

## INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO PROCESAL COMPARATIVO DE LA PROTECCIÓN INTERNA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Por Héctor FIX-ZAMUDIO  
Director e Investigador del  
Instituto de Investigaciones  
Jurídicas de la UNAM

*1. Necesidad de agotar los recursos internos para acudir a la vía internacional. 2. Los instrumentos procesales en sentido estricto y su clasificación. 3. El proceso ordinario, la justicia administrativa y la tutela por remedios específicos. 4. Los instrumentos angloamericanos; habeas corpus, revisión judicial y los writs de injunction y mandamus. 5. El sistema propio de Latinoamérica: el juicio de amparo, el mandamiento de seguridad y la acción popular de inconstitucionalidad. 6. El régimen europeo continental: el Consejo de Estado francés, los tribunales constitucionales y el recurso constitucional. 7. Los países socialistas: La procuratura soviética y los sistemas de control de la legalidad socialistas. 8. La solución escandinava: el Ombudsman.*

*1. Necesidad de agotar los recursos internos para acudir a la vía internacional.*

Un tratadista argentino contemporáneo ha sostenido con gran agudeza, que lo que caracteriza el régimen democrático no es la inscripción de la libertad, sino su vigencia, y que en el terreno de la vigencia, la *acción procesal* es el elemento que en muchos casos puede afirmar el derecho, el medio de hacerlo valer, la vía para demandar su amparo.<sup>1</sup>

En las profundas y vertiginosas transformaciones que estamos observando en nuestra época, una de las fundamentales ha consistido en el abandono de la pretensión romántica, que proviene de los revolucionarios franceses, en el sentido de que resulta suficiente consagrar los derechos de la persona humana en la Constitución Política, para que los mismos derechos sean respetados por autoridades y ciudadanos.<sup>2</sup>

En efecto, paulatinamente y en casi todos los países occidentales y recientemente también en los calificados como socialistas, se han establecido instrumentos procesales específicos para tutelar rápida y eficazmente los propios derechos del hombre, ya que una experiencia dolorosa nos ha enseñado que sin

<sup>1</sup> Cfr. Germán José Bidart Campos, *Doctrina del Estado democrático*, Buenos Aires, 1961, p. 298.

<sup>2</sup> Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución*, en "Boletín Mexicano de Derecho Comparado", México, enero-abril de 1968, pp. 104-106.

esos instrumentos, los derechos públicos subjetivos se transforman en simples expresiones formales, sin eficacia práctica.<sup>3</sup>

Dicha evolución nos ha llevado al reconocimiento internacional de la necesidad de establecer medios de protección procesal uniforme, especialmente en aquellos países que no los habían consagrado anteriormente, con el objeto de que los propios derechos del hombre puedan ser respetados universalmente y en esta dirección pueden enorgullecerse los juristas mexicanos, al haber aportado sus esfuerzos para lograr la consagración en los artículos XVIII y 8º, respectivamente, de las Declaraciones Americana y Universal de los Derechos del Hombre, del reconocimiento o confirmación de un juicio sencillo y breve que *ampare* a los particulares contra la violación de los multicitados derechos de la persona humana reconocidos en los ordenamientos nacionales.<sup>4</sup>

También se ha iniciado, así sea tímidamente, pero con posibilidades de expansión en el futuro, la tutela procesal de los derechos del hombre establecidos en los documentos de carácter internacional, la que se puede hacer valer ante organismos también internacionales, como ostensiblemente ocurre tratándose de la Comisión y la Corte Europea de los Derechos del Hombre;<sup>5</sup> habiéndose introducido también respecto de entidades similares en el campo interamericano, de acuerdo con la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en San José, Costa Rica, en el mes de noviembre de 1969,<sup>6</sup> con algunos precedentes anteriores.<sup>7</sup>

Lo expresado nos lleva al convencimiento de la necesidad ineludible de procurar el estudio comparativo de los instrumentos procesales específicos para la protección eficaz de los derechos humanos, tanto los del ámbito interno como los del campo internacional, por dos motivos fácilmente apreciables:

a) La necesidad de consolidar y reafirmar los medios procesales internos, sin los cuales resultan teóricos los esfuerzos por lograr la vigencia de los derechos humanos.

b) La protección internacional que se ha ido fortaleciendo últimamente, también resultaría inútil sin la instancia previa ante los tribunales nacionales.

<sup>3</sup> Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *op. ult. cit.*, pp. 113-118. *Id. Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional, 1940-1965*, México, 1968, pp. 9-18.

<sup>4</sup> Cfr. Felipe Tena Ramírez, *El aspecto mundial del amparo. Su expansión internacional*, en el volumen "México ante el pensamiento jurídico-social de Occidente", México, 1955, pp. 129-152; Germán Fernández del Castillo, *La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre*, en el volumen "México en la IX Conferencia Internacional Americana", México, 1948, pp. 149-166.

<sup>5</sup> Cfr. A. H. Robertson, *Human Rights in Europe*, Manchester, Inglaterra, 1963, pp. 43-106; Conseil de l'Europe, *L'Europe et la défense des droits de l'homme*, Strasbourg, 1961, pp. 22 y ss.

<sup>6</sup> Cfr. Humberto E. Ricord, *Los derechos humanos y la Organización de los Estados Americanos*, México, 1970, pp. 103-119.

<sup>7</sup> Cfr. Carlos García Bauer, *Los derechos humanos preocupación universal*, Guatemala, 1960, pp. 205-212; Pedro Pablo Camargo, *La protección jurídica de los derechos humanos y de la democracia en América*, México, 1960, pp. 223-334; Ann Van Wynen Thomas y A. J. Thomas, *The Interamerican Commission on Human Rights*, en "Southwestern Law Journal", Dallas, Texas, junio de 1966, pp. 282-309; Karel Vasak, *La Commission Interamericaine des Droits de l'Homme*, París, 1968, pp. 175-200.

Por otra parte, el citado estudio comparativo de los medios tutelares nacionales resulta el presupuesto indispensable para el análisis de los aspectos procesales de la protección internacional de los derechos humanos, que hasta el momento no ha merecido sino de manera aislada la atención de los procesalistas, pero que brillantemente ha iniciado el distinguido procesalista español Niceto Alcalá-Zamora y Castillo.<sup>8</sup>

No obstante todas las razones anteriores, tampoco el estudio de los instrumentos procesales nacionales se ha abordado con un criterio comparativo por los procesalistas, al menos en una forma lo suficientemente amplia para contar con un panorama de la materia, en un sector importante de los ordenamientos contemporáneos, con excepción destacada del tratadista italiano Mauro Cappelletti, el cual ha abordado brillantemente el tema en varios de sus estudios.<sup>9</sup>

En esta dirección debemos hacer notar que se advierte la tendencia a reafirmar la necesidad de los citados instrumentos internos de la tutela procesal de los derechos humanos en los documentos internacionales posteriores a las citadas Declaraciones Americana y Universal de los Derechos del Hombre, pudiendo mencionar como ejemplos los siguientes:

a) El artículo 13 de la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, suscrita en Roma el 4 de noviembre de 1950, dispone que:

“Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en la presente convención hubiesen sido violados, tiene derecho a que se le conceda un *recurso efectivo* ante una autoridad nacional, incluso cuando la violación hubiese sido cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.”<sup>10</sup>

b) El artículo 2, fracción 3a, del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, aprobada por las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, establece en su parte conducente:

“Cada uno de los Estados en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un *recurso efectivo*, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actúan en ejercicio de sus funciones oficiales; . . .”<sup>11</sup>

<sup>8</sup> *Protección procesal internacional de los derechos humanos*, en este mismo volumen, a continuación de este cursillo.

<sup>9</sup> Cfr. *La jurisdicción constitucional de la libertad*, trad. de Héctor Fix-Zamudio, México, 1961, pp. 1-128; *Id. El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, trad. de Cipriano Gómez Lara y Héctor Fix-Zamudio, México, 1966, pp. 5-75. Existe versión italiana. *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, 1968, 134 pp.

<sup>10</sup> Cfr. A. H. Robertson, *Human Rights in Europe*, cit., pp. 37-38.

<sup>11</sup> El citado precepto dispone en sus incisos b) y c): “La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y a desarrollar las posibilidades de recurso judicial”, y “Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”. Carlos García Baer. *Los derechos humanos preocupación universal*, cit., pp. 140-141.

c) En forma bastante amplia, el artículo 25 de la citada Convención Americana sobre Derechos Humanos, que como ya habíamos expresado, fue suscrita en San José el 22 de noviembre de 1969, consagra también la “protección judicial”, en la siguiente forma:

“1. Toda persona tiene derecho a un *recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo* ante los jueces o tribunales competentes, que la *ampare* contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”<sup>12</sup>

d) Aun cuando no se trata de un pacto internacional sino de una recomendación adoptada en una reunión académica, debemos mencionar la conclusión 4 establecida por la Conferencia Europea sobre el Individuo y el Estado, y que se ocupó sobre los “Elementos jurídicos esenciales para garantizar la protección individual”, reunida en Estrasburgo los días 26-27 de octubre de 1968, en el sentido de que: “*Derecho a recurso*. La ley debe prever la existencia de *recurso eficaz* contra las violaciones de los derechos individuales cometidas por organismos estatales, autoridades públicas o personas individuales.”<sup>13</sup>

El estudio de los instrumentos nacionales destinados a tutelar procesalmente los derechos humanos asume, además, una importancia fundamental desde el punto de vista de la naciente posibilidad del acceso de los afectados ante jurisdicciones de carácter internacional,<sup>14</sup> en cuanto se ha establecido el principio del agotamiento previo de tales medios de impugnación internos como requisito previo e indispensable para acudir ante la vía internacional.

En este sentido podemos señalar las siguientes disposiciones de carácter internacional:

a) El artículo 26 de la señalada Convención Europea de los Derechos Humanos, en su parte conducente establece que los afectados no podrán ocurrir ante la Comisión Europea de los Derechos del hombre, sino después de

<sup>12</sup> Cfr. Humberto E. Ricord, *Los derechos humanos y la Organización de los Estados Americanos*, cit., pp. 110-111.

<sup>13</sup> Publicada en “Boletín Mexicano de Derecho Comparado”, Núm. 4, enero-abril, 1969, pp. 259-267.

<sup>14</sup> Cfr. Enrique Vescovi, *Il concetto del diritto subiettivo e la realtà contemporanea*, en “Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto”, Milano, septiembre-octubre de 1961, pp. 417 y ss; Modesto Seara Vázquez, *El individuo ante las jurisdicciones internacionales en la práctica actual*, en el volumen “Comunicaciones mexicanas al VI Congreso Internacional de Derecho Comparado”, México, 1962, pp. 233 y ss; Jesús Rodríguez y Rodríguez, *El derecho de acceso del individuo a jurisdicciones internacionales* (tesis). México, 1965, pp. 149 y ss.

haberse agotado todos los *recursos de derecho interno*, de acuerdo con los principios de derecho internacional generalmente reconocidos.<sup>15</sup>

b) El artículo 2º del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, al establecer la Competencia del Comité de Derechos Humanos de las propias Naciones Unidas,<sup>16</sup> para admitir reclamaciones individuales, exige el *agotamiento de todos los recursos internos disponibles*.

c) Finalmente en el artículo 46, inciso 1, párrafo a), de la Convención Interamericana de los Derechos Humanos, se dispone que para que una petición o comunicación presentada ante la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos pueda ser admitida por la misma se requiere: "*que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos...*"<sup>17</sup>

Los preceptos internacionales anteriormente citados nos confirman en nuestra idea sobre la necesidad del estudio comparativo de los instrumentos nacionales de protección, tomando en consideración que no sólo resultan indispensables para la vigencia de los derechos humanos en el ámbito interno, sino también que su agotamiento constituye, según se ha visto, un requisito de procedibilidad para acudir ante las jurisdicciones internacionales que empiezan a surgir en los últimos años, para la tutela también internacional de los propios derechos humanos.

## 2. *Los instrumentos procesales en sentido estricto y su clasificación.*

Como resulta comprensible, en este estudio panorámico y forzosamente superficial, no se pretende una exposición totalizadora de todas las ramas del

<sup>15</sup> Cfr. A. H. Robertson, *Human Rights in Europe*, cit., pp. 55-56.

<sup>16</sup> De acuerdo con los artículos 28 a 45 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, el Comité de Derechos Humanos se integra con dieciocho miembros electos en votación secreta de una lista de personas de gran integridad moral y con reconocida competencia en materia de derechos humanos, a propuesta de los Estados partes del pacto, entre sus nacionales; teniendo el citado Comité facultades para solicitar, recibir y examinar informes de los mismos Estados partes sobre las disposiciones que han tomado y que den efecto a los derechos reconocidos en el Pacto; así como comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro no cumple con las obligaciones que le impone el propio pacto, procurando que los propios Estados lleguen a un acuerdo. También en este último supuesto, el artículo 41, inciso c) del Pacto de referencia, dispone que el Comité no puede conocer del asunto sin haberse cerciorado de que se han interpuesto y agotado en tal asunto todos los recursos de jurisdicción interna de que se pueda disponer, de conformidad con los principios de derecho internacional generalmente admitidos, a no ser que la tramitación de los citados recursos se prolongue injustificadamente: cfr. Carlos García Bauer, *Los derechos humanos preocupación universal*, cit., pp. 202-205.

<sup>17</sup> Sin embargo, según lo dispuesto por el inciso 2, del mismo artículo 46 mencionado, no se exige el agotamiento de los recursos internos cuando: a) no exista en la legislación interna del Estado de que se trata, el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados; b) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna o haya sido impedido de agotarlos, y c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.

enjuiciamiento en cuanto pueden servir o utilizarse para la tutela indirecta o refleja de los derechos de la persona humana, sino únicamente de aquellos instrumentos específicamente establecidos, o al menos utilizados como tales, para la tutela procesal directa y precisa de los propios derechos del hombre.

Sin embargo, esta afirmación que nos parece tan simple a primera vista, no lo es si tratamos de delimitar los citados instrumentos particulares de protección procesal de los derechos fundamentales, por lo que resulta necesario intentar una clasificación, en la inteligencia de que como todas las divisiones de carácter especulativo, resulta hasta cierto punto arbitraria, y utilizable exclusivamente para facilitar el análisis de una materia tan compleja.

Es cierto que se ha ensayado una clasificación de las garantías constitucionales entendidas como medios de defensa de la Ley Suprema, y de esta manera, indirectamente se hace referencia a la tutela de los derechos de la persona humana consagrados constitucionalmente; pudiendo mencionar en esta dirección al ilustre León Duguit, el cual distinguía entre garantías constitucionales preventivas y represivas,<sup>18</sup> y al tratadista mexicano Rodolfo Reyes, quien clasificó los instrumentos de defensa de la Carta Fundamental, en medios preventivos, represivos y reparadores.<sup>19</sup>

Pero las divisiones anteriores, además de no referirse de manera concreta a los medios de tutela de los derechos del hombre, establecen una confusión entre los instrumentos sustantivos, los de carácter instrumental y los procesales propiamente dichos, en la inteligencia de que son estos últimos los únicos que deben ser considerados como verdaderas y propias "garantías constitucionales".<sup>20</sup>

En consecuencia, haremos el intento de proponer una clasificación que pueda servir en forma exclusiva para los instrumentos procesales de los derechos humanos, los que sólo para efectos de estudio, podemos dividir en *indirectos, complementarios y específicos*.

a) *Los remedios procesales indirectos* son aquellos que están dirigidos a la protección de los derechos de carácter ordinario, pero que en forma refleja pueden utilizarse para la tutela de los derechos fundamentales, pudiendo encuadrar en este sector al proceso ordinario (civil, penal, laboral, etcétera) y a la justicia administrativa.<sup>21</sup>

b) Como *instrumentos complementarios* entendemos aquellos que si bien no han sido estructurados para proteger los derechos del hombre, se utilizan para sancionar la violación de los mismos, cuando la misma ha sido consu-

<sup>18</sup> *Soberanía y libertad*, trad. de José G. Acuña, Buenos Aires, 1943, pp. 122-123.

<sup>19</sup> *La defensa constitucional*, Madrid, 1934, pp. 125-133; criterio que también sigue Maximiliano Kestler Farnés, *Introducción a la teoría constitucional guatemalteca*, 2a. Ed., Guatemala, 1964, pp. 457-461.

<sup>20</sup> Para la diferenciación entre defensa constitucional, medios protectores y garantías constitucionales, cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución*, cit., pp. 105-114.

<sup>21</sup> Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *La protección procesal de las garantías individuales en América Latina*, en "Revista de la Comisión Internacional de Juristas", Ginebra, diciembre de 1968, pp. 74-77.

mada, y en este sentido equivalen a los medios represivos dentro de la clasificación de Rodolfo Reyes.<sup>22</sup>

Fundamentalmente son dos los medios complementarios: el juicio político o de responsabilidad de los altos funcionarios, cuando los mismos han infringido la Constitución, y particularmente los derechos humanos,<sup>23</sup> y la responsabilidad económica del Estado y sus servidores, cuando su actividad ha ocasionado daños y perjuicios al afectar los mismos derechos fundamentales.<sup>24</sup>

c) Los *medios procesales específicos* son aquellos que se han configurado para otorgar una protección rápida y eficaz a los derechos fundamentales, de manera directa y generalmente con efectos reparadores, ya que no es suficiente la sanción de tales violaciones, requiriéndose la restitución al afectado en el goce de los derechos infringidos.

Estos instrumentos pueden agruparse dentro de la institución que el procesalista italiano Mauro Cappelletti ha calificado de manera afortunada como "*Jurisdicción constitucional de la libertad*".<sup>25</sup>

<sup>22</sup> *La defensa constitucional*, cit., pp. 126, que los define como "todo aquel conjunto de responsabilidades, desde las más altas que la Constitución o una ley constitucional imponen al jefe del Estado, a los ministros y altos funcionarios, las que fija la ley de Organización judicial y, por fin, el Código penal contra todos los atentados constitucionales..."

<sup>23</sup> El artículo 13 de la Ley de responsabilidad de los funcionarios y empleados de la Federación, del Distrito y Territorios Federales y de los altos funcionarios de los Estados, de 30 de diciembre de 1939, tipifica como delitos oficiales de los altos funcionarios federales: "I. El ataque a las instituciones democráticas; II. El ataque a la forma de gobierno republicano representativo federal; III. El ataque a la libertad de sufragio; IV. La usurpación de atribuciones; V. *La violación de garantías individuales*; VI. Cualquiera infracción a la Constitución o a las leyes federales, cuando causen perjuicios graves a la Federación o a uno o varios Estados de la misma, o motiven algún trastorno en el funcionamiento normal de las instituciones; VII. Las omisiones de carácter grave en los términos de la fracción anterior." Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Las garantías constitucionales en el derecho mexicano*, en "Revista de la Facultad de Derecho", Culiacán, Sinaloa, México, 1967, pp. 181-193.

<sup>24</sup> Esta responsabilidad tanto de los funcionarios como del Estado por actos u omisiones ilegales que afectan los derechos fundamentales de los gobernados, se ha desarrollado considerablemente en los países angloamericanos, pero se encuentra apenas en sus comienzos en la legislación mexicana, ya que esencialmente se apoya en lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley de Depuración de Créditos a cargo del Gobierno Federal de 31 de diciembre de 1941, que establece la posibilidad de reclamar un crédito en contra del Gobierno Federal y ante el Tribunal Fiscal de la Federación, por actos u omisiones que impliquen una culpa en el funcionamiento de los servicios públicos; o bien en los términos de los artículos 105 constitucional y 11, fracción iv, de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal ante la Suprema Corte de Justicia, cuando a juicio del Tribunal en Pleno se considere la controversia de importancia trascendental para los intereses de la Nación; en la inteligencia de que en los casos de menor importancia se puede seguir un juicio ordinario federal ante los tribunales de la Federación; pero en todos estos supuestos la eficacia de las reclamaciones es bastante limitada: cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Introducción al estudio del proceso tributario en el derecho mexicano*, en la obra "Perspectivas del derecho público en la segunda mitad del siglo xx. Homenaje a Enrique Sayagués-Laso", t. III, Madrid, 1969, pp. 1084-1085; *Id. Las garantías constitucionales en el derecho mexicano*, cit., pp. 199-202.

<sup>25</sup> En la obra del mismo nombre, citada en la nota 9, especialmente pp. 111 y ss.

En este sector podemos mencionar una serie de instrumentos que cumplen esta función de tutela directa de los derechos humanos, como el *habeas corpus*, el juicio de amparo regulado por los ordenamientos de numerosos países latinoamericanos —incluyendo el mandamiento de seguridad brasileño—; el control judicial de la constitucionalidad de las leyes, cuando afectan los derechos subjetivos públicos de los reclamantes;<sup>26</sup> algunos medios de impugnación específicos del derecho europeo tales como la *Verfassungsbeschwerde* del derecho alemán, la *Beschwerde* del ordenamiento austriaco, la *Staatrechtliche Beschwerde* de Suiza, etcétera;<sup>27</sup> la transformación de recursos tradicionales angloamericanos en medios específicos, como ha ocurrido en la India y Birmania con los writs de *injunction*, *mandamus*, *quo warranto* etcétera.<sup>28</sup>

Aun cuando no pueden considerarse como instrumentos procesales en sentido estricto, debemos mencionar también dentro del sector que estamos examinando, a la defensa de los derechos humanos que ha sido encomendada a la llamada *Procuratura* o Procuraduría de los ordenamientos socialistas, y al *Ombudsman* escandinavo, que últimamente ha sido adoptado por otros países del mundo occidental; ya que estas instituciones se han establecido con la función esencial de la tutela de los citados derechos fundamentales.<sup>29</sup>

### 3. El proceso ordinario, la justicia administrativa y los remedios específicos.

Como no sería posible abarcar todos los instrumentos que hemos mencionado en el apartado anterior, nos referimos a los que asumen una mayor importancia, tanto por haber atraído la atención de la doctrina, la legislación y la jurisprudencia, como por constituir aquellos medios tutelares de los derechos humanos, tanto reflejos como directos, que se utilizan con mayor frecuencia en la práctica.

a) *El proceso ordinario*. En esta materia existe confusión en cuanto no se ha delimitado con precisión una doble función del proceso ordinario en cuanto a los derechos fundamentales consagrados.

a' En efecto, desde un primer ángulo, el proceso constituye el medio a través del cual los gobernados pueden lograr su defensa contra cualquier afectación de sus derechos ordinarios, ya que una gran parte de las Cartas Constitucionales establece el principio del *debido proceso legal*, o del derecho de defensa en juicio, que se inspira en buena parte en el derecho angloamericano, consolidado en las Enmiendas v y xiv de la Constitución de los Estados Unidos.<sup>30</sup>

<sup>26</sup> Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *La protección procesal de las garantías individuales en América Latina*, cit., pp. 77 y ss.

<sup>27</sup> Cfr. Mauro Cappelletti, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, cit., pp. 17 y ss.

<sup>28</sup> Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional*, cit., pp. 55-57.

<sup>29</sup> Cfr. entre otros, Henry Puget, *Le contrôle de l'administration: les systèmes classiques, l'Ombudsman et la Prokuratura*, en "Revue Internationale de Droit Comparé", Paris, enero-marzo de 1965, pp. 5-19.

<sup>30</sup> Sobre el alcance del "*due process of law*" en el derecho constitucional estadounidense, Edward S. Corwin, *The Constitution and what it means today*, 12a. Ed., New York,

En esta misma dirección debemos entender la corriente doctrinal que estima al derecho procesal de acción, como un derecho subjetivo público o derecho del hombre, paralelo al derecho constitucional de petición.<sup>31</sup>

Podemos comprender en esta perspectiva la profunda frase del distinguido procesalista uruguayo Eduardo J. Couture al afirmar que: “El instante realmente dramático es aquel en que el juez, modesto o encumbrado, ignorante o excelso, profiere su solemne afirmación implícita en la sentencia: *ésta es la justicia que para este caso está anunciada en el Preámbulo de la Constitución.*”<sup>32</sup>

Este derecho fundamental de la defensa en juicio que se encuentra estrechamente relacionado con la acción procesal, también como derecho subjetivo público de carácter constitucional, ha sido reconocido como tal por los documentos internacionales que han regulado los derechos humanos, como se desprende de la primera parte del artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre;<sup>33</sup> artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre;<sup>34</sup> el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas;<sup>35</sup> artículo 6º de la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales;<sup>36</sup> y artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.<sup>37</sup>

Sin embargo, no debe confundirse al proceso como medio para la protección de los derechos ordinarios, como ocurre en este sector que estamos examinando, aun cuando el citado proceso sea la institución necesaria para realizar

1964, pp. 210-226; 248-272; Lêda Boechat Rodrigues, *La Suprema Corte y el derecho constitucional norteamericano*, trad. de Justo Pastor Benítez, México, 1965, pp. 162-211.

<sup>31</sup> Cfr. entre otros, Eduardo J. Couture, *Fundamentos del Derecho procesal civil*, 3a. Ed., Buenos Aires, 1958, pp. 74-79, Francesco Carnelutti, *Sistema de Derecho procesal civil*, trad. de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Meleno, t. II, Buenos Aires, 1944, pp. 636-638.

<sup>32</sup> *Las garantías constitucionales del proceso civil*, en el volumen “Estudios de derecho procesal en honor de Hugo Alsina”, Buenos Aires, 1946, p. 212.

<sup>33</sup> Esta disposición determina: “Toda persona puede acudir a los tribunales para hacer valer sus derechos...”

<sup>34</sup> Dicho precepto establece: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquiera acusación contra ella en materia penal.”

<sup>35</sup> La parte relativa del citado precepto dispone: “1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil...”

<sup>36</sup> De acuerdo con la parte correspondiente de la citada disposición: “1) En la determinación de sus derechos y obligaciones civiles o de cualquier acusación criminal contra ella, toda persona tiene derecho a una audiencia equitativa y pública dentro de un plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley...”

<sup>37</sup> Dicho precepto establece en su parte relativa: “1. Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la substanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral fiscal o de cualquier otro carácter...”

los derechos fundamentales de defensa en juicio y de acción, que son inseparables; con la función del mismo proceso como instrumento indirecto de protección de los derechos humanos, individuales y sociales, consagrados por la Carta Fundamental.

Esta aclaración tiene sentido en cuanto la legislación, doctrina y jurisprudencia mexicanas, por motivos de carácter histórico-político,<sup>38</sup> han otorgado a la violación de los derechos ordinarios a través del proceso, el carácter de afectación de un derecho fundamental de justicia e inclusive lo han consagrado en el artículo 14 de la Carta Fundamental vigente,<sup>39</sup> aun cuando en el propio artículo se establezca simultáneamente el derecho de defensa en juicio o derecho de audiencia;<sup>40</sup> lo que ha provocado la confusión entre los derechos fundamentales y los derechos ordinarios, puesto que, como lo señalamos oportunamente, toda afectación de un derecho ordinario en una sentencia judicial, se estima formalmente como una violación del artículo 14 constitucional, es decir, de un derecho del hombre.<sup>41</sup>

b' En realidad, al hablar del proceso ordinario como instrumento indirecto de la protección de los derechos humanos nos queremos referir a un aspecto diverso del llamado derecho fundamental de justicia, debido proceso legal o al derecho procesal de acción; es decir, pretendemos aludir a la posibilidad de que el mismo proceso ordinario constituya el medio en el cual pueda plantearse la tutela de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.<sup>42</sup>

Desde esta perspectiva podemos descubrir varias hipótesis:

a'' En un primer sentido, son varias las legislaciones que exigen que para la interposición de los instrumentos específicos de protección, como por ejemplo los recursos constitucionales en Suiza y la República Federal Alemana, deben agotarse previamente todos los medios de impugnación de carácter judicial, salvo casos de excepción.<sup>43</sup>

<sup>38</sup> Cfr. Emilio Rabasa, *El artículo 14. Estudio constitucional*, 2a. Ed., México, 1955, pp. 3 ss.; Alfonso Noriega, *El origen nacional y los antecedentes hispánicos del juicio de amparo*, en "Jus", México, septiembre de 1942, pp. 151-174.

<sup>39</sup> En los párrafos tercero y cuarto del artículo 14 constitucional se dispone: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra, o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho."

<sup>40</sup> Cfr. Ignacio Burgoa, *Las garantías individuales*, 6a. Ed., México, 1970, pp. 513-558.

<sup>41</sup> Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Reflexiones sobre la naturaleza procesal del amparo*, en "Revista de la Facultad de Derecho de México", Núm. 56, octubre-diciembre de 1964, pp. 982 y ss.

<sup>42</sup> Cfr. Karl August Bettermann, *Der Schutz der Grundrechte in der ordentliche Gerichtsbarkeit* (La protección de los derechos fundamentales en la jurisdicción ordinaria), en el volumen "Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte", t. II, vol. 2, Berlín, 1959, pp. 779; Eduardo J. Couture, *Las garantías constitucionales en el proceso civil*, cit., pp. 169 y ss.

<sup>43</sup> Cfr. Mauro Cappelletti, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, cit., pp. 25, 26, 76-77.

b" En numerosos ordenamientos el proceso ordinario es el medio en el cual se puede plantear la cuestión de inconstitucionalidad de manera incidental, cuando se considera que la ley aplicable al caso concreto es inconstitucional, lo que puede ocurrir en el supuesto de que el mismo ordenamiento aplicable se estime violatorio de los derechos del hombre, como sucede tratándose de la revisión judicial del derecho angloamericano, en el cual se requiere, como regla general, la existencia de una controversia concreta en un proceso judicial determinado.<sup>44</sup>

c" Inclusive en los países que siguiendo el modelo austríaco han establecido tribunales constitucionales específicos, el mismo proceso ordinario constituye uno de los medios para plantear la inconstitucionalidad de leyes violatorias de los derechos fundamentales, según lo podemos señalar con la llamada *Richterklage* (instancia judicial) de los derechos austríaco<sup>45</sup> y federal alemán,<sup>46</sup> según la cual, cuando los jueces de cualquier categoría o bien sólo los de los Tribunales Supremos —esto último en Austria— estiman que una ley es inconstitucional, deben suspender el procedimiento y enviar los autos al Tribunal Constitucional respectivo, para que decida sobre esta cuestión de inconstitucionalidad.

En Italia, con excepción de la reclamación directa por la República o las Regiones Autónomas de la inconstitucionalidad de sus ordenamientos respectivos,<sup>47</sup> sólo en un proceso concreto y a través de una cuestión prejudicial<sup>48</sup> es posible plantear la inconstitucionalidad de la ley aplicable al caso, y es en esta dirección que el ilustre procesalista florentino Piero Calamandrei afirmaba que el juez ordinario es el único que puede abrir la puerta a la competencia de la Corte Constitucional Italiana,<sup>49</sup> con mayor razón cuanto que, como veremos más adelante, no existe en el ordenamiento italiano un instrumento específico para impugnar de manera directa las violaciones de los derechos humanos.<sup>50</sup>

d" Finalmente, y de manera más sutil, el juez ordinario, a través de un proceso concreto, al aplicar las disposiciones legales secundarias, debe interpre-

<sup>44</sup> Cfr. Edward McWhinney, *Constitutional review in the Commonwealth*, en el volumen "Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart" (La jurisdicción constitucional en la actualidad), Köln-Berlin, 1962, pp. 82-85.

<sup>45</sup> Cfr. Mauro Cappelletti, *El control judicial de la constitucionalidad de las Leyes en el derecho comparado*, cit., pp. 56-58.

<sup>46</sup> Cfr. Ernst Friesenhann, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland* (La jurisdicción constitucional en la República Alemana), en el citado volumen "Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart", pp. 136-139.

<sup>47</sup> Cfr. Mauro Cappelletti, *La justicia constitucional en Italia*, trad. de Héctor Fix-Zamudio, en "Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México", Núm. 37, enero-abril de 1960, pp. 45-46.

<sup>48</sup> Cfr. Giuseppe Abbamonte, *Il processo costituzionale italiano, I, Il sindacato incidentale*, Napoli, 1957, pp. 25 y ss.; Mauro Cappelletti, *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milano, 1957, pp. 44 y ss.

<sup>49</sup> *La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil*, y *Corte Constitucional y autoridad judicial*, ambos trabajos publicados en el volumen "Estudios sobre el proceso civil", trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1962, pp. 66-68; y 137-151, respectivamente.

<sup>50</sup> Cfr. Piero Calamandrei, *Corte Constitucional y autoridad judicial*, cit., pp. 124-126

tar dichas disposiciones de acuerdo con los textos y principios constitucionales, a través de lo que la doctrina ha calificado como “control de la constitucionalidad mediante interpretación judicial”, lo que significa que en un proceso ordinario el juez posee la facultad indirecta de adecuar los preceptos legales secundarios a los de carácter constitucional que consagran los derechos del hombre<sup>51</sup> lo que no constituye una simple posibilidad teórica, sino que ha producido resultados en la práctica.<sup>52</sup>

b) *La justicia administrativa*, asume diversas modalidades en los ordenamientos contemporáneos, pero que va tomando mayor impulso, no sólo en los países influidos por el sistema francés de tribunales administrativos de jurisdicción delegada, como el famoso Consejo de Estado, sino también en los Estados Unidos e Inglaterra, que en los últimos años han creado una gran variedad de tribunales administrativos.<sup>53</sup>

La justicia administrativa, comprende dos aspectos, o sean los llamados recursos administrativos internos, que no son propiamente de carácter procesal, pero que se utilizan para depurar los actos administrativos,<sup>54</sup> y fundamentalmente, el proceso administrativo propiamente dicho, que se conoce más generalmente con la denominación impropia de “contencioso-administrativo”;<sup>55</sup> y ambas instituciones pueden servir de instrumento indirecto de protección de los derechos humanos en varias direcciones, de las cuales podemos señalar:

a’ Como ocurre con el proceso ordinario, para intentar los recursos específicos, previamente es necesario agotar la vía interna y la de los tribunales administrativos, pudiendo señalar como un ejemplo evidente en este sentido, al derecho austriaco.<sup>56</sup>

<sup>51</sup> Cfr. Juan Francisco Linares, *Control de constitucionalidad mediante interpretación*, en “Jurisprudencia Argentina”, Buenos Aires, 18 de abril de 1961, pp. 1-3.

<sup>52</sup> Cfr. Giorgio Lombardi, *Potere privato e diritto fondamentali*, I, Torino, 1970, pp. 26 y ss.; 61 y ss.; Kenneth M. Lewan, *The significance of constitutional rights for private law; theory and practice in West Germany*, en “The International and Comparative Law Quarterly”, London, julio de 1968, pp. 571-601.

<sup>53</sup> Cfr. Lewis Mayers, *El sistema legal de los Estados Unidos*, trad. de Ernesto Weinschelbaum, Buenos Aires, 1958, pp. 381 y ss.; Rita Pérez, *L’istruzione nel procedimento amministrativo. (Studi sui mezzi di informazione della pubblica amministrazione negli Stati Uniti e in Italia.)*, en “Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico”, Milano, julio-septiembre de 1966, pp. 623-674; Serio Galcotti, *The judicial control of public authorities in England and in Italy*, London, 1954, pp. 37 y ss.

<sup>54</sup> Existe una amplia bibliografía sobre los recursos administrativos, pero nos limitamos a citar los siguientes estudios: Jesús González Pérez, *Los recursos administrativos*, 2a. Ed., t. I, Madrid, 1964, pp. 104-107; Alfonso Nava Negrete, *Derecho procesal administrativo*, México, 1959, pp. 67-105; Gabino Fraga, *Derecho administrativo*, 9a. Ed., México, 1962, pp. 283 y ss.; Andrés Serra Rojas, *Derecho administrativo*, 4a. Ed., t. II, México, 1968, pp. 1175-1193; Humberto Briseño Sierra, *El proceso administrativo en Iberoamérica*, México, 1968, pp. 105-134, etcétera.

<sup>55</sup> Sobre el concepto de proceso administrativo y la impropiedad de la calificación de “contencioso-administrativo”, cfr. el fundamental estudio de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Proceso administrativo*, en “Revista de la Facultad de Derecho de México”, Núm. 51, julio-septiembre de 1963, pp. 603-626.

<sup>56</sup> Cfr. Félix Ermacora, *Der Vergassungsgerichtshof* (La Corte Constitucional), Graz, Austria, 1956, pp. 316-319; Mauro Cappelletti, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, cit., p. 36.

b" En los países en los cuales no existen remedios específicos, como ocurre en Francia, Italia, Bélgica, e inclusive en América, Colombia y Ecuador —aun cuando en el último se hubiese establecido el amparo en 1967— son los Tribunales Administrativos y específicamente el Consejo de Estado, los que tutelan al particular frente a los actos de la administración, y si bien esa tutela se refiere directamente a la afectación de los derechos secundarios, de manera refleja se protegen los derechos fundamentales, y a este respecto debemos señalar la jurisprudencia admirable del Consejo de Estado Francés, el cual ha sido calificado recientemente como "juez constitucional".<sup>57</sup>

Un ejemplo significativo en este sentido lo encontramos en el derecho colombiano, ya que por Decreto núm. 2733 de 7 de octubre de 1959, se reglamenta el derecho constitucional de petición,<sup>58</sup> el cual debe hacerse valer a través de un procedimiento administrativo que se incorporó al Código Contencioso Administrativo de 1941.<sup>59</sup>

También resulta significativo que el Consejo de Estado del Ecuador, ha recibido en varias ocasiones la denominación de Tribunal de Garantías Constitucionales, como lo podemos señalar en la Carta de 1945, reintegrándosele su primitivo nombre en la Constitución de 1946, para devolversele la denominación de Tribunal de Garantías en la Constitución vigente de 1967, y entre cuyas atribuciones se encuentra, en los términos del artículo 220, fracción 1ª la última Carta Fundamental, la de: "Velar por la observancia de la Constitución, y especialmente las garantías constitucionales (derechos del hombre), pudiendo excitar al respecto al Presidente de la República y demás funcionarios. . ." <sup>60</sup>

Podemos señalar como tribunal administrativo con funciones de control constitucional, a la Contraloría General de la República de Chile, la que, además de sus atribuciones de tribunal de cuentas, posee la de tomar razón de los decretos supremos y de las resoluciones de los Jefes de Servicios, sobre la materia de su competencia, pronunciándose sobre la constitucionalidad o ilegalidad de que puedan adolecer en un plazo de treinta días contados desde la fecha de su recepción, pero deberá darles curso cuando no obstante su manifestación, el presidente de la República insista en la aceptación, con la firma de todos sus ministros (artículos 10 y siguientes de la Ley 10,336, texto unificado de 1964).<sup>61</sup>

<sup>57</sup> Cfr. el profundo y documentado estudio de Francine Batailler, *Le Conseil d'Etat juge constitutionnel*, Paris, 1966, pp. 7-58.

<sup>58</sup> Sobre el derecho constitucional de petición establecido por el artículo 45 de la Constitución colombiana, cfr. Álvaro Copete Lizarralde, *Lecciones de derecho constitucional colombiano*, 3a. Ed., Bogotá, 1960, pp. 104-105; Francisco de Paula Pérez, *Derecho constitucional colombiano*, 5a. Ed., Bogotá, 1962, pp. 209-210; Luis Carlos Sachica, *Constitucionalismo colombiano*, 2a. Ed., Bogotá, 1966, pp. 430-432.

<sup>59</sup> Decreto Núm. 2733 de 7 de octubre de 1959, por el cual se reglamenta el derecho de petición y se dictan normas sobre procedimientos administrativos: cfr. Jorge Ortega Torres, *Código Contencioso Administrativo*, 2a. Ed., Bogotá, 1965, pp. 494-503.

<sup>60</sup> Sobre la situación del Tribunal de Garantías Constitucionales o Consejo de Estado, en las Constituciones de 1945 y 1946, cfr. Juan I. Lovato V., *Principios constitucionales de Derecho procesal ecuatoriano*, Quito, 1960, pp. 114-115.

<sup>61</sup> Cfr. Alejandro Silva Bascuñán, *Tratado de derecho constitucional*, t. III, Santiago, 1963, pp. 310 y ss.; Carlos Estévez Gazmuri, *Elementos de derecho constitucional*, San-

Sin embargo, debemos tomar en consideración que cuando la justicia administrativa funciona como instrumento sustantivo o complementario de los instrumentos específicos para la protección de los derechos humanos, no debe considerarse como estrictamente adecuado para la tutela de los propios derechos fundamentales, por dos razones esenciales:

a' Tanto el procedimiento como el proceso administrativos se estructuran de acuerdo con los derechos sustantivos a los cuales deben realizar, que son de carácter ordinario, puesto que se refieren a la afectación de tales derechos por los actos y resoluciones de las autoridades administrativas, los cuales están dotados de dos elementos esenciales: *presunción de legalidad y carácter ejecutivo*,<sup>62</sup> y tratándose de la materia fiscal esta situación es todavía más ostensible, ya que además de estas características, el causante que acude a la vía judicial administrativa está obligado a garantizar el interés fiscal, e inclusive en algunas legislaciones se le exige el pago del impuesto, de acuerdo con el principio, que afortunadamente tiende a desaparecer, de *solve et repete*.<sup>63</sup>

A lo anterior debemos agregar las razones de interés público que afectan la ejecución de los fallos de los tribunales administrativos, cuyo cumplimiento puede aplazarse y aun dejarse sin efecto, de acuerdo con las necesidades de la administración.<sup>64</sup>

b' En segundo término, es frecuente que los tribunales administrativos carezcan de facultades para decidir directamente cuestiones de inconstitucionalidad tanto de actos, pero fundamentalmente de los preceptos legales aplicables en las controversias de que conocen, y en este sentido, podemos señalar que en los países en los cuales existe un Tribunal Constitucional específico, los tribunales administrativos están obligados a suspender el procedimiento y a enviar los autos al primero de dichos organismos jurisdiccionales, cuando se plantea un problema de inconstitucionalidad.<sup>65</sup>

tiago, 1949, pp. 286-288; Mario Bernaschina González, *Manual de derecho constitucional*, 3a. Ed., t. II, Santiago, 1958, pp. 413-421; Contraloría General de la República, *Texto refundido de la Ley de Organización y atribuciones de la Contraloría General de la República*, Santiago, 1964, pp. 5-1.

<sup>62</sup> Cfr. Manuel María Díez, *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1956, pp. 226 y ss.

<sup>63</sup> Sobre el principio *solve et repete* y su paulatina desaparición, cfr. Mario Pugliese, *Instituciones de derecho financiero*, trad. de José Silva, México, 1939, pp. 227 y ss.; Carlos M. Giuliani-Fonrouge, *Derecho financiero*, vol. II, Buenos Aires, 1962, pp. 665 y ss.; *Id.* *El proyecto de modelo de Código Tributario para la América Latina*, en el volumen "Memoria de las conferencias sustentadas con motivo del XXX aniversario de la promulgación de la Ley de Justicia Fiscal", México, 1966, pp. 210 y 260.

<sup>64</sup> Cfr. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Proceso administrativo*, cit., p. 620, afirma certeramente que el problema de la ejecución de las sentencias en materia administrativa, ha sido oscurecido, de un lado, por un enfoque restrictivo de la función jurisdiccional que se ha llegado a hacer sinónima de proceso de conocimiento, y de otro, por una errónea interpretación de la doctrina de la división de poderes.

<sup>65</sup> En este sentido podemos señalar también como ejemplos los de los Tribunales Administrativos Supremos de Austria y la República Federal Alemana, los cuales, cuando consideran que la ley aplicable al caso es inconstitucional, deben suspender el procedimiento y enviar los autos a la Corte Constitucional respectiva para que decida sobre el problema de inconstitucionalidad; cfr. Félix Ermacora, *Der Vergassungsgerichtshof*, cit.,

Pero aun en ausencia de un tribunal especializado en problemas de constitucionalidad, es posible indicar como ejemplo al ordenamiento uruguayo, según el cual, cuando ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo se plantea una cuestión de constitucionalidad, debe suspender el procedimiento y elevar los autos a la Corte Suprema para su decisión, en los términos del artículo 258, numeral segundo, de la Carta Fundamental vigente de 1967.<sup>66</sup>

En el derecho mexicano y con exclusión de las cuestiones fundamentalmente tributarias que pueden someterse al conocimiento del Tribunal Fiscal de la Federación,<sup>67</sup> el que por otra parte, carece de competencia para decidir sobre problemas de constitucionalidad,<sup>68</sup> la situación es la contraria a las mencionadas anteriormente, ya que respecto de los actos y resoluciones de la administración activa y después de agotarse los recursos internos, procede el juicio de amparo, que en este supuesto funciona como un proceso administrativo —o contencioso-administrativo—,<sup>69</sup> no obstante que teóricamente está estructurado como instrumento específico para la tutela de los derechos humanos.

pp. 214-217, 257-258; Ernst Friesenhahn, *Die Vergassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland*, cit., pp. 136-139; Mauro Cappelletti, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, cit., pp. 57-59.

<sup>66</sup> Cfr. Enrique Vécovi, *El proceso de inconstitucionalidad de la ley*, Montevideo, 1967, pp. 228-231.

<sup>67</sup> La competencia del Tribunal Fiscal de la Federación se ha ampliado considerablemente a partir de su establecimiento en la Ley de Justicia Fiscal de 27 de agosto de 1936, pasando por el Código Fiscal de 20 de diciembre de 1938, de tal manera que el artículo 22 de la Ley Orgánica del citado Tribunal Fiscal que entró en vigor el 1º de abril de 1967, abarca la impugnación no sólo de actos y resoluciones estrictamente fiscales, sino también los conflictos relativos a prestaciones económicas que otorgan las instituciones de seguridad social en beneficio de los empleados civiles y militares, e inclusive un sector de lo que se ha calificado como “contencioso, de plena jurisdicción”, es decir las controversias derivadas de la interpretación y cumplimiento de contratos de obras públicas celebrados por dependencias del poder ejecutivo federal, así como los créditos derivados de la responsabilidad del Estado por la defectuosa prestación de los servicios públicos, etcétera; cfr. Dolores Heduán Virués, *Las funciones del Tribunal Fiscal de la Federación*, México, 1961, pp. 61-160; Humberto Briseño Sierra, *Derecho procesal fiscal*, México, 1964, pp. 226-232; Emilio Margáin Manautou, *De lo contencioso administrativo de anulación o de ilegitimidad*, San Luis Potosí, México, 1969, pp. 37-48; Armando Porrás y López, *Derecho procesal fiscal*, México, 1969, pp. 121-125; Héctor Fix-Zamudio, *Introducción al estudio del proceso tributario en el derecho mexicano*, en la obra “Perspectivas del derecho público en la segunda mitad del siglo xx. Homenaje a Enrique Sayagués Laso”, vol. III, Madrid, 1969, pp. 1081-1084.

<sup>68</sup> Tanto la jurisprudencia del citado Tribunal Fiscal como la de la Suprema Corte de Justicia han considerado que el propio Tribunal Tributario carece de competencia para conocer y decidir sobre la cuestión de inconstitucionalidad de las leyes, cfr. tesis 27, pp. 74-75; Tribunal en Pleno, del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación publicado en 1965: “El Tribunal Fiscal de la Federación carece de competencia para estudiar y resolver sobre la inconstitucionalidad de una ley, ya que tal facultad corresponde al Poder Judicial de la Federación a través de juicio de amparo”: cfr. Emilio Margáin Manautou, *op. ult. cit.*, pp. 49-56.

<sup>69</sup> Cfr. Felipe Tena Ramírez, *Fisonomía del amparo en materia administrativa*, en el volumen “El pensamiento jurídico de México en el derecho constitucional”, México, 1961, pp. 111-132; Antonio Carrillo Flores, *La defensa jurídica de los particulares frente a la administración de México*, México, 1939, pp. 275 y ss.

Desde este punto de vista, la doctrina ha señalado los inconvenientes de utilizar un instrumento destinado a la protección de los derechos fundamentales como sustituto del proceso administrativo,<sup>70</sup> y se ha propuesto la creación de tribunales administrativos de amplia competencia, siguiendo el ejemplo del Consejo de Estado Francés,<sup>71</sup> inclusive la reforma del artículo 104 constitucional que entró en vigor en el mes de octubre de 1968, refleja esta tendencia,<sup>72</sup> que ha cristalizado con el establecimiento del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal, de acuerdo con su ley orgánica promulgada el 26 de febrero de 1971.

c) *Remedios específicos.* La doctrina ha puesto de relieve que los derechos de la persona humana o derechos fundamentales según la terminología de los tratadistas alemanes (*Grundrechte*)<sup>73</sup> poseen una naturaleza diversa de los derechos subjetivos ordinarios,<sup>74</sup> puesto que afectan la dignidad e inclusive la existencia misma de la persona humana, por lo que su violación, aun tratándose de los derechos calificados como individuales, trascienden de la esfera del sujeto afectado y adquieren una repercusión de carácter social, con mayor razón tratándose de los derechos que se han calificado como sociales, económicos y culturales, que en ocasiones afectan a toda la comunidad.<sup>75</sup>

Esto significa que tales derechos deben considerarse como disponibles y que su tutela procesal no puede lograrse eficazmente a través de los instrumentos estructurados para la realización de los derechos subjetivos de carácter ordinario, como en cierta medida hemos tratado de demostrar en los párrafos anteriores.

<sup>70</sup> Cfr. Antonio Carrillo Flores, *op. ult. cit.*, pp. 298-315.

<sup>71</sup> En esta dirección se elaboró en el mes de junio de 1964 un anteproyecto de Ley Federal de Justicia Administrativa, redactado por los magistrados del Tribunal Fiscal de la Federación Rubén Aguirre Elguézabal, Dolores Heduán Virués y Margarita Lomelí Cerezo, con el objeto de transformar el referido Tribunal Fiscal en un órgano jurisdiccional ante el cual se impugnasen todos los actos y resoluciones de la administración activa; y otro intento en el mismo sentido lo advertimos en el Segundo Congreso Mexicano de Derecho Procesal, efectuado en Zacatecas en agosto de 1966, en el cual se aprobó por unanimidad la proposición de la ponencia elaborada por Humberto Briseño Sierra en el sentido de recomendar la creación de un Tribunal Federal Administrativo que conocería de las impugnaciones contra todos los actos de la administración activa: cfr. en "Revista de la Facultad de Derecho de México", Núm. 65, enero-marzo de 1967, pp. 163-244.

<sup>72</sup> El citado precepto en un texto reformado y en la parte conducente, dispone: "Las leyes federales podrán instituir tribunales de lo contencioso-administrativo dotados de plena autonomía para dictar sus fallos, que tengan a su cargo dirimir las controversias que se susciten entre la Administración Pública Federal o del Distrito y Territorios Federales, y los particulares, estableciendo las normas para su organización, funcionamiento, el procedimiento y los recursos contra sus resoluciones..."

<sup>73</sup> Cfr. Gerhard Oestreich, *Die Entwicklung der Menschenrechte und Grundfreiheiten* (La evolución de los derechos humanos y de las libertades fundamentales), en la obra "Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte" (Los derechos fundamentales, Teoría y práctica de los derechos fundamentales), t. I, Berlín, 1966, pp. 87-104.

<sup>74</sup> Así lo hacía notar Jorge Jellinek en su clásico estudio *Sistema dei diritti pubblici subbietivi*, trad. italiana de Gaetano Vitalgiano, Milano, 1912, pp. 390 y ss.

<sup>75</sup> Cfr. Mauro Cappelletti, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, cit., pp. 2-5.

En efecto, el tratadista italiano Mauro Cappelletti ha puesto de relieve que la protección de los derechos humanos requiere de instrumentos adecuados para una pronta y eficaz tutela procesal, que se aparta del sistema ordinario de protección judicial.<sup>76</sup>

Es cierto, por otra parte, que aun esa tutela de los derechos ordinarios se ha agilizado en los últimos tiempos debido a las aportaciones de la ciencia procesal,<sup>77</sup> pero con todo no llega a constituir el remedio enérgico y vigoroso que requiere la defensa procesal de la libertad y de la dignidad de la persona humana frente a las intervenciones cada vez más amplias de las autoridades y aun de los mismos grupos sociales, que afectan continuamente esa libertad.<sup>78</sup>

Por tanto, los citados derechos requieren de un procedimiento en el cual imperen la celeridad, la economía procesal; amplias facultades para el juzgador, incluyendo la de suplir los errores y deficiencias del demandante así como en la aportación de los elementos de convicción;<sup>79</sup> un sistema flexible de medidas cautelares; y especialmente, puesto que los anteriores elementos podemos encontrarlos con más o menos fuerza en otros sectores del enjuiciamiento,<sup>80</sup> que los efectos del fallo protector sean esencialmente preventivos y reparadores, es decir, se requiere un sistema protector, en el cual se evite la violación actual o inminente de los derechos fundamentales, y en todo caso, la restitución en el goce de tales derechos al afectado, ya que con exclusión de algunos de carácter patrimonial, aquellos que se refieren a la libertad y dignidad del hombre, no pueden sustituirse por equivalentes; y finalmente, medidas enérgicas y rápidas de ejecución del fallo judicial que otorgue la tutela.<sup>81</sup>

<sup>76</sup> *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, cit., pp. 79-82.

<sup>77</sup> Cfr. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Veinticinco años de evolución del derecho procesal, 1940-1965*, México, 1968, pp. 67-116 (literatura más significativa), 117-140 (Códigos, leyes y proyectos principales).

<sup>78</sup> Cfr. Giorgio Lombardi, *Potere privato e diritti fondamentali*, cit., pp. 61 y ss.; Héctor Fix-Zamudio, *Algunos aspectos de la protección de los derechos humanos en las relaciones entre particulares en México y Latinoamérica*, en "Revista Jurídica Veracruzana", Jalapa, Veracruz, abril-junio de 1970, pp. 3-45.

<sup>79</sup> Como ocurre en el juicio de amparo mexicano, al menos respecto de la materia penal, laboral y agraria, con la institución de la suplencia de la queja, es decir, la corrección de los errores y omisiones del reclamante particularmente en cuanto a su demanda, pero también, particularmente en la materia agraria, respecto de los elementos de convicción, cfr. Juventino V. Castro, *La suplencia de la queja deficiente en el juicio de amparo*, México, 1953; Armando Chávez Camacho, *La suplencia de la deficiencia de la queja*, en "Jus", Núm. 67, México, febrero de 1944, pp. 89 y ss.; Ignacio Burgoa, *El juicio de amparo*, 7a. Ed., México, 1970, pp. 302-312.

<sup>80</sup> Como ocurre en las ramas que integran el que podemos calificar como "derecho procesal social", es decir, derecho procesal laboral, agrario y de la seguridad social, cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Introducción al estudio del derecho procesal social*, en el volumen "Estudios procesales en memoria de Carlos Viada", Madrid, 1965, pp. 497-526.

<sup>81</sup> Especialmente para lo último se requiere un sistema flexible de cumplimiento del fallo protector, pudiendo citarse como ejemplo el artículo 35 de la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal alemán (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*), según el cual: "El Tribunal Constitucional Federal puede determinar en su decisión quién ha de ejecutarla; puede también regular la forma y modo de ejecución en un caso determinado". Cfr. F. Rubio Llanusa, *El Tribunal Constitucional Federal Alemán*, Caracas, 1962, p. 141.

En forma paulatina se ha venido sintiendo la necesidad de establecer o reforzar estos remedios procesales específicos, que se perfilan a través de la lucha infatigable de los pueblos por la protección de los derechos fundamentales, y a esto se debe la expansión tan amplia y profunda del tradicional *habeas corpus* británico, de la revisión judicial estadounidense, del juicio de amparo mexicano, del recurso constitucional europeo, de la Procuraduría soviética o del *Ombudsman* escandinavo, todos ellos orientados en mayor o menor medida a ese ideal tan noble, pero tan difícil de alcanzar, del equilibrio entre autoridad y libertad.<sup>82</sup>

#### 4. Los instrumentos angloamericanos: *habeas corpus*, revisión judicial y los *writs de injuction y mandamus*.

Aun cuando se trate también de una clasificación un tanto arbitraria, resulta necesario sistematizar la amplísima gama de instrumentos específicos de tutela de los derechos humanos, que se han venido combinando en los diversos ordenamientos, ya que resulta prácticamente imposible estudiarlos en su conjunto, por lo que hemos elegido el criterio de situar a tales instituciones procesales en el sistema de su origen, para establecer esa posible sistematización.

a) *Habeas corpus*. Si excluimos algunos ensayos históricos, entre los cuales destacan los procesos forales aragoneses, especialmente el de manifestación de las personas y de amparo, que alcanzaron un perfeccionamiento superior a las instituciones británicas entre los siglos xiv y xv, pero que fueron oscurecidas y prácticamente suprimidas por el absolutismo de las poderosas dinastías de los austriacos y borbones;<sup>83</sup> es la institución del *habeas corpus* la que ha constituido el germen fundamental de la protección procesal de los derechos fundamentales de la persona humana.

a' El origen de esta institución es incierto, aun cuando su genealogía puede remontarse al famoso interdicto *homo libero exhibendo* del derecho romano, pero lo que sí resulta indudable es que se fue perfeccionando lentamente en el derecho consuetudinario de la Inglaterra medioeval.<sup>84</sup>

Algunos autores han creído descubrir los inicios de esta institución en el artículo 39 del documento original de la Magna Carta impuesta a Juan Sin Tierra por los barones ingleses en el año de 1215 y que lleva el número 29 de

<sup>82</sup> Cfr. Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, trad. de Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona, 1965, p. 29, quien afirma con gran agudeza que el Estado organizado exige de manera imperativa que el ejercicio del poder político sea restringido y limitado, tanto en interés de los detentadores como de los destinatarios de ese poder, y que esta limitación constituye el núcleo de lo que en la historia antigua y moderna de la política aparece como el Constitucionalismo.

<sup>83</sup> Cfr. Víctor Fairén Guillén, *Consideraciones sobre el proceso aragonés de "manifestación de las personas" en relación con el "habeas corpus" británico*, en "Revista de Derecho Procesal", Madrid, 1963, pp. 11 y ss.; Francisco Sáenz de Tejada y de Olozaga, *El derecho de manifestación aragonés y el habeas corpus inglés*, Madrid, s.f., pp. 25 y ss.

<sup>84</sup> El derecho anglosajón también recibió la influencia de los interdictos posesorios de origen romano, según lo puso de relieve el prestigiado tratadista Paul Vinogradoff, *Diritto romano nell'Europa Medioevale*, trad. de S. Ricobono, 2a. Ed., Milano, 1950, pp. 75 y ss.

la versión que confirmó Enrique III en 1225,<sup>85</sup> pero en realidad dicho precepto es de carácter sustantivo y no procesal, por lo que sólo puede considerarse como el intento de establecer el debido proceso en favor de un sector privilegiado de los hombres del reino, es decir, de los hombres libres.<sup>86</sup>

El instrumento procesal se fue forjando paulatinamente a través de algunas ventajas que se fueron introduciendo en el derecho medioeval inglés en beneficio de los detenidos, como el de la libertad caucional y los llamados *writs de odio et atia* y de *mainprise*.<sup>87</sup>

Pero el *habeas corpus* forjado en el *common law*, adquirió su verdadera importancia en el siglo XVII con motivo de la lucha del Parlamento contra el absolutismo de los Estuardo, iniciándose una labor legislativa que fue consolidando esta noble institución.

Un paso muy importante fue la abolición de la Cámara de la Estrella (*Star Chamber*) por una ley del Parlamento expedida en 1641, ya que se estimó intolerable que un tribunal administrativo dependiente de la Corona pudiese absorber las atribuciones de los tribunales, y en el artículo VIII del propio Decreto se confirma el *habeas corpus*, contra las detenciones indebidas ordenadas por la citada Cámara o por la Corona.<sup>88</sup>

Pero en realidad, el documento que consolida efectivamente esta institución tutelar es la famosa *Ley de habeas corpus*, de 1679, que ha tenido una influencia excepcional en muchos países del mundo, y que establece las bases esenciales de este instrumento procesal, el cual procedía inclusive contra las órdenes de detención de la Corona, pero establecía varias excepciones como los delitos graves (*felony*), alta traición y prisión por deudas, pero aun en los primeros dos casos, se obligaba a la Corona a consignar penalmente a los detenidos.<sup>89</sup>

Este documento se complementa con el famoso instrumento conocido como *Bill of Rights*, de 16 de diciembre de 1689, que prohibió en su artículo 11 que se fijaran fianzas excesivas para decretar la libertad caucional, ya que se pretendía

<sup>85</sup> La Magna Carta fue objeto de varias versiones, ya que se confirmó cuando menos cuarenta y cinco ocasiones hasta la época de Enrique V (1413-1422), ya que poseía en su base una idea contractual entre el soberano y los nobles del reino, cfr. William H. Dunham, Jr., *Magna Carta and British Constitutionalism*, en el volumen "The Great Charter", New York-Toronto, 1966, pp. 29 y ss. el texto en español de las dos versiones de la Magna Carta de 1215 y 1225, pueden consultarse en la obra de Manuel Jiménez de Parga, *Los regimenes políticos contemporáneos*, 4a. Ed., Madrid, 1968, pp. 366-372.

<sup>86</sup> Cfr. Samuel E. Thorne, *What Magna Carta was*, en el citado volumen "The Great Charter", pp. 11-25.

<sup>87</sup> Cfr. Frederick Pollock y Frederick William Maitland, *The History of English Law*, 2a. Ed., vol. II, Cambridge, Inglaterra, pp. 587-589.

<sup>88</sup> Esta ley de 1641, fue precedida por el primer intento de regular también legislativamente esta institución a través de la llamada "Habeas Corpus Act", de 1640, cfr. H. M. Servai, *Constitutional Law of India*, reimpresión, Bombay, 1968, p. 579.

<sup>89</sup> El texto inglés de esta famosa ley puede consultarse en el libro editado por Richard L. Perry y John C. Cooper, *Sources of our liberties*, New York, 1952, pp. 189-203, y una traducción castellana aparece como uno de los Apéndices del libro de Ignacio L. Vallarta, *El juicio de amparo y el writ of habeas corpus*, México, 1896, pp. 440-453; este propio ordenamiento es calificado por Blackstone como la segunda Magna Carta, *Commentaries on the Law*, Ed. Bernard C. Gavis, Washington, 1941, p. 73.

evitar que con este subterfugio se hiciera nugatoria la institución del *habeas corpus*, especialmente durante el gobierno autoritario de Jacobo II.<sup>90</sup>

Este instrumento tutelar pasó a las Colonias inglesas en América, como una institución de *common law*, siendo incorporado a algunos documentos constitucionales anteriores a la Constitución Federal de 1787, tales como las Cartas Fundamentales de Massachusetts de 1780<sup>91</sup> y New Hampshire de 1784,<sup>92</sup> y especialmente la primera influyó en la consagración de *habeas corpus* en la citada Constitución Federal de los Estados Unidos (artículo 1º, sección 8, inciso 3.)<sup>93</sup>

b' *Evolución en Inglaterra*. Aun cuando en un principio el *habeas corpus* se utilizó para la defensa de los particulares contra las detenciones ordenadas por las autoridades administrativas dependientes de la Corona, fue evolucionando hacia un medio de impugnación que puede utilizarse para combatir las detenciones ordenadas por las autoridades judiciales.<sup>94</sup>

Formalmente se considera como un medio colateral, ya que se dirige contra el custodio del detenido y no contra la autoridad que ordenó la privación de la libertad;<sup>95</sup> en el caso de interponerse respecto de la privación de la libertad ordenada por autoridades judiciales, procede por regla general cuando el mandamiento es dictado por el juez incompetente, pero en ocasiones también puede hacerse valer respecto de juez competente.<sup>96</sup>

Sin embargo, como ocurre frecuentemente con instituciones tutelares, se llega a abusar de las mismas, desvirtuando su eficacia, ya que la jurisprudencia británica llegó a admitir que como las decisiones que negaban la protección no adquirían la autoridad de cosa juzgada, una misma persona podía intentar sucesivamente varias impugnaciones, lo que la doctrina consideraba un error;<sup>97</sup> lo que determinó que de acuerdo con la nueva Ley de Administración Judicial de 1960 (*Administration of Justice Act*), se limitó esa posibilidad y además se otorgó a los representantes de la Corona o los guardianes del detenido, la facultad de apelar de la *Divisional Court*<sup>98</sup> directamente a la Cámara de los Lores, en determinados casos;<sup>99</sup> pero en tanto no se decide definitivamente el recurso, el

<sup>90</sup> Cfr. *Sources of our liberties*, cit., pp. 245-250, esp. p. 247.

<sup>91</sup> Cfr. *op. ult. cit.*, pp. 372.

<sup>92</sup> Cfr. *op. ult. cit.*, p. 381.

<sup>93</sup> Cfr. Carl Brent Swisher, *El desarrollo constitucional de los Estados Unidos*, trad. Hugo Charny, t. 1, Buenos Aires, 1958, pp. 30-34. Este precepto dispone que el Congreso de los Estados Unidos "no podrá suspender el privilegio del writ of *habeas corpus*, salvo en aquellos casos de rebelión o invasión en que la seguridad pública requiera".

<sup>94</sup> Cfr. Harry Street, *Freedom, the individual and the Law*, Middlesex, Inglaterra, 2a. Ed., 1967, pp. 34-35; W. J. M. Mackenzie y Harry Street, *Grundfreiheiten im Vereinigten Königreich von Grossbritannien und Nordirland* (Libertades fundamentales en el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte), en la obra ya mencionada "Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte", t. 2, Berlín, 1967, pp. 823-824.

<sup>95</sup> Cfr. Ammon Rubinstein, *Habeas corpus as a means or review*, en "The Modern Law Review", London, mayo de 1964, p. 323.

<sup>96</sup> Cfr. Ammon Rubinstein, *op. ult. cit.*, p. 331.

<sup>97</sup> Cfr. D. M. Gordon, *The unruly writ of habeas corpus*, en "The Modern Law Review", London, septiembre de 1963, pp. 520-521.

<sup>98</sup> Se entiende de la *Queen's Bench Division* sobre la complicada organización judicial inglesa: cfr. Henry J. Abraham, *The judicial process*, New York, 1962, pp. 216-227.

<sup>99</sup> Cfr. Harry Street, *Freedom, the individual and the law*, cit., p. 34.

detenido puede disfrutar de la libertad obtenida por virtud del propio *habeas corpus*.<sup>100</sup>

c' *Transformación del habeas corpus en los Estados Unidos*. En el país del Norte, el tradicional *habeas corpus* heredado de Inglaterra como un instrumento contra detenciones arbitrarias ordenadas generalmente por autoridades administrativas, ha evolucionado hasta convertirse en un medio de impugnación —un recurso en sentido estricto— contra las resoluciones definitivas pronunciadas por los tribunales penales, abarcando aquellas que han adquirido autoridad de cosa juzgada.

A este respecto la doctrina estadounidense ha advertido que el *habeas corpus* ante los tribunales federales ha venido a centralizar prácticamente la impartición de la justicia penal.<sup>101</sup>

Esto no siempre fue así, si se toma en consideración que la Ley de Organización Judicial de 1789 (artículo 20, parágrafo 14, fracción 1), era muy imprecisa en cuanto al alcance del *habeas corpus* federal, por lo que la jurisprudencia de la Suprema Corte interpretó las disposiciones legales mencionadas en el sentido de que el citado instrumento protector no procedía contra resoluciones del tribunal competente, y éste fue el criterio del ilustre John Marshall en el famoso asunto *Ex parte Watkins* (1832).<sup>102</sup>

En el año de 1873 se consideró que el *habeas corpus* federal podía utilizarse para revisar los errores sustantivos de los fallos judiciales (*Ex parte Lange*), y en 1879 (*Ex parte Siebold*) la Suprema Corte Federal expresó que era posible impugnar a través de este instrumento, las resoluciones apoyadas en una ley inconstitucional.<sup>103</sup>

Pero en el campo en el cual el *habeas corpus* federal ha realizado un progreso que puede estimarse sorprendente, es en el de la impugnación de las sentencias de los tribunales locales, al extremo que ha provocado rozamientos entre éstos y los federales, de acuerdo con la evolución que se inició en 1885.<sup>104</sup>

En los últimos veinticinco años se advierte una centralización creciente de los fallos penales a través del *habeas corpus*, señalándose el caso de *Brown versus Allen* resuelto en el año de 1953,<sup>105</sup> como uno de aquellos que abrieron francamente la puerta a las instancias contra los fallos de los tribunales locales ante los de carácter federal, los cuales han tutelado prácticamente todos los derechos fundamentales reconocidos en las Enmiendas de la Constitución Federal, espe-

<sup>100</sup> Cfr. D. M. Gordon, *The unruly writ of habeas corpus*, cit., p. 521.

<sup>101</sup> Cfr. F. Michael Cole y Jeffrey Small, *State post-convict remedies and federal habeas corpus*, en "New York University Law Review", New York, enero de 1965, pp. 154-196.

<sup>102</sup> Cfr. *The Constitution of the United States of America*, ed. oficial, Washington, 1964, pp. 577-579; Edward S. Corwin, *The Constitution and what it means today*, 12a. Ed., New York, 1964, p. 233.

<sup>103</sup> Cfr. Paul M. Bator, *Finality in criminal law and federal habeas corpus for state prisoners*, en "Harvard Law Review", Cambridge, Mass., enero de 1963, pp. 465-466; Edward S. Corwin, *op. ult. cit.*, pp. 185-186.

<sup>104</sup> Cfr. Paul M. Bator, *op. ult. cit.*, p. 466.

<sup>105</sup> Cfr. Paul M. Bator, *op. ult. cit.*, pp. 499-507; Edward S. Corwin, *op. ult. cit.*, pp. 156-272.

cialmente por conducto del concepto del debido proceso legal consagrado en la Enmienda xiv de la propia Carta Fundamental.<sup>106</sup>

De esta manera, como lo sostiene agudamente el tratadista estadounidense J. A. C. Grant, el *habeas corpus* se ha transformado en una especie de *amparo en materia penal*,<sup>107</sup> ya que puede utilizarse para impugnar las resoluciones de los tribunales locales en los casos de defectos en la admisión de las pruebas, de falta de imparcialidad en el proceso o de confesiones arrancadas por medio de la violencia; debiendo destacarse las resoluciones de la Corte Suprema Federal, que ya se han vuelto clásicas, es decir, las pronunciadas en los casos *Escobedo versus Illinois* (1964)<sup>108</sup> y *Miranda versus Arizona* (1965),<sup>109</sup> en las que estableció claramente el derecho de todo detenido, con apoyo en la Enmienda v de la Ley Suprema, para no ser obligado a declarar contra sí mismo y a contar con la asistencia de un abogado, inclusive en el periodo de la investigación preliminar ante la policía.<sup>110</sup>

d' *Algunos aspectos del habeas corpus en Latinoamérica*. Hemos indicado los elementos esenciales de la consagración y evolución del *habeas corpus* en Inglaterra y los Estados Unidos, que han servido de ejemplo a un buen número de ordenamientos para regular este instrumento protector de la libertad humana, y resulta ya un hecho conocido que esta institución fue adoptada por una gran mayoría de los países que estuvieron bajo la dominación angloamericana, y particularmente los que actualmente forman o formaron parte de la Comunidad Británica.<sup>111</sup>

También los países de Latinoamérica recibieron la influencia del *habeas corpus* angloamericano y lo introdujeron en sus Cartas Fundamentales en diversas etapas, durante el siglo anterior y los primeros años del presente; pero lo cierto es que en la actualidad lo encontramos consagrado expresa o implícitamente en

<sup>106</sup> Cfr. Walter A. Rafalko, *The indigent prisoner's new hope: the old writ of habeas corpus and the right to counsel*, en "North Dakota Law Review", Grand Forks, North Dakota, enero de 1966, pp. 183-184.

<sup>107</sup> *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes*, México, 1963, pp. 92-93; *Id. Our common law Constitution*, Boston, 1960, pp. 55-56.

<sup>108</sup> Sobre el caso Escobedo, cfr. Paul J. Mishkin, *The Supreme Court 1964 Term. Foreword: The High Court, the great writ and the due process of time and law*; y comentario, *Developments in the law, Confession*, ambos en "Harvard Law Review", Cambridge, Mass., noviembre de 1965, pp. 95-102, y marzo de 1966, pp. 999-1024, respectivamente.

<sup>109</sup> En relación con el fallo dictado en el caso Miranda, cfr. Archibald Cox, *The Supreme Court 1965 Term. Foreword: Constitutional adjudication and the promotion of human rights*, en "Harvard Law Review", Cambridge, Mass., noviembre de 1966, pp. 201-207.

<sup>110</sup> Cfr. Yale Kamisar, *A dissent from the Miranda dissents: some comments on the "new" fifth amendment and the old "voluntariness test"*, en "Michigan Law Review", Ann Arbor, Michigan, noviembre de 1966, pp. 59-104.

<sup>111</sup> Sobre la influencia del constitucionalismo inglés en la comunidad británica y particularmente respecto al control judicial de los actos de autoridad, cfr. Edward McWhinney, *Constitutional law in Great Britain and the Commonwealth countries*, en el volumen "Judicial Review", 4a. Ed., Toronto, 1969, pp. 3-30.

casi todos, por no decir en la totalidad, de los propios ordenamientos constitucionales.<sup>112</sup>

Si efectuamos un repaso rapidísimo de los textos de las Leyes Fundamentales respectivas, descubrimos el *habeas corpus* en Argentina, pues si bien el texto primitivo y ahora vigente de su Constitución nacional no lo consagra expresamente, aun cuando se introdujo en la reforma de 1949 (artículo 29), derogada por el Gobierno emanado de la revolución de 1955; sin embargo, se considera como una garantía implícita y se encuentra, además, regulado en una gran parte de las Cartas provinciales.<sup>113</sup>

Encontramos expresamente consagrado el *habeas corpus* en las Cartas Supremas en vigor de los siguientes países latinoamericanos: Bolivia (artículo 18); Brasil (artículo 153, parágrafo 20, del texto reformado en 1969); Chile (artículo 16);<sup>114</sup> Costa Rica (artículo 58); Cuba (artículo 29, del texto modificado en 1959); Ecuador (artículo 141, inciso 5º de la Constitución de 1945); El Salvador (artículo 164); Guatemala (artículo 79); Honduras (artículo 58, fracción 2ª); Nicaragua (artículo 41); Panamá (artículo 24); Perú (artículo 69); Puerto Rico (artículo 13); República Dominicana (artículo 8º, inciso g); Uruguay (artículo 17); y Venezuela (disposición transitoria quinta).<sup>115</sup>

En cuanto a México, no figura la garantía de la libertad personal con el nombre tradicional angloamericano de *habeas corpus*, en virtud de que se encuentra subsumido dentro del juicio de amparo, el cual comprende también la protección de la libertad individual contra detenciones arbitrarias y, en consecuencia, debemos considerarla comprendida dentro de los artículos 103 y 107 de la Constitución Federal, que regulan el propio juicio de amparo.<sup>116</sup>

La inclusión de la exhibición personal o *habeas corpus* dentro del amparo mexicano, la descubrimos con toda claridad en lo dispuesto por el artículo 17 de

<sup>112</sup> Cfr. los datos que consigna el tratadista estadounidense Phanor J. Eder, sobre la introducción expresa del *habeas corpus* en los textos constitucionales latinoamericanos, *Habeas corpus disembodied. The Latin-American Experience*, en el volumen "XXth. Century Essays in honor of Hessel E. Yntema", Leyden, 1961, p. 473; también en Carlos Sánchez Viamonte, *El habeas corpus, garantía de libertad*, 2a. Ed., Buenos Aires, 1956, pp. 85 y ss.

<sup>113</sup> Cfr. Segundo V. Linares Quintana, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, t. v, Buenos Aires, 1956, p. 359.

<sup>114</sup> El constitucionalista chileno Carlos Estévez Gasmuri, *Elementos de derecho constitucional*, Santiago, 1949, pp. 143-144, se refiere a la institución calificándola de "amparo" o "*habeas corpus*" y en el mismo sentido Elena Caffarena de Jiles, *El recurso de amparo frente a los regímenes de emergencia*, Santiago, 1957, esp. pp. 152 y 187.

<sup>115</sup> La Constitución vigente de la República de Haití de 1964 no es muy precisa en cuanto a la protección de la libertad personal contra detenciones arbitrarias y el artículo 17 fija reglas para la detención, que son bastante amplias, pero sin establecer claramente un medio de tutela similar a la exhibición personal, sino más bien, de acuerdo con la tradición francesa, parece seguir el principio de la responsabilidad penal y civil del funcionario que infrinja las reglas que deben seguirse para la detención de las personas, pues la parte final de dicho precepto establece: "Todas las violaciones a esta disposición son actos arbitrarios contra los cuales las partes lesionadas pueden sin autorización, apelar a los tribunales, sea a los autores, sea a los ejecutantes, cualesquiera que sean las cualidades o cuerpo al cual pertenezcan."

<sup>116</sup> Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *La protección procesal de las garantías individuales en América Latina*, cit., p. 78.

la Ley Reglamentaria del citado Juicio de Amparo, que señala reglas muy liberales para la interposición de este instrumento procesal cuando funciona como medio protector de la libertad personal; estableciendo claramente que el juez del amparo debe dictar todas las medidas necesarias para lograr la *comparecencia* del agraviado, cuando estuviese impedido para solicitar personalmente la garantía, que puede pedir cualquier otra persona en su nombre.<sup>117</sup>

Una rápida revista a los lineamientos generales del *habeas corpus* —o también exhibición personal o amparo de la libertad personal, como se le califica en algunos ordenamientos— nos lleva al convencimiento de que está estructurado en los países latinoamericanos de acuerdo con características similares a la institución angloamericana que les sirvió de modelo, ya que puede considerarse como una garantía específica para proteger el derecho constitucional de la libertad individual establecido en las Cartas Fundamentales de los propios países hermanos del Continente, y se utiliza esencialmente para impugnar las detenciones arbitrarias o ilegales, en particular respecto de las practicadas por las autoridades administrativas, que desafortunadamente y con demasiada frecuencia infringen la previsión común de todas estas Leyes Fundamentales que exigen un mandato judicial, salvo en las situaciones de emergencia, para la detención de los gobernados; el procedimiento siempre debe ser rápido y preferente a cualquier otro de carácter común; el juez debe procurar la inmediata comparecencia del detenido para examinar los motivos de la privación de la libertad; el procedimiento puede ser iniciado por cualquier persona a nombre del afectado; la resolución que ordene la libertad debe ser obedecida inmediatamente y los infractores castigados con penas muy severas.<sup>118</sup>

Por otra parte, debemos hacer mención que en varias ocasiones el *habeas corpus* se ha hipertrofiado por utilizarlo, a falta de un instrumento específico, para la tutela de todos los derechos fundamentales de la persona humana consagrados constitucionalmente, lo que refuerza nuestra convicción de la necesidad de instrumentos adecuados a la protección procesal de todos los derechos humanos, como se advierte tratándose del amparo y del mandamiento de seguridad, que subsisten al lado del propio *habeas corpus*, según lo podremos verificar en las páginas siguientes.

<sup>117</sup> El citado artículo 17 dispone: “Cuando se trate de actos que importen peligro de privación de la vida, *ataques a la libertad personal fuera de procedimiento judicial, deportación o destierro* o alguno de los actos prohibidos por el artículo 22 de la Constitución Federal (prohibición de penas infamantes y trascendentales, limitación de la pena de muerte, etc.) *y el agraviado se encuentra imposibilitado para promover el amparo*, podrá hacerlo cualquier persona en su nombre, aunque sea menor de edad o mujer casada. En este caso *el juez dictará todas las medidas necesarias para lograr la comparecencia del agraviado*, y habido que sea, ordenará que se le requiera para que dentro del término de tres días ratifique la demanda de amparo; si el interesado la ratifica, se tramitará el juicio; si no la ratifica, se tendrá por no presentada la demanda, quedando sin efecto las providencias que se hubieren dictado.” A este sector del amparo lo hemos calificado por sus similitudes