declaración de inconstitucionalidad.

A. La declaración de inconstitucionalidad. Las notas principales del control de constitucionalidad, a través de la declaración de inconstitucionalidad, a tenor de un cuadro comparativo, son:

43 Véase, para una profundización del cuadro comparativo de los derechos sociales en las Constituciones latinoamericanas nuestro libro *Derecho constitucional latinoamericano*, cit., nota 27.

44 Véase nuestro libro *Cibernética y política* para profundizar lo concerniente al funcionamiento de un sistema político.

45 Nos volvemos a remitir a nuestro libro *Derecho constitucional latinoamericano* si se quiere profundizar el análisis comparado del sistema de derechos y garantías contenidos en los textos constitucionales de nuestro continente.

a) Establecen el control difuso de constitucionalidad (cualquier juez tiene competencia para ello): Argentina, artículo 100: le corresponde a los tribunales inferiores de la nación el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución; Brasil, artículo 97: aunque esta disposición restringe a los órganos colegiados esta atribución,<sup>46</sup> Bolivia, artículo 122.2: al disponer que le corresponde a la justicia ordinaria resolver los recursos directos de nulidad que se plantearen en resguardo de las competencias fijadas por la ley (en sentido lato incluye a la Constitución); Ecuador, artículo 138: se trata de una semidifusividad y/o concentración, porque la potestad la ejercen la Corte Suprema, el Tribunal Fiscal y el Contencioso Administrativo; Guatemala, artículo 272.d: el control difuso surge por interpretación de esta norma, en tanto habilita la competencia de la Corte Constitucional por apelación; Honduras, artículo 315: en tanto el juez debe aplicar primero la Constitución que las leyes.

También disponen el control difuso de inconstitucionalidad. México, artículo 103: los tribunales federales resolverán las controversias donde queden violadas las garantías individuales; Nicaragua, artículo 165: al establecer que todos los magistrados sólo deben obediencia a la Constitución y a las leyes, se puede inferir su potestad difusa en la declaración de inconstitucionalidad; Paraguay, artículo 200: la cuestión se puede plantear por excepción en cualquier instancia, pero se eleva a la Corte para su trámite en dicho Tribunal, el incidente no suspende el juicio que prosigue hasta el estado de sentencia; Perú, artículo 236: todos los jueces deben preferir la Constitución a las leyes.

Según Arturo González Cosío el sistema difuso de control de constitucionalidad, en México no se ha extendido en la práctica, dejando entrever que el control más importante ha sido el ejercido por acción directa ante la Corte, contemplado en el artículo 105. Según Tena Ramírez el artículo 133, en tanto otorga a los jueces la competencia para analizar la constitucionalidad de las leyes “es un precepto oscuro e incongruente, dislocador de nuestro sistema”.<sup>47</sup> A su vez, Héctor Fix-Zamudio entiende que el citado artículo 133 fundamenta la interposición de un recurso de inconstitucionalidad por vía de excepción, procedente, incluso, ante la jurisdicción local.<sup>48</sup> Es de la misma opinión Carpizo, quien además considera que la autoridad

<sup>46</sup> José Afonso da Silva nos dice que en Brasil alguna doctrina sostuvo que esta norma implicaba prohibir a los jueces de primera instancia el control de constitucionalidad, pero dicha posición ha sido desestimada, reconociéndose una jurisdicción difusa y amplia en ese país. *Cfr.* de este autor, “Sistema de defensa de la Constitución brasileña”, *La Constitución y su defensa*, cit., nota 24, p. 274 y Bittencourt, Lucio, en *O contrôle jurisdiccional da constitucionalidade das leis*, p. 46.

<sup>47</sup> *Cfr.* Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 1972, pp. 548-549.

<sup>48</sup> *Cfr.* Fix-Zamudio, Héctor, *El juicio de amparo*, México, 1964, p. 179.

administrativa es también competente para examinar la constitucionalidad de las leyes.<sup>49</sup>

b) Establecen la jurisdicción concentrada de control de constitucionalidad:

En forma exclusiva: Chile: tanto a favor de la Corte Suprema (artículo 80) como del Tribunal Constitucional (artículo 82); Ecuador y Guatemala: a través de tribunales especiales; Uruguay, artículo 257; Colombia, artículo 214.2: respecto de todas las leyes y de los decretos del gobierno en ejercicio de atribuciones extraordinarias, aprobando contratos o ejerciendo la planificación económica y social; El Salvador, artículo 138; Panamá, artículo 203.1: sea tanto por razones de fondo como de forma; Paraguay, artículo 200: sólo la Corte declara la inconstitucionalidad de las leyes; Venezuela, artículo 215.3 y 7.

c) Disponen o permiten ambas jurisdicciones (la difusa y la concentrada): Argentina artículos 101 y ley 48); Brasil artículos 97 y 102.I.a y III.a: al disponer la acción directa de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema y al habilitar el recurso extraordinario ante dicho Tribunal para revisar decisiones contrarias a la Constitución; Bolivia, artículos 122.2 y 127.5: la Corte Suprema conoce en los asuntos de inconstitucionalidad de puro derecho, solamente; Ecuador, en los términos de los artículos 138 y 141; Honduras, artículos 319.12 y 315.IX: todos los jueces y la Corte Suprema; México, artículos 103.I y 107.VIII.a: todos los jueces federales y la Corte Suprema; Nicaragua, artículos 164.4 y 165: estas normas permiten que tanto la Corte Suprema como todos los jueces ejerzan el control de constitucionalidad; Perú, artículos 236 y 298: todos los jueces y el Tribunal de Garantías pueden declarar la inconstitucionalidad de las leyes; Uruguay, artículo 258: en la medida que establecen la acción directa ante la Corte y la inconstitucionalidad por vía de excepción; además la ley 13747 dispone que los jueces pueden rechazar las cuestiones de inconstitucionalidad; Venezuela por así disponerlo el Código de procedimientos civiles, artículo 7, pero sin apoyo constitucional.

En Colombia la doble jurisdicción constitucional —difusa y concentrada— se infiere de dos disposiciones: por un lado cuando se sostiene que la Corte Constitucional revisa las decisiones judiciales relacionadas con la tutela de los derechos constitucionales (artículo 241.9); por otro, cuando se le otorga al Consejo la jurisdicción por inconstitucionalidad, con efectos de nulidad, sobre los decretos dictados por el gobierno, cuando su competencia no corresponda a la Corte Constitucional (artículo 237.2). Esto significa que en ambos casos hay dos jurisdicciones por inconstitucionalidad: ante los jueces ordinarios y ante el Consejo de Estado. En los demás casos la jurisdicción está concentrada en la Corte Constitucional, salvo que

49 Carpizo, Jorge, *Estudios constitucionales*, cit., nota 40, p. 37.

la ley entienda que cuando la Constitución habla de que dicho órgano “decide definitivamente” habilita a una jurisdicción judicial difusa.

d) Autorizan la acción popular para interponer esta protección jurisdiccional: Colombia, artículo 88 y 89; El Salvador, artículo 183; Panamá, artículo 203.1; Perú, artículo 295; pero dejada de lado de hecho por la exigencia del artículo 299.6 de que sean 50,000 ciudadanos los que la planteen; Ecuador, artículo 141.3; Chile, artículo 82.7 y 10: sólo para la inconstitucionalidad de las organizaciones políticas y sobre las inhabilidades para ser ministro. En Venezuela la doctrina y la jurisprudencia sostienen que la acción popular es procedente para este objeto, pero ello no encuentra fundamento normativo expreso en la Constitución.<sup>50</sup>

En Brasil, al no estar incluida la acción popular en la nómina de quienes están habilitados para interponer la acción prevista en el artículo 103 de la nueva Constitución, no puede seguir interpretándose como lo haría la jurisprudencia hasta entonces, que la acción popular general, preceptuada para anular actos lesivos al patrimonio de las entidades públicas (artículo 5.LXXXIII) la comprendiera.<sup>51</sup>

La habilitación de la acción popular para peticionar la declaración de inconstitucionalidad le otorga un evidente carácter político a la misma (ella ataca a la norma y no sólo a sus efectos) máxime si el efecto de dicha declaración es *erga omnes*.<sup>52</sup>

e) Se autoriza la declaración de inconstitucionalidad por omisión, tanto en forma directa ante cualquier tribunal del país, como por medio de la *injunction*. Esto ocurre en el Brasil, habiendo el Tribunal Federal interpretado que la prescripción que dispone debe dar intervención por treinta días, luego de la declaración de inconstitucionalidad, a la autoridad competente que incurrió en la omisión (presidente, Congreso, cámaras legislativas o tribunales), según lo establece el artículo 102.q, no corresponde ser aplicada cuando se trata de la *injunction*. Vale decir que en Brasil la declaración de inconstitucionalidad ante la justicia ordinaria, en forma difusa, no produce los mismos efectos que la *injunction*, porque mientras aquélla produce efectos *erga omnes*, la última sólo puede presentarse con efectos para un caso (por interpretación de los artículos 5.LXXI y 103.2), siendo su sustanciación concentrada en la competencia exclusiva del Tribunal Federal (artículo 102.q.). Claro está que la Constitución no especifica qué ocurre

50 Véase, La Roche, Humberto, *Instituciones constitucionales del Estado venezolano*, Maracaibo, 1984, p. 262 y Brewer-Carías, Allan R., *op. cit.*, nota 19, p. 633.

51 Véase, en tal sentido, la opinión, previa a la reforma, de Vescovi, Enrique, *Los recursos judiciales y demás medios interpretativos en Iberoamérica*, Buenos Aires, Depalma, 1988, p. 388.

52 Así ha sido entendido por la doctrina colombiana. Quiroga Cubillos, Héctor E., *El proceso constitucional*, Bogotá, Ed. Librería del Profesional, 1985, donde se cita, en tal sentido, jurisprudencia de la Corte, p. 106.

si los órganos del Estado que han sido consultados por el Tribunal Federal (en el supuesto del artículo 102.q) no cumple con las medidas que le indique el Tribunal para suplir la omisión incurrida; nosotros entendemos que, en tal caso, lo resuelto por el Tribunal Federal adquiere el carácter de norma jurídica, como si hubiere sido dictada por el Legislativo, pero, claro está, no en la condición de norma general, sino como una medida legislativa aplicable al supuesto en cuestión solamente. No ha sido este el entendimiento que ha tenido el Tribunal Federal sobre este tema; por el contrario, como lo enseña Afonso da Silva,<sup>53</sup> prácticamente ha desactivado la institución de la *injunction*. También debemos observar que en Brasil toda ley declarada inconstitucional, sea por vía de acción directa o por *injunction*, debe ser suspendida por el Senado una vez producida la declaración definitiva, en tal sentido, por el Tribunal Federal (artículo 52.X).

Ya vimos que en Colombia se introduce la declaración de inconstitucionalidad por omisión en el artículo 89.

En la doctrina argentina, Germán Bidart Campos y Jorge R. Vanossi se han pronunciado a favor de la declaración de inconstitucionalidad por omisión.<sup>54</sup>

5) Tienen prevista la acción directa (declarativa) de inconstitucionalidad: Brasil (artículo 102.I.a): en cuyo trámite procede disponer medidas cautelares (artículo 102.I.p); Chile, artículo 80; Ecuador, artículo 141.3 y 4: por acción popular o a pedido de parte interesada; El Salvador, artículo 183: por acción popular; México, artículo 107.I y XI: a instancia de parte agraviada y a través de la acción de amparo directo; en este caso se pueden suspender los actos impugnados para permitir la sustanciación de medidas precautorias.<sup>55</sup> En Colombia la acción directa de inconstitucionalidad está prevista en el artículo 89, aunque dependiente de reglamentación legal, pero más específicamente del artículo 241. 4 y 5. en cuanto se habilita la "demanda de inconstitucionalidad" de los ciudadanos contra las leyes o contra los decretos con fuerza de ley.

Sobre la misma temática, en Panamá también está indicada la acción directa, pero las partes sólo pueden formular la advertencia de inconstitucionalidad una sola vez por cada instancia (artículo 203); en Paraguay procede la inconstitucionalidad por acción directa ante la Corte (artículo 200); en Perú la acción directa es viable a petición de parte ante el Tribunal de Garantías (artículo 298.1); en Uruguay dicha acción es factible

<sup>53</sup> Silva, José Afonso da, en su obra sobre la *injunction*, cit. en la bibliografía.

<sup>54</sup> Véase el trabajo de estos autores en *La Constitución y su defensa*, cit., nota 24, p. 92.

<sup>55</sup> Sobre esta posibilidad puede verse el estudio de Héctor Fix-Zamudio, *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, pp. 89 y ss., donde el destacado jurista mexicano explica los alcances de la referida medida cautelar.

ante el Tribunal de Garantías (artículo 258.1); en Venezuela la procedencia de la acción está implícita en la atribución de la Corte de nulificar los preceptos constitucionales.<sup>56</sup>

g) Tienen contemplada la inconstitucionalidad por vía de excepción: Uruguay, artículo 258.2; Paraguay, artículo 200: en cualquier instancia; Brasil, artículo 97: en forma implícita (así lo entiende también la doctrina);<sup>57</sup> Colombia, artículo 215: según interpretación de la doctrina;<sup>58</sup> antes de la nueva Constitución, pero frente al nuevo texto de 1991 ello se infiere del artículo 242.1, en tanto él establece que cualquier ciudadano puede ejercer acciones públicas e “intervenir como impugnador o defensor” de las normas sometidas a control en los procesos promovidos por otros, así como en aquellos para los cuales no existe acción pública. En Argentina la vía de excepción es implícita (artículo 100: pero la ley 27 prohíbe la declaración de oficio aunque no la acción directa). Y en Venezuela la declaración de inconstitucionalidad por vía de excepción surge del artículo 7 del Código de Procedimientos Civil.<sup>59</sup>

El alcance de la declaración de inconstitucionalidad es amplio: en general todos los países comprenden no sólo a las leyes sino, también, a los decretos del Ejecutivo y al resto de la legislación, con prescindencia de que a la legislación administrativa le corresponda la declaración de inconstitucionalidad por parte de órganos no judiciales (casos del Consejo de Estado en Colombia, del Tribunal Contencioso Administrativo en el Uruguay o de la Contraloría General en Chile). Las sentencias también son objeto de revisión de constitucionalidad en los sistemas difusos: podemos destacar particularmente el caso argentino, donde dicho control se ejerce a partir de su denuncia por arbitrariedad o por gravedad institucional, o el caso mexicano, a partir del desenvolvimiento del juicio de amparo.<sup>60</sup>

h) Está prevista la declaración de oficio de inconstitucionalidad en: Uruguay, artículo 258; Chile, artículo 80; México, artículo 107.VIII.b: en los casos de amparo en revisión cuando sus características lo ameriten; Panamá, artículo 203.1: cuando la declaración la promueve un juez, se elevan las actuaciones a la Corte Suprema, continuándose el juicio hasta colocarlo en estado de decidir; Colombia, artículos 214 y 215 cuando el Ejecutivo no remitiere a la Corte Suprema, para el control preventivo, los decretos legislativos dictados durante los estados de emergencia.

<sup>56</sup> Véase, sobre este último país, La Roche, Humberto, *Derecho constitucional*, 1987, pp. 135 y ss.

<sup>57</sup> Silva, José Afonso da, *op. cit.*, nota 46, pp. 269 y ss.

<sup>58</sup> Véase Sáchica, Luis Carlos, *op. cit.*, nota 4, pp. 350 y ss.

<sup>59</sup> Cfr. La Roche, Humberto, *op. cit.*, nota 56, p. 261.

<sup>60</sup> Sobre la arbitrariedad como variable de la inconstitucionalidad en la Argentina, puede consultarse Carrió, Genaro, “Sentencia arbitaria”, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1965, y el “Recurso extraordinario por arbitrariedad de sentencia”.

i) Están legitimados para interponer la acción declarativa de inconstitucionalidad:

- El presidente de la República (Brasil, artículo 103.I; Chile, artículo 82, en los casos de control preventivo o de inconstitucionalidad de decreto; Perú, artículo 299.1; Colombia, artículos 214-215 en el caso de los decretos legislativos dictados durante situaciones de emergencia; ello con carácter imperativo).
- Cada una de las Cámaras del Congreso (Brasil, artículo 103.II; Chile, artículo 82; en el caso de control preventivo de inconstitucionalidad de decretos).
- La Asamblea Legislativa (Brasil, artículo 103.IV), sesenta diputados (Perú, artículo 299.4), o veinte senadores (Perú artículo 299.5).
- Los gobernadores estaduales (Brasil, artículo 103.V).
- El procurador general (Brasil, artículo 103. VI; Perú, artículo 299.3: en este país el fiscal de la nación).
- El Colegio de Abogados de Brasil artículo 103.VII).
- Los partidos políticos (Brasil, artículo 103.VIII).
- La confederación sindical (Brasil artículo 103.IX).
- Las asociaciones de clase (Brasil, artículo 103.IX).
- La Corte Suprema (Perú, artículo 299.2).
- Por todo aquel que se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo (Uruguay, artículo 258; Ecuador, artículo 141.4: a pedido de parte) Colombia, artículo 241. 4 y 5).

Los restantes países dejan librada la regulación de la legitimación procesal a la ley.

j) Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, a saber por las regulaciones expresas de los textos constitucionales, son las siguientes, como alternativas:

1) Se produce la nulidad de la norma inconstitucional, vale decir que sus efectos son *erga omnes*:

Por así estar dispuesto en forma expresa: en Bolivia, artículos 122.2 y 127.5: aunque debe interpretarse que la nulidad se refiere al acto que excedió el poder y no a la norma; el Salvador, artículo 183: de un modo general y obligatorio; Venezuela, artículo 215.3, 4, 6 y 7: respecto de las leyes y actos legislativos federales y estaduales, municipales y de los reglamentos o actos del Ejecutivo nacional.

En Colombia el efecto de nulidad está dispuesto en forma expresa cuando conoce el Consejo de Estado de las inconstitucionalidades de los decretos del Ejecutivo, cuando no fuere competente la Corte Constitucional (artículo 237.2): en los demás casos el efecto *erga omnes* se podría inferir

por interpretación del texto constitucional en la medida que se dispone que la Corte “decide definitivamente” (artículo 241. 4 y 5).

En todos los casos en que la acción ha sido interpuesta por acción popular porque, en estos casos resulta claro que se ataca el vivo objetivo de la norma, al margen de una mera pretensión subjetiva (se trata de un proceso objetivo a la ley y no un proceso voluntario).<sup>61</sup>

Humberto J. La Roche señala que los efectos de la nulidad no son sólo la inaplicabilidad sino la inexistencia para el futuro.<sup>62</sup>

2) Se produce la derogación de la norma si el Congreso no deroga la ley declarada inconstitucional después de cuarenta y cinco días de haber recibido una comunicación en tal sentido. Si lo declarado inconstitucional es un decreto ejecutivo, la derogación se produce desde la publicación de la inconstitucionalidad. En caso alguno hay efectos retroactivos (Perú, artículos 300, 301 y 303). En Perú se ha manifestado en forma contraria a la posibilidad de la nulidad de las leyes, Domingo García Belaúnde.<sup>63</sup>

3) Se produce la suspensión total o parcial de los efectos de las normas inconstitucionales; en tal caso el Tribunal de garantías constitucionales somete la cuestión al Congreso, pero en ninguna situación lo que se resuelva tiene efecto retroactivo (Ecuador, artículo 141.4); pero no se establece qué ocurre si el Congreso no acata la resolución del Tribunal; una interpretación lógica es darle efecto *erga omnes* a la resolución, pero, para ello, se debiera fijar término para que emita su opinión el Congreso.

4) Se produce la suspensión total o parcial por parte del Senado, en los casos de que una ley hubiera sido declarada inconstitucional por el Supremo Tribunal Federal (Brasil, artículo 52.X). José A. da Silva nos enseña que en Brasil en ningún caso la declaración de inconstitucionalidad por el Supremo Tribunal o por los tribunales inferiores tiene efectos *erga omnes*: en todos los casos debe intervenir el Senado suspendiendo la norma inconstitucional, de forma tal que si no lo hace ella sigue valiendo; a su vez, dicha suspensión tiene efectos para el futuro: *ex tunc*.<sup>64</sup> También señala Da Silva que en Brasil se ha instalado una práctica injustificada: cuando la declaración de inconstitucionalidad proviene de una acción directa, el que suspende la ejecución de la ley es el presidente por decreto.<sup>65</sup>

61 *Cfr.* Vescovi, Enrique, *op. cit.*, nota 91, p. 386; Sáchica, Luis Carlos, *op. cit.*, nota 44, p. 359; este autor propone que los efectos generales sean sólo para el futuro en relación con las inconstitucionalidades por defectos de fondo y desde el origen —con efectos retroactivos— cuando hayan existido defectos de forma, distinción que nos parece muy apropiada.

62 *Op. cit.*, nota 56, p. 144.

63 *Op. cit.*, nota 5, p. 191.

64 *Cfr.* el estudio de este autor, *cit.*, nota 46.

65 *Idem*, p. 300.

5) Resulta la inaplicabilidad de la norma inconstitucional al caso concreto: Uruguay, artículos 258, 259 y 260: tanto respecto de leyes como de decretos; Chile, artículo 80; Ecuador, artículo 138: sólo para los casos en que la declaración de inconstitucionalidad la pronuncie la Corte Suprema y los Tribunales de Cuentas y Administrativos; Guatemala, artículo 272: en los casos en que la competencia de la Corte Constitucional proceda por apelación, pues la norma habla de “casos concretos”; México, artículo 107.II: la inconstitucionalidad sólo se ocupa de los individuos particulares sin hacer declaración general respecto de la ley; Panamá, artículo 212.2: si bien en esta Constitución no hay indicación explícita de los efectos de la inconstitucionalidad, esta norma da pauta a la ley porque establece que “el objeto del proceso es el reconocimiento de los derechos reconocidos en la ley sustancial”; Paraguay, artículo 200: el fallo sólo tendrá efecto con relación al caso.

6) La ley establecerá estos efectos (Méjico, artículo 94). A nuestro juicio, esta norma habilita al Congreso mexicano a flexibilizar el rigor de la conocida en México como “cláusula Otero”, según la cual el efecto de la inconstitucionalidad no puede ser general. Hay una tendencia creciente en ese sentido.<sup>66</sup>

B. El derecho procesal constitucional. Constituye también un engranaje fundamental en el sistema de control, particularmente aquel dispuesto como garantía de los derechos individuales. Se trata de las clásicas garantías procesales en resguardo de la libertad, seguridad y dignidad de las personas, que en América Latina han logrado un nivel de desenvolvimiento de gran calidad en la dogmática constitucional. Estas normas tienen la función de organizadoras, y, además, o son normas procesales explícitas y completas o configuran “bases del derecho procesal constitucional”, que deben ser complementadas por la ley o por la jurisprudencia.

a) Ningún habitante de la nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso (Argentina, artículo 18; Bolivia, artículo 16; Brasil, artículo 5.XXXIX; Colombia, artículo 29: con la aclaración de que ello vale aun en tiempo de guerra, limitación concreta a las potestades que otorga la previsión marcial; Costa Rica, artículo 39; Cuba, artículo 58; Chile, artículo 19.3<sup>67</sup> República Dominicana, artículo

66 Castro, Juventino V., *Hacia el amparo evolucionado*, pp. 26-44 y Carrillo Flores, Antonio, en *La Constitución, la Suprema Corte y los derechos humanos*, pp. 32 y 33.

67 En este país, Jorge Varela del Solar sostiene que este precepto constitucional —como base penal constitucional— implica la prohibición constitucional de las leyes penales en blanco, en la medida que éstas no describan esencial o sustantivamente el núcleo de la conducta típica (si lo hicieren y quedaren sólo detalles de aplicación a la ley complementaria, no hay ley penal en blanco y, por ende, inconstitucionalidad). Coincidimos con esta apreciación que puede extenderse, como doctrina, al resto de los países que introducen la reserva de la ley penal previa.

8.2.j; Ecuador, artículo 19.17.c; El Salvador, artículo 15; Guatemala, artículo 17; Haití, artículo 45; México, artículo 14; Nicaragua, artículo 34.10; Panamá, artículo 31; Paraguay, artículo 61; Perú, artículo 233.9; Venezuela, artículo 69).

1) No habrá pena sin previa conminación legal (Brasil, artículo 5.XXXIX).

2) Todo auto de prisión formal debe expresar: el delito que se impone al acusado, los elementos que lo constituyen, lugar, tiempo y circunstancia de su ejecución, datos que arroje la averiguación previa, bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad...; si en la secuela del proceso apareciera que se ha cometido un delito distinto... deberá ser objeto de acusación separada, sin perjuicio de su acumulación...(Méjico, artículo 19).

3) Nadie puede ser considerado culpable hasta haber sido juzgado y producido sentencia penal condenatoria (Brasil, artículo 5.LVII; Ecuador, artículo 19.17.g; El Salvador, artículo 12; Honduras, artículo 89; Nicaragua, artículo 34.1; Colombia, artículo 29).

4) Corresponde únicamente al órgano judicial imponer penas (El Salvador, artículo 14; México, artículo 21); pero la autoridad administrativa puede aplicar hasta quince días de arresto o multa por contravenciones a las leyes, reglamentos u ordenanzas (El Salvador, artículo 14; México, artículo 21; pero no más de 36 horas).

5) La multa es conmutable por detención no mayor de 36 horas; las multas a los infractores jornaleros o trabajadores no pueden exceder el equivalente al importe de una jornada de trabajo (Méjico, artículo 21).

6) A nadie le puede ser aplicada causa ni ser condenado sino por tribunal competente (Cuba, artículo 58).

7) Nadie puede ser privado de sus derechos sin ser vencido en juicio con arreglo a las leyes (El Salvador, artículo 11; Honduras, artículo 94).

8) Se presume la inocencia del sujeto a causa mientras no se pruebe su culpabilidad (Bolivia, artículo 16; El Salvador, artículo 12; Colombia, artículo 29, o mientras no haya sido declarado responsable... (Guatemala, artículo 14; Panamá, artículo 22; Paraguay, artículo 63); la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal (Chile, artículo 19.3); en caso de duda se debe aplicar la ley más favorable al reo (Perú, artículo 233.7); lo mismo ocurre en caso de conflicto en el tiempo creado por la ley penal (Perú, *idem*).

9) Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella (Chile, artículo 19.3); de esta forma se incorpora en la Constitución de Chile la exigencia de tipicidad penal, tradicionalmente reservada a la ley o a la interpretación doctrinaria. En el mismo sentido: Ecuador, artículo 19.17.c y Venezuela, artículo 60.

10) En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer penas por simple analogía (Méjico, artículo 14; Perú, artículo 233.8), ni aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata (Méjico, artículo 14). Ecuador también exige en la Constitución el requisito de tipicidad (artículo 19.17.e; Panamá, artículo 31; Paraguay, artículo 64).

11) En Colombia, antes de la reforma de 1991, podían juzgar sin juicio previo... los funcionarios con jurisdicción... a quienes se les injurie o falte al respeto en el acto en que estén desempeñando sus funciones (artículo 27.1). Consideramos que este precepto implicaba otorgar la potestad de hacerse justicia por mano propia, razón que lo hace muy poco conveniente; también tienen esa potestad los jefes militares... para contener una insubordinación militar o para mantener el orden hallándose frente al enemigo (artículo 27.1): esto significa la previsión constitucional de la ley marcial, por lo cual el estado de beligerancia o insubordinación debe haberse producido objetivamente; lo mismo le corresponde a los capitanes de buque, no estando en puerto, para reprimir delitos cometidos a bordo (artículo 27.3): disposición razonable y generalmente contemplada en la legislación ordinaria. Es saludable que se hayan suprimido estas disposiciones del nuevo texto constitucional. En Panamá, influida por la Constitución colombiana, ha incluido en el artículo 33 una regulación del mismo tenor.

b) Nadie puede ser juzgado por comisiones especiales (Argentina, artículo 18; Bolivia, artículo 14; Brasil, artículo 5.XXXVII, Costa Rica, artículo 35; Chile, artículo 19.3; Paraguay, artículo 61; Perú, artículo 2.20.1; Uruguay, artículo 19).

1) Ni sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa (Argentina, artículo 18; Bolivia, artículo 14; Brasil, artículo 5.LIII; Costa Rica, artículo 35; Chile, artículo 19.3; Ecuador, artículo 19.17.d; El Salvador, artículo 15; Guatemala, artículo 12; Haití, artículo 42; Honduras, artículo 90; Nicaragua, artículo 34.3; Panamá, artículo 32; Venezuela, artículo 69).

2) Ni juzgado por leyes privativas (se trata de leyes especiales para el caso: equivalentes al *bill of attainder* anglosajón), ni por tribunales especiales (Méjico, artículo 13).

3) Ni ser desviado de la jurisdicción predeterminada (Perú, artículo 2.20.1).

4) Corresponde ser juzgado en audiencia pública por un juez o jurado.. (Méjico, artículo 20.VI)... antes de cuatro meses si se tratare de delitos con pena que no exceda los dos años de prisión y antes de un año si la pena excede ese tiempo (Méjico, artículo 20.VIII); y ser juzgado, sin dilaciones por tribunal competente... (Nicaragua, artículo 34.2).

5) Todo proceso penal debe ser público... salvo casos de excepción por razones de moral, orden público o seguridad nacional (Nicaragua, artículo

34.10; Perú, artículo 233.3); el sumario no es secreto... (Paraguay, artículo 60).

6) El sumario deberá comenzar dentro de las 48 horas siguientes a la toma de declaración (Uruguay, artículo 16).

7) Un mismo juez no puede serlo en diversas instancias para la decisión de un mismo asunto (Costa Rica, artículo 42; El Salvador, artículo 16).

8) Ningún juicio criminal puede tener más de tres instancias (México, artículo 23).

9) Nadie puede ser juzgado dos veces por una misma causa (República Dominicana, artículo 8.h; El Salvador, artículo 11; México, artículo 23; Nicaragua, artículo 34.9; Panamá, artículo 32; Paraguay, artículo 64; Perú, artículo 233.11; Venezuela, artículo 60.8).

10) Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia (México, artículo 23).

11) Ningún órgano gubernamental ni autoridad puede avocarse a causas pendientes ni abrir juicios feneidos (El Salvador, artículo 17; Argentina, artículo 95: la prohibición sólo alcanza al presidente de la nación; Perú, artículo 233.2 y 11).

12) Nadie puede ser arrestado en lugar de otro (Haití, artículo 24.3.e)

13) Todo individuo tiene derecho a ser juzgado por árbitros habiendo litigio pendiente (Costa Rica, artículo 43).

El caso particular de los *fueros militares*. Este fuero es altamente cuestionado por implicar un tratamiento desigualitario en relación con el resto de la sociedad; sin embargo, con fundamento en razones de especialidad que se sustentan en las características de las situaciones en que se cometen los delitos por parte de los militares, en muchos países se ha reconocido la validez del fuero militar, denominado, también, real o de causa, en directa referencia a que tan sólo comprende el juzgamiento de los delitos funcionales, es decir, aquellos que se cometen con motivo del cumplimiento de funciones castrenses. Veamos cuál ha sido el reconocimiento constitucional del fuero militar:

- Se reconoce el fuero de guerra para delitos o faltas de orden militar (Honduras, artículos 90 y 91; México, artículo 15; Colombia, artículo 221, El Salvador, artículo 216; Uruguay, artículo 253; pero en ningún caso dicha jurisdicción puede extenderse a personas que no estén en servicio activo de las Fuerzas Armadas (Honduras, artículos 90 y 91; México, artículo 13; Uruguay, artículo 253).
- Los militares únicamente pueden ser juzgados por las Cortes Militares, por delitos comunes, en tiempo de guerra o por infracciones relevantes a la disciplina militar (Haití, artículo 267.3).
- Los tribunales militares serán organizados para juzgar los delitos o faltas de naturaleza militar... si ambas leyes, la militar como la

común, penaran un hecho, no será considerado delito militar, salvo si hubiera sido cometido en servicio activo y en su carácter de tal; en caso de duda... se lo considera delito común; sólo en caso de guerra internacional... los tribunales militares pueden tener jurisdicción sobre los civiles (Paraguay, artículo 43).

- Los miembros de las fuerzas públicas gozan de fuero especial... a excepción de las infracciones comunes (delitos comunes) que las juzgará la justicia ordinaria (Ecuador, artículo 131; Perú, artículo 282).
- En los casos de delitos de función están sometidos (los miembros de las fuerzas y la policía) al fuero respectivo... (Perú, artículo 282); la jurisdicción militar puede tener independencia por imperio de la ley, con lo cual se está permitiendo que ella no quede sometida al control de los tribunales superiores civiles, produciéndose una ruptura en el postulado de la unidad jurisdiccional (ello puede afectar la supremacía de la Constitución, cuando la justicia militar no respete al debido proceso).
- En la Argentina está reconocido como constitucional el fuero real o de causa por delitos estrictamente militares (caso Espina, fallos: 54:577).
- En Brasil los militares sólo pierden su puesto y son posibles de ser juzgados indignos del oficialato... por decisión de un tribunal militar... (artículo 42.7). En este país está previsto que los militares sean condenados por delitos comunes por tribunales militares (artículo 42.8).

En Colombia —observa Luis Carlos Sáchica, antes de la reforma de 1991—, la aplicación de la justicia penal a los civiles que ejecutan actos subversivos, parece desgastar a las fuerzas armadas, resultando discutible su constitucionalidad a la luz de las facultades de excepción del presidente durante el Estado de sitio (artículo 121) y la prohibición de ejercer en forma simultánea, en tiempo de paz, la autoridad militar y judicial (artículo 61).<sup>68</sup> El texto vigente ya no da pie a dicha interpretación.

En la Argentina únicamente están reconocidos como constitucionales el fuero real o de causa por delitos estrictamente militares (caso Espina, fallos 54: 577); esta jurisdicción ha sido ampliada a civiles en situaciones de emergencia (caso Ruggero y Ruggero, fallos 254: 116) y ampliada durante el gobierno de facto, aun sin necesidad de comprobarse la emergencia (caso de La Torre).<sup>69</sup>

<sup>68</sup> *Op. cit.*, nota 4, p. 103.

<sup>69</sup> El caso de La Torre se encuentra en *El Derecho* 15 de abril de 1981. Sobre el tema, se puede consultar Vanossi, Jorge Reinaldo A. y Pedro Fermín Ubertone, "Instituciones de

De acuerdo con estos antecedentes podemos colegir que en América Latina no está prevista la ley marcial en los textos constitucionales. Vale decir que la aplicación de la ley militar por parte de tribunales militares a civiles, aun en hipótesis de conflicto armado, no es una disposición expresa que conste en dichos textos. En Colombia el artículo 61 de la Constitución derogada establecía que en tiempo de paz no se pueden ejercer simultáneamente los poderes políticos y civiles, los judiciales y los militares; ello puede autorizar la interpretación, *a contrario sensu*, para tiempo de guerra, pero en la regulación de los estados de excepción no se contempla esta norma. En Venezuela, Humberto La Roche también sostiene que la ley marcial no tiene un reconocimiento constitucional en dicho país.<sup>70</sup> Nosotros entendemos que la hipótesis de la ley marcial sólo es factible en el caso de que el conflicto bélico que se hubiera planteado impidiera el funcionamiento de los tribunales civiles.<sup>71</sup>

c) Nadie será privado de su libertad o de sus bienes sin el debido proceso legal (Brasil, artículo 5.LIV; Colombia, artículo 29; Guatemala, artículo 12; Uruguay, artículos 7 y 12).

1) Nadie puede ser encausado ni condenado... sin las formalidades y garantías que éstas (las leyes) establecen (Cuba, artículo 58); sin que se cumplan las formalidades del procedimiento (Méjico, artículo 14); ni sometido a procedimientos distintos de los previamente establecidos (Perú, artículo 2.20.1); la ley establecerá las garantías de un racional y justo procedimiento (Chile, artículo 19.3).

2) No podrá dictarse auto de prisión sin que preceda información de haberse cometido un delito y sin que concurran motivos racionales suficientes para creer que el detenido lo ha cometido... (Guatemala, artículo 13).

3) Las autoridades policiales no podrán presentar de oficio, ante los medios de comunicación social, a ninguna persona que previamente no haya sido indagada por tribunal competente (Guatemala, artículo 13); valiosa disposición ésta, dirigida a impedir el manejo de la información delictual por parte de la policía, antes de la instrucción judicial.

4) En ningún caso se podrá prolongar la prisión por falta de pago de honorarios de los defensores, o por cualquier otra prestación de dinero, por responsabilidad civil u otro motivo análogo (Méjico, artículo 20.X); no se puede prolongar la prisión preventiva por más tiempo que el máximo que fije la ley... (Méjico, artículo 20.X); en toda pena de prisión que

defensa de la Constitución en la Argentina", *La Constitución y su defensa*, cit., nota 24, pp. 170 y ss.

<sup>70</sup> *Op. cit.*, nota 50, p. 621.

<sup>71</sup> Quiroga Lavié, Humberto, *op. cit.*, nota 2, p. 402; Vanossi, Jorge Reinaldo A. y Pedro Fermín Ubertone, *op. cit.*, nota 69, pp. 87 y ss.

imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención (Méjico, artículo 20.X).

5) En los juicios de orden civil la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho (Méjico, artículo 14).

6) Todo procesado tiene derecho a que se le dicte sentencia absolutoria o condenatoria dentro de los términos legales... (Nicaragua, artículo 34.8); si ello no ocurre, las medidas se entenderán como revocadas y privadas de todo efecto... (Venezuela, artículo 60.1); también se tiene derecho a recurrir a un tribunal superior cuando hubiere sido condenado por cualquier delito... (Nicaragua, artículo 34.9).

7) La amnistía, el indulto, los sobreseimientos definitivos y las prescripciones producen los efectos de la cosa juzgada (Perú, artículo 2.20.11).

8) Todo juicio criminal comenzará por acusación de parte o del acusador público, quedando sólidas las pesquisas secretas (Uruguay, artículo 22).

9) En los procesos penales las pruebas ya evacuadas se estimarán, en cuanto beneficien al reo, conforme a la ley vigente a la fecha en que se promovieron (Venezuela, artículo 44).

Debemos señalar que en la doctrina argentina el “devido proceso legal” ha sido considerado como una garantía innominada e implícita en el espíritu del artículo 28 de la Constitución nacional en tanto dispone que los derechos reconocidos por la Constitución no pueden ser “alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”; ello ha permitido a la jurisprudencia y doctrina de ese país desenvolver toda una sistemática vinculada con el control de razonabilidad de la legislación.<sup>72</sup>

d) Nadie puede ser obligado a declarar contra sí (Argentina, artículo 18; Bolivia, artículo 14; en este país sólo en materia penal está dispuesta la garantía, restricción que no juzgamos conveniente; Colombia, artículo 33, Costa Rica, artículo 36: limitada la garantía a la materia penal merece la misma observación ya efectuada; Cuba, artículo 58; Chile, artículo 19.7.f; República Dominicana, artículo 8.2.i; Ecuador, artículo 19.17.f; Guatemala, artículo 16; Honduras, artículo 88; Haití, artículo 46; Méjico, artículo 20.II; Nicaragua, artículo 34.7; Paraguay, artículo 62; Perú, artículo 2.20.k: aquí la garantía se amplía a no prestar juramento en forma compulsiva; Uruguay, artículo 20; Venezuela, artículo 60.4).

1) Tampoco se puede declarar contra los parientes consanguíneos hasta el cuarto grado inclusive, o sus afines hasta el segundo (Bolivia, artículo 14; Colombia, artículo 33, Costa Rica, artículo 36; aquí la prohibición comprende hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad; Chile, artículo 19.7.f; la prohibición lo es en el marco de la ley; Ecuador, artículo

72 *Cfr.* Linares, Juan Francisco, “El debido proceso como garantía innominada de la Constitución”.

19.17.f; Guatemala, artículo 16: dentro de los grados que establezca la ley; Haití, artículo 46; Honduras, artículo 88; Nicaragua, artículo 34.7: la prohibición incluye también al compañero en unión de hecho estable; Paraguay, artículo 62; Perú, artículo 2.20.k; Venezuela, artículo 60.4: se incluye a la persona con quien se haga vida marital).

2) Toda presión moral o brutalidad física durante la interrogación están interdictas (Haití, artículo 25).

3) Las declaraciones obtenidas con violencia carecen de valor... (El Salvador, artículo 12; Brasil, artículo 5.LVI; Cuba, artículo 58; Perú, artículos 2.20 y 233.17; Honduras, artículo 88; Paraguay, artículo 62).

4) No es obligatoria la comparecencia ante la autoridad... si en las citaciones no consta expresamente el objeto de la diligencia (Guatemala, artículo 32).

5) Las autoridades judiciales son las únicas competentes para interrogar a los detenidos..., y podrá hacerse dentro de las 24 horas...; el interrogatorio judicial carece de valor probatorio (Guatemala, artículo 9).

6) Sólo valdrá como prueba la declaración ante juez competente (Honduras, artículo 88).

7) Está prohibido tratar como reos a los acusados en sus declaraciones (Uruguay, artículo 20).

Sorprende que en Costa Rica no se considere violatorio del principio de defensa y del postulado de ley penal previa a los apremios corporales en materia civil o del trabajo, o a las detenciones que pudieren decretarse en las insolvencias, quiebras o concursos (artículo 39); esta cláusula a tenor del derecho constitucional comparado.

En Guatemala los antecedentes penales y policiales no son causa para que a las personas se les restrinja en el ejercicio de sus derechos... salvo disposición de ley o sentencia, en otro sentido (artículo 22).

e) Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos (Argentina, artículo 18; Bolivia, artículo 16; Brasil, artículo 5.LV; Costa Rica, artículo 39; Cuba, artículo 58; Chile, artículo 19.3; República Dominicana, artículo 8.j; Ecuador, artículo 19.17.e; El Salvador, artículo 12; Guatemala, artículo 12; Honduras, artículo 82; Nicaragua, artículo 34.4; Panamá, artículo 22; Paraguay, artículo 62; Venezuela, artículo 60.1; Perú, artículo 233.9).

1) Nadie puede ser condenado a pena alguna sin haber sido oído... (Bolivia, artículo 16; República Dominicana, artículo 8.j); ni ser privado de ningún derecho sin ser previamente oído (El Salvador, artículo 11; Guatemala, artículo 12; Honduras, artículo 94; Perú, artículo 233.10).

2) Desde el momento de su apresamiento los detenidos tienen derecho a ser asistidos por un defensor (Bolivia, artículo 16; Chile, artículo 19.3; Ecuador, artículo 19.17.e; México, artículo 20.IX; Nicaragua artículo 34.5; Panamá, artículo 22; Uruguay, artículo 16).

3) Nadie puede ser interrogado en ausencia de un abogado... (Haití, artículo 25.1; Uruguay, artículo 16); en cambio, en México la defensa puede hacerse por sí o por persona de su confianza o por ambos, según su voluntad (artículo 20.IX); esto significa que en ese país no es obligatorio que la defensa la hagan abogados, basta que se trate de una persona de confianza.

4) Los detenidos tienen derecho a que se compela a comparecer a los testigos de descargo (Ecuador, artículo 19.17.e; México, artículo 20.V) y a que se reciban las demás pruebas que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario (México, artículo 20.V); tienen derecho a ser careados con los testigos que declaren en su contra (México, artículo 20.III), y a ser asistidos por un intérprete si no comprenden o no hablan el idioma del tribunal (Nicaragua, artículo 34.6).

5) Nadie podrá litigar sin la intervención de abogado (Colombia, artículo 29); al prevenido se le notificará de su derecho de ser asistido por un abogado en todas las etapas del proceso (Haití, artículo 24.3.c).

6) La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no pueden procurárselos por sí (Chile, artículo 19.3; México, artículo 20.IX; Nicaragua, artículo 34.5).

7) Las audiencias serán públicas, salvo que ello perjudique al orden público y a las buenas costumbres (República Dominicana, artículo 8.j).

8) Le corresponde al Estado nombrar procuradores para la defensa de los pobres... menores e incapaces... (Honduras, artículo 83).

9) No podrá disponerse de prisión ni declaratoria de reo sin que preceda plena prueba de haberse cometido un crimen... y sin que resulte indicio racional de quien sea su autor (Honduras, artículo 92).

10) Al acusado le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso (México, artículo 20.VII; Paraguay, artículo 60; Venezuela, artículo 60.1).

11) Queda vedado el juicio criminal en rebeldía... (Uruguay, artículo 21); los reos de delito contra la cosa pública podrán ser juzgados en ausencia... (Venezuela, artículo 60.5).

12) El civilmente identificado no será sometido a identificación criminal (Brasil, artículo 5.IVIII).

13) Será admitida la acción privada en los crímenes de acción pública, si ésta no fuera admitida en el plazo legal (Brasil, artículo 5.LIX).

14) El detenido tiene derecho a la identificación de los responsables por su prisión o por su interrogatorio policial (Brasil, artículo 5.LXIV).

15) Son públicas todas las actuaciones, documentos y diligencias penales, sin reserva alguna y en forma inmediata... para las partes, abogados y Ministerio Público (Guatemala, artículo 14).

f) Son inafianzables e insusceptibles de gracia o amnistía la práctica de tortura, el tráfico ilícito de estupefacientes, el terrorismo, los crímenes

hediondos.. (infamantes), la acción de grupos armados, civiles o militares, contra el orden constitucional o el Estado democrático (Brasil, artículo 5.XLIII y XLIV).

1) Es inafianzable e imprescriptible la práctica del racismo (Brasil, artículo 5.XLII), así como los delitos contra el orden constitucional o el Estado democrático (Brasil, artículo 5.XLIII).

2) Aun con auto de prisión ninguna persona puede ser encarcelada, si otorga caución suficiente... (Honduras, artículo 93); la constitución de fianza... para conceder la libertad provisional no causará impuesto alguno (Venezuela, artículo 60.6).

g) Nadie será llevado a prisión o en ella mantenido, cuando la ley admite la libertad provisoria, con o sin fianza (Brasil, artículo 5.LXVI).

1) La libertad provisional procederá a menos que la detención preventiva sea considerada como necesaria para la investigación del sumario o para la seguridad del ofendido o de la sociedad... (Chile, artículo 19.7.e).

2) La libertad provisional bajo caución procederá... tomándose en cuenta las circunstancias personales y la gravedad del delito...; siempre que la pena que merezca no sea mayor de cinco años de prisión... la caución no excederá del equivalente a dos años del salario mínimo general vigente en el lugar que se cometió el delito... suma que puede ser incrementada... mediante resolución motivada... hasta el equivalente a cinco años de dicho salario mínimo...; si el delito es intencional y representa para su actor un beneficio económico o causa a la víctima daño patrimonial, la garantía será cuando menos tres veces mayor al beneficio obtenido o al daño causado; si el delito es preterintencional o imprudencial, bastará que se garanticen los daños patrimoniales... (México, artículo 20.I).

h) La obediencia debida a una orden superior no sirve de excusa por los atentados contra la seguridad personal (Bolivia, artículo 13).

1) En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta; pero los militares en servicio quedan exceptuados de esta disposición: respecto de ellos la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden (Colombia, artículo 21; Panamá, artículo 34).

2) Ningún funcionario civil o militar está obligado a cumplir órdenes manifiestamente ilegales o que impliquen la comisión de un delito (Guatemala, artículo 156; Honduras, artículo 323).

3) No sirven de excusa las órdenes superiores manifiestamente contrarias a la Constitución y a las leyes (Venezuela, artículo 46).

i) La desviación de poder será motivo de impugnación de los actos administrativos: la ley protegerá al menos los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administradores (Costa Rica, artículo 49).

La protección de los intereses legítimos en la jurisdicción administrativa, a nivel constitucional, importa un avance relevante, dirigido a evitar el carácter “necrofilioco” del derecho en el ámbito público: primero la violación del derecho y luego su reparación.

j) Es de destacar en la recientemente sancionada Constitución de Colombia que está prohibida la extradición de colombianos por nacimiento, para todos los delitos, y para los extranjeros por delitos políticos o de opinión. Los colombianos que hayan delinquido en el exterior, de acuerdo con la ley nacional, serán procesados y juzgados en Colombia (artículo 35). Esta norma implica un nacionalismo jurisdiccional que puede dejar impunes todos aquellos delitos no tipificados como tales por la ley Colombiana: pareciera que la presión del narcotráfico ha sido determinante en la inclusión de esta cláusula.

C. La regulación constitucional del *habeas corpus*. En la dogmática latinoamericana encontramos esta clásica garantía de la libertad personal consagrada en todos los países. Nos recuerda el venezolano Humberto La Roche que la primera introducción legal del *habeas corpus* en nuestro continente fue en Brasil, pues este país lo receptó en 1830 y 1832 en sus códigos penales y de procedimientos.<sup>73</sup>

En la Argentina la recepción del *habeas corpus* se ha producido en forma escueta en su texto constitucional; tanto, que la doctrina ha entendido que la institución se encuentra implícita en la siguiente fórmula: “...nadie puede ser arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente” (artículo 18). Luego las Constituciones provinciales y las leyes locales han reglamentado el instituto, habiéndolo hecho, recientemente, por ley el Congreso federal.

En Bolivia, en cambio, hay una minuciosa reglamentación que dispone:

toda persona que creyere estar indebida o ilegalmente perseguida, detenida, procesada o presa, podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre... ante cualquier juez o Tribunal, a elección suya, en demanda de que se guarden las formalidades legales... la autoridad judicial señalará de inmediato día y hora de la audiencia pública, disponiendo que el actor sea conducido a su presencia... [También se] practicará citación a la autoridad demandada, orden que será obedecida sin observación ni excusa... sin que se pueda desobedecer arguyendo orden superior...

En ningún caso podrá suspenderse la audiencia; instruida de los antecedentes... se dictará sentencia en la misma audiencia ordenando la libertad (si corresponda, claro está), haciendo que se reparen los defectos legales o poniendo al demandante a disposición del juez competente. “El fallo deberá ejecutarse en el acto...”; la apelación ante la Corte Suprema no

<sup>73</sup> *Op. cit.*, nota 90, p. 502.

producirá la suspensión del fallo. "Si el demandado abandona la audiencia antes de escuchar la sentencia, será notificado en estrados; si él no concurriera, la audiencia se efectuará en rebeldía... Los funcionarios o particulares que resistieran estas decisiones judiciales... serán remitidos al juez penal para su juzgamiento como reos de atentados contra las garantías constitucionales..." (artículo 18).

Podemos considerar que la regulación de esta institución es, detalles más o menos, equivalente en los restantes textos constitucionales, recordando que en México la regulación del *habeas corpus* se encuentra incluida en el juicio de amparo.<sup>74</sup>

D. El juicio o acción de amparo. El amparo, como acción jurisdiccional dirigida a proteger la generalidad de los derechos individuales, no está previsto en todos los textos constitucionales de Latinoamérica. En Argentina el silencio, en tal sentido, de su Constitución histórica, no ha impedido su reconocimiento como garantía implícita por parte de la Corte Suprema de Justicia (fallos 239:459, en el caso Siri); en este país el amparo no está instaurado —como en México— como vía para el control de la constitucionalidad de la legislación (lo prohíbe, en forma expresa, la ley 16986 y lo ha ratificado la Corte en el caso Aserradero Clipper, fallos 249: 221); aunque hay fallos de la Corte en sentido contrario (fallos 267: 215, caso Outon, y 269: 393, caso Mate Larangeira), pronunciándose a favor del amparo como vía de control de constitucionalidad.<sup>75</sup>

Advertimos que en República Dominicana y Uruguay, los textos constitucionales han omitido toda referencia normativa a esta garantía, situación que también se presenta en Cuba y en Haití. Sin embargo, en Uruguay, aun a falta de ley expresa que introduzca la institución, el Tribunal Contencioso Administrativo ha admitido la acción de amparo, en casos excepcionales, y ante la inexistencia de otra vía apta para obtener reparación.<sup>76</sup>

En cambio, en Colombia, país donde el control de constitucionalidad tiene amplio desarrollo a través de un sistema que resulta tanto difuso como concentrado, el amparo recién ha tenido reconocimiento formal en texto constitucional recientemente sancionado en 1991: según el artículo 86 toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en

<sup>74</sup> Dentro de la bibliografía sobre el tema se destacan las siguientes obras: Sagüés, Néstor, *Habeas corpus*, Astrea, 1981; Sánchez Viamonte, "Habeas corpus", Perrot, 1956; Héctor Fix-Zamudio, *La influencia angloamericana en la protección de los derechos humanos. Homenaje a Karl Loewenstein*, Tübinga, 1971, y *La Constitución y su defensa*; Domingo García Belaúnde, *El habeas corpus en el Perú*, Lima 1979 y Bore Odria, Alberto, *El amparo y el habeas corpus*, Lima, 1985.

<sup>75</sup> En la doctrina argentina se pronuncian a favor de la declaración de inconstitucionalidad en el trámite del amparo: Bidart Campos, Germán, *Régimen legal y jurisprudencial del amparo*, 1969; Vanossi, Jorge Reinaldo A. y Ubertone, Pedro Fermín, *op. cit.*, nota 109, pp. 190 y 191; Quiroga Lavié, Humberto, *op. cit.*, nota 2, p. 526.

<sup>76</sup> Vescovi, Enrique, *op. cit.*, nota 51, p. 475.

todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o por la omisión de cualquier autoridad pública.

Sigue disponiendo la Constitución de Colombia que la protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.

La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela proceda contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

Como bien señala Jorge Carpizo “el amparo es una institución de índole procesal cuya finalidad estriba en hacer presente la idea de democracia, en hacer realidad los viejos y siempre nuevos conceptos de libertad, dignidad y justicia”.<sup>77</sup> Bajo este exordio desarrollaremos un cuadro comparativo de la institución:

En Bolivia el recurso de amparo “se establece contra los actos ilegales o las omisiones indebidas de los funcionarios o particulares que restrinjan, supriman o amenacen restringir los derechos y garantías de la persona, reconocidos en la Constitución y las leyes” (artículo 19). Se podría sostener que esta redacción autoriza como implícita a la *injunction*; sin embargo, la omisión a la cual el texto se refiere es la de los órganos de aplicación y no la de los poderes de gobierno. También se establece que el amparo se interpondrá por la persona agravada, o por otra a su nombre... o por el Ministerio Público de oficio, y se tramitará en forma sumarísima; siguiendo el trámite del *habeas corpus* la autoridad citada prestará información de lo actuado en el plazo de 48 horas. La resolución final —en el amparo— se pronunciará en audiencia pública, inmediatamente de recibida la información denunciada, y a falta de ella, lo hará sobre la base de la prueba que ofrezca el recurrente...; el amparo procederá si no hubiere otro medio o recurso legal para la protección inmediata de los derechos... elevando el juez de oficio su resolución ante la Corte Suprema, para su revisión, en el plazo de 24 horas.

<sup>77</sup> *Op. cit.*, nota 31, p. 272.

En Brasil se concede el “mandamiento de seguridad” (*mandato de segurança*) para proteger los derechos efectivos y ciertos (vale decir no los que son expectativa), no amparados por el *habeas corpus* o el *habeas data*, cuando el responsable por la ilegalidad o abuso del poder fuera autoridad pública o representante de persona jurídica en ejercicio de atribuciones del poder público (artículo 5.LXIX). Como podemos apreciar el amparo en Brasil no cubre las violaciones a los derechos producidas por particulares. Según Afonso da Silva, no es admisible el *mandato de segurança* contra actos meramente normativos.<sup>78</sup>

En Chile el amparo o “recurso de protección” (artículo 20) está dispuesto frente a “actos u omisiones arbitrarios o ilegales” que produzcan la privación, perturbación o amenaza en la legitimidad de los siguientes derechos: a la vida, a la integridad física y psíquica, a la igualdad ante la ley, a no ser juzgado por comisiones especiales, al respeto y protección de la vida privada y pública, a la honra personal y de la familia, a la inviolabilidad del domicilio y de toda forma de comunicación privada, a la libertad de conciencia, de manifestación y culto, a la elección del sistema de salud que deseé, a la libertad de enseñanza, a la libertad de emitir opinión y de informar sin censura previa, a reunirse pacíficamente, a asociarse a trabajar (elegir trabajo y contratar libremente), a la no afiliación obligatoria, a sindicarse, a desarrollar actividad económica, al trato no discriminatorio, al derecho de propiedad y al de autor sobre las creaciones intelectuales y artísticas. En todos estos casos el afectado podrá ocurrir por sí o por otro a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho... También procede el amparo para proteger el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación... Como podemos apreciar, el amparo chileno no es integral; no cubre a las garantías procesales a favor de la libertad y seguridad individual (aunque debemos inferir que respecto a ellas procede el *habeas corpus*), el derecho a la educación, el derecho a peticionar a las autoridades, la admisión a los empleos públicos, el derecho a la seguridad social, al derecho a tributos proporcionados y justos, la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes (restricción ésta que resulta inadmisible), el derecho a no ser discriminado en el trabajo; dichas restricciones afectan derechos cívicos (el de peticionar) o a prestaciones del Estado, de forma tal que en Chile no será factible la pretensión de operatividad de las normas que las contienen. Según opinión de Jorge Varela, el recurso de protección que estamos considerando tiene aspectos importantes: no protege a los derechos sociales en general, tampoco a quienes hubieren incurrido en violación del artículo 8 (actos dirigidos a propagar doctrinas totalitarias) y está restrin-

78 *Op. cit.*, nota 53, p. 279.

gida la jurisdicción interviniente a la Corte de Apelaciones.<sup>79</sup> En un sentido equivalente, es decir, que la Constitución chilena no cubre a los derechos sociales, se manifiesta María Pía Silva.<sup>80</sup> Finalmente, debemos destacar que el amparo en Chile (en el mismo sentido el *habeas corpus*) no procede durante los estados de excepción: no pueden los jueces, además, calificar los fundamentos de hecho de la medida (artículo 41.3). Según opinión de Ramírez Arrayas,<sup>81</sup> esta limitación no puede impedir el control de razonabilidad de lo actuado por el Ejecutivo, porque no cabe confundir la discrecionalidad de lo que se disponga durante la emergencia, con la arbitrariedad de las medidas: las restricciones a los derechos durante las emergencias sólo son posibles en el marco de la finalidad que llevó a establecer la emergencia.

En Ecuador el amparo sólo puede inferirse del potestamiento al Tribunal de Garantías Constitucionales para “conocer de las quejas que formule cualquier persona natural o jurídica por quebrantamiento de la Constitución que atente contra los derechos y libertades garantizados por ella y, de encontrarlas fundadas, observar a la autoridad y organismo respectivo”, para excitarlas a velar por su cumplimiento (artículo 141.1 y 3).

En El Salvador “toda persona puede pedir amparo ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema, por violación de los derechos que otorga la presente Constitución” (artículo 247).

En Nicaragua las personas cuyos derechos constitucionales hayan sido violados o estén en peligro de serlo, pueden interponer el recurso de amparo (artículo 45).

En Guatemala el amparo está institucionalizado con el fin de proteger a las personas contra amenazas de violaciones a sus derechos o para restaurar el imperio de los mismos cuando la violación hubiere ocurrido. No hay ámbito que no sea susceptible de amparo, y procederá siempre que los actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad lleven implícitos una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan (artículo 265). En este sistema el amparo procede también contra las leyes violatorias de los derechos constitucionales y sólo contra actos de autoridad.

En Honduras procede el amparo a favor de toda persona agraviada (o cualquiera a su nombre) para que se la mantenga o restituya en el goce de los derechos o garantías constitucionales y para que se declare, en casos concretos, que una ley o acto de autoridad no obliga al recurrente o es inaplicable por contravenir cualesquiera de los derechos reconocidos por

<sup>79</sup> Véase *Constitución 80. Estudio crítico*, p. 16.

<sup>80</sup> *Op. cit., supra*, p. 122.

<sup>81</sup> Véase su trabajo en *Constitución 80...*, *cit.*, nota anterior.

la Constitución (artículo 183); como podemos apreciar, el amparo es una de las vías para obtener la declaración de constitucionalidad.

En México, país que se光icia de ser el padre del juicio de amparo (fue introducido en la Constitución yucateca de 1841), donde dicha institución ha adquirido un gran desenvolvimiento y tiene en la Constitución precisa regulación, la acción está sometida a las siguientes bases (artículo 107):

a) Se seguirá siempre a instancia de parte agraviada (no de oficio); sin embargo, en el punto 10 se indican los casos en los cuales la Corte pueden intervenir de oficio.

b) La sentencia sólo se ocupa de individuos particulares (no procede el amparo colectivo), amparándolos en el caso especial sobre el que versa la queja, sin declaración general sobre la ley o acto que la motivó.

c) Los jueces podrán suplir la deficiencia de la queja (de este modo se compensa el privatismo del punto 1).

d) Los ejidos o núcleos de población que de hecho o derecho guarden el estado comunal tienen derecho al amparo (modalidad, por ende, de amparo colectivo): en estos casos procede de oficio la sustanciación de pruebas; tampoco procederá el sometimiento por inactividad procesal ni la caducidad de la instancia, salvo que fueran en su beneficio; cuando se reclamen actos que afecten los derechos colectivos del núcleo tampoco procederán el desistimiento ni el consentimiento expreso de los propios actos, salvo que fueran acordados por la Asamblea General (del ejido o comunidad).

e) Procede contra sentencias definitivas que pongan fin al juicio, sin que proceda contra ellas recurso ordinario... (esto significa que en México el amparo procede contra decisiones judiciales, al contrario de lo que ocurre en la Argentina), pero siempre que la violación hubiera sido impugnada —en materia civil, es decir, que esta exigencia no quepa en la materia penal— en el curso del procedimiento e invocada (mantenida) como agravio en la segunda instancia..., estos requisitos no son exigibles en los juicios sobre estado civil o que afecten al orden o estabilidad de la familia.

f) Procede contra actos en juicio (sentencias u otras resoluciones judiciales) cuya ejecución sea de imposible reparación, fuera de juicio o después de concluido... agotados los recursos que en su caso procedan; o contra actos (judiciales) que afecten a personas extrañas al juicio.

g) Procede contra resoluciones administrativas, que causen agravio no reparable mediante algún recurso, juicio o medio de defensa legal; no será necesario agotar estos recursos cuando la ley que los establezca exija mayores requisitos, para suspender el acto reclamado, que los que exige la ley sobre amparo.

h) Procede contra leyes (en esto también se marca una diferencia con otros sistemas, como el argentino, por ejemplo, que prohíbe la declaración

de inconstitucionalidad de una ley en el trámite del amparo: hay jurisprudencia de la Corte contra esta prohibición) o contra actos de autoridad administrativa.

i) Se interpone ante el juez de Distrito de la jurisdicción del lugar en que el acto reclamado se ejecute y su tramitación se limitará al informe de la autoridad, que se sustanciará en audiencia donde se recibirán las pruebas ofrecidas por las partes y donde se oirán los alegatos, pronunciándose en la misma audiencia la sentencia.

j) Contra las sentencias de los jueces procede revisión ante la Suprema Corte de Justicia:

1) Cuando se han impugnado por inconstitucionales, en la demanda de amparo, leyes federales o locales, tratados o reglamentos federales o locales, debiendo subsistir en el recurso el problema de inconstitucionalidad.

2) Cuando se trate de leyes o actos federales que restrinjan la soberanía de los estados; o de leyes o actos estadales que invadan la autoridad federal.

En ambos casos la Suprema Corte podrá intervenir de oficio, o a pedido del tribunal colegiado de circuito o del procurador general de la República, cuando las características del caso lo ameriten.

En los casos no contemplados conocerán en revisión los tribunales colegiados de circuito. Si estos tribunales intervienen en forma directa, ante sus decisiones sólo procede recurso ante la Suprema Corte por inconstitucionalidad de una ley o por interpretación de la Constitución.

k) Los actos reclamados en el amparo podrán ser objeto de suspensión... según lo determine la ley, tomándose en cuenta la naturaleza de la violación y la dificultad de reparación de los daños. En materia civil la suspensión exige fianza por parte del quejoso. La suspensión quedará sin efecto si la otra parte de contrafianza asegura la reposición de las cosas al estado que guardaban si se concede el amparo, y a pagar los daños y perjuicios consiguientes.

l) En todo caso la demanda de amparo se presentará ante la autoridad responsable (lo cual significa la necesidad de agotar la vía administrativa o reparatoria previa).

m) En casos de tesis contradictorias de los tribunales colegiados de circuito o de las salas de la Suprema Corte, se podrá denunciar la contradicción para que resuelvan las salas de la Corte o el Pleno, en su caso.

n) Si concedido el amparo la autoridad responsable insistiere en el acto reclamado o tratare de eludir la sentencia, ella será inmediatamente separada de su cargo y consignada ante el juez que corresponda.

Si bien es cierto que en México es a través de la acción de amparo como se hace efectivo el control de constitucionalidad, como señala Emilio Rabasa, dicha función jurisdiccional no es excluyente de una simple función recursiva dirigida a corregir la aplicación inexacta de la ley, en el

supuesto del *artículo 14* de la Constitución.<sup>82</sup> En un sentido equivalente, para Ignacio Burgoa —quien considera que el amparo no es únicamente un recurso constitucional, sino, además, un recurso extraordinario de legalidad— el principio de legalidad ha sido elevado, por los artículos 107, 14 y 16 a la categoría de garantía constitucional;<sup>83</sup> en un sentido contrario, inclinados a defender el carácter dominante del amparo como garantía constitucional dirigida a proteger los derechos humanos básicos, se pronuncian Azuela, Tena Ramírez, Reyes, Carrillo Flores y González Cosío.<sup>84</sup>

En Panamá toda persona contra la cual se expida o se ejecute, por cualquier servidor público (vale decir que la acción no está prevista contra actos de particulares), una orden de hacer o de no hacer, que viole los derechos y garantías que la Constitución consagra, tendrá derecho a que la orden sea revocada a petición suya o de cualquier persona...; el recurso se tramitará mediante procedimiento sumario, en la competencia de los tribunales judiciales (artículo 50).

En Paraguay toda persona que por un acto u omisión ilegítimo, de autoridad o de particular, se crea lesionada o en peligro inminente de serlo, de modo grave, en un derecho o garantía que consagre la Constitución o la ley, y que por la urgencia del caso no pudiera remediararse por la vía ordinaria, podrá recurrir ante cualquier juez de primera instancia a reclamar amparo. El procedimiento será breve, sumario, gratuito, de acción pública, y el juez tendrá facultad para salvaguardar el derecho o garantía, o para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida (artículo 77).

En Perú la acción de amparo cautela los demás derechos reconocidos por la Constitución que sean vulnerables o amenazados por cualquier autoridad, funcionario o persona...; ella tiene el mismo trámite que el *habeas corpus* (artículo 295). Señala Alberto Borea que este texto se manifiesta a pesar de ser escueto, sobre tres de las cinco cuestiones en que habría polémica en el Perú antes de la sanción constitucional del amparo: ahora está claro —nos dice— que el amparo procede frente a actos de particulares, frente a las amenazas de violación a los derechos constitucionales y por omisiones de actos debidos que sean producidos, también, por dicha violación. Lo que no ha resuelto la Constitución —pero sí la Ley de *habeas corpus* y amparo de 1982— es si el amparo procede por caso de violaciones a los derechos producidas por una ley inconstitucional y las originadas por resoluciones judiciales. También señala Borea que los derechos sociales que irrogan nuevos gastos no tienen protección por el am-

82 Cfr. la obra de Rabasa, *El artículo 14 y el juicio constitucional*, 1978, p. 97.

83 Cfr. Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, pp. 145-178.

84 Citados todos ellos por este último en *op. cit.*, nota 46, p. 56.

paro, a tenor de la Ley de 1982 y por el carácter programático que ellas poseen.

Otra cuestión relevante considerada por Borea es la hipótesis de procedencia del amparo por omisión reglamentaria de una norma constitucional (no el caso de una omisión de un deber por parte de la autoridad, caso previsto), tema tradicionalmente desecharo por considerar que se trata de cuestiones políticas. Borea se inclina por la posición de Bidart Campos, que juzga procedente el amparo en tales, particularmente cuando la omisión fuere de una regulación particular o individual (no de una regulación general) indispensable para el goce del respectivo derecho. De hecho la pretensión encontraría límite en la necesidad de mayores costos para el Estado. Nosotros, aun en dicho caso, consideramos procedente la acción —al margen del sistema peruano y como apreciación general— mediando el reconocimiento de una situación de necesidad para el titular del derecho.<sup>85</sup>

Finalmente, en Venezuela los tribunales ampararán a todo habitante en el goce y ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución establece...; el procedimiento será breve y sumario, y el juez competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida (artículo 49).

E. El Estado de sitio.<sup>86</sup> Frente a las situaciones de grave conmoción interna que ponen en peligro la continuidad del sistema, desde antiguo ha sido la declaración del Estado de sitio el *modus vivendi* utilizado para proteger institucionalmente a los gobiernos. Mario de la Cueva en México apunta que esta institución formó parte de los derechos del hombre, para hacer frente a la emergencia.<sup>87</sup>

Este punto de partida en el análisis valorizaría la institución, si no fuera que, en los hechos, la utilización práctica del Estado de sitio ha sido determinada por motivaciones eminentemente políticas, más que por su encuadramiento en conceptos jurídicos o institucionales. La vaguedad conceptual de los textos constitucionales implica una invitación al exceso: en definitiva una insinuación al ejercicio de la voluntad del gobernante, forma concreta de imponer la razón de Estado. Como bien señala Diego Valadés, "no hay un solo país de este continente donde el exceso o desvío de poder no haya sido, alguna vez, fundado en la ambigüedad de las normas

<sup>85</sup> Cfr. Borea, Alberto, *op. cit.*, nota 81, pp. 18 y 189, y Bidart Campos, Germán, "La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión", *Anuario Jurídico*, VI, México, 1979, p. 13.

<sup>86</sup> Acerca del Estado de sitio como dictadura constitucional —con referencia concreta a América Latina—, véase el libro de Valadés, Diego, *La dictadura constitucional en América latina*, México, UNAM, 1974.

<sup>87</sup> Cfr. Cueva, Mario de la, "La suspensión de garantías y la vuelta a la normalidad", *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, 1945.

que prevén los Estados de excepción": causa determinante del fenómeno que él califica como "dictadura constitucional".<sup>88</sup>

Desde otra perspectiva resulta cierto que el Estado de sitio se ha convertido en un mecanismo preventivo de la subversión, desvirtuando su carácter como régimen restaurador de la normalidad.<sup>89</sup> En Brasil el Estado de sitio y, aún más, la legalidad extraordinaria dictada sin necesidad, ha sido, según palabras de Afonso da Silva, el instrumento más arbitrario y dictatorial que ha conocido el país, bajo el imperio del acto institucional número 5 de 1968, emanado del gobierno militar.<sup>90</sup>

Desde un punto de vista eminentemente teórico, el jurista argentino Vanossi señala que es una regla insalvable en todo Estado de derecho que "a todo acrecentamiento del poder debe corresponder un acrecentamiento de los mecanismos de control como algo necesario para que la limitación del poder sea efectiva". El abandono de esta regla significaría —nos dice Vanossi—, irremediablemente, el entronizamiento de la dictadura. Esta cuestión la llama Vanossi "la cuadratura del círculo constitucional", que debe ser resuelta por un nuevo punto de equilibrio entre la necesidad de asegurar la permanencia del Estado (esto justifica el Estado de sitio) y, al mismo tiempo, asegurar la permanencia de las libertades. La solución para Vanossi es, sin eliminar la necesidad de mayores poderes para el gobierno a partir del Estado de sitio, lograr "acrecer la esfera de las facultades regladas, limitando en lo posible los poderes discrecionales" a ser ejercidos por el gobierno durante la emergencia: se debe ampliar el poder de revisión de los jueces sobre todos los actos del gobierno que puedan, durante la emergencia, afectar derechos subjetivos.<sup>91</sup>

En un comentario sobre la aplicación del Estado de sitio en Colombia, Carlos Restrepo Piedrahita sostiene "que es una de las deficiencias más sensibles de la ciencia jusconstitucionalista colombiana que no se haya investigado a fondo este trascendental tema. Entiende que en el artículo 121 del texto reformado que impone el Estado de sitio en ese país, hay un foco de 'necrosis constitucional': la legislación ejecutiva del Estado de sitio fue un recurso de utilización cotidiana que hizo innecesario utilizar el órgano Legislativo".<sup>92</sup> Pareciera ser que el constituyente colombiano ha tomado en cuenta estas consideraciones porque en el nuevo texto constitucional ha sido suprimida la institución del estado de sitio, creándose, en cambio el estado de excepción de la "conmoción interior", con la expresa

88 Cfr. Valadés, Diego, *op. cit.*, nota 87, pp. 46 y 156.

89 Cfr. Gallón Giraldo, Gustavo, *Quince años de Estado de sitio en Colombia, 1958-1973*, Bogotá, Ed. América Latina, 1979, pp. 12 y 21.

90 Cfr. Silva, Afonso da, *La Constitución y su reforma*, México, UNAM, 1984, p. 304.

91 Véase Vanossi, Jorge Reinaldo A. y Ubertone, Pedro Fermín, *op. cit.*, nota 69, pp. 46 y ss.

92 *Op. cit.*, nota 14, p. 72.

indicación de que durante su vigencia —que sólo potesta a legislar al Ejecutivo— no quedan en suspenso los derechos humanos ni las libertades fundamentales (artículo 214). De este modo Colombia se ha colocado a la vanguardia del garantismo constitucional en el continente —sólo no prevefa el estado de sitio, paradójicamente, Cuba, quizás porque, de hecho, la vigencia de los derechos no tenía vigencia ordinariamente—, dejando de lado aquello que Valadés ha calificado, con razón, como dictadura constitucional. Festejamos tal acontecimiento.

F. La protección del orden constitucional. El Estado de emergencia máximo es el golpe de Estado, generador del régimen militar *de facto* latinoamericano, de tan triste historia en el continente. A tenor de esa historia es que han proliferado en las Constituciones cláusulas destinadas a proteger al sistema democrático e institucional.

Se establece que la Constitución no perderá su vigencia si dejan de observarse por acto de fuerza o fuere derogada por medio distinto al por ella previsto. Todo ciudadano, con o sin autoridad, tiene el deber de colaborar en el restablecimiento de su vigencia (Venezuela, artículo 250; Perú, artículo 307; México, artículo 136; Honduras, artículo 375).

También se reconoce al pueblo el derecho de resistencia a la opresión, para el sólo objeto de restablecer el orden constitucional alterado...; el ejercicio de este derecho no podrá producir la abrogación de la Constitución y se limitará a separar, en cuanto sea necesario a los transgresores, reemplazándolos hasta ser sustituidos en la forma establecida (El Salvador, artículo 87). El reconocimiento del derecho a la insurrección también está dispuesto en Honduras (artículo 3), Perú artículo 82) y Guatemala (artículo 45).

Ya hicimos consideraciones sobre el anacronismo de este derecho —desde el punto de vista jurídico— y lo contradictorio que significa negarle al mismo tiempo al pueblo su potestad deliberativa. En todo caso la subversión triunfante podrá invocar estas cláusulas para propiciar la amnistía del delito de sedición que se hubiere cometido, legitimando, en muchos casos, una usurpación del poder en contra del sistema democrático: *quid* de remedios que no pueden ser aplicados con objetividad. Extrapolando el sentido ideológico de lo que estamos sosteniendo, pero con el sentido de evitar la violencia en el ejercicio de la acción política, en Chile se califica al terrorismo como contrario a los derechos humanos, se inhabilita a quienes lo hubieren cometido para ocupar cargos públicos o los cargos de rector o director de establecimientos de educación, para desempeñarse en funciones relacionadas con la difusión de informaciones, ni ser dirigentes de organizaciones políticas o relacionadas con la educación o de carácter vecinal, profesional, empresarial, sindical, estudiantil o gremial; también se declara improcedente durante dicha emergencia la aplicación de la amnistía, el indulto y la institución de la libertad provisional respecto de los

delitos que como consecuencia de dicho comportamiento se cometan (artículo 9). Esta disposición, que fue reformada en julio de 1989, ha agravado aún más la situación de las inhabilidades previstas en el anterior texto, ampliando sustancialmente los supuestos, aunque se suprime la delegación a la ley, dispuesta antes, para ampliar las mismas.

Un modo inverso de implantar la defensa de la Constitución es prohibir que se asuma la representación del pueblo arrogándose sus derechos o haciendo peticiones a su nombre; el infractor a esta norma comete delito de sedición (Costa Rica, artículo 4; Honduras, artículo 2; Guatemala, artículo 152; Perú, artículo 82; Argentina, artículo 22).

Un capítulo aparte constituye la normativa que dispone la nulificación de los actos provenientes de la usurpación del poder. "Toda autoridad usurpada es ineficaz y sus efectos nulos" (Venezuela, artículo 119); "nadie debe obediencia a un poder usurpador...; son nulos los actos de toda autoridad usurpada" (Perú, artículos 81 y 82; Honduras, artículo 3). Son nulos los actos de los que usurpan funciones que no les competen, así como los actos de los que ejerzan jurisdicción o potestad que no emane de la ley (Chile, artículo 7).

Las consideraciones sobre las nulidades previstas como efecto dispuesto para las violaciones o demás constitucionales han sido efectuadas cuando estudiamos los efectos de la declaración de inconstitucionalidad. De todas maneras podemos indicar aquí que la nulidad de lo actuado durante los gobiernos *de facto* genera, ciertamente, un verdadero problema para la estabilidad de las relaciones sociales; sin dicha estabilidad la convivencia se dificulta y se generan nuevos conflictos y divisiones en el seno de la sociedad. Todo aquel que actuó de buena fe no puede ser sorprendido, *a posteriori*, por nulidades a cuyas causas es ajeno. Por ello es que la nulidad de lo actuado durante los gobiernos *de facto* sólo cabe para los actos públicos, realizados en el ámbito de la gestión de gobierno y no para todo aquello que se encuentra incluido en las relaciones privadas y la gestión administrativa del Estado.

Finalmente, también hay previsiones de responsabilidad especial para los usurpadores o para los funcionarios cómplices en: Venezuela, artículo 250; Uruguay, artículo 330; Perú, artículo 307; México, artículo 136; Honduras, artículo 375.

#### IV. LA FORMA DE GOBIERNO EN LATINOAMÉRICA

1. El presidencialismo en Latinoamérica. A. Desenvolvimiento institucional. Bajo la influencia indiscutible del modelo estadounidense, Latinoamérica adoptó el cuño gubernamental presidencialista, aunque no siguiendo la orientación congresional que caracteriza a la democracia del norte. Tanto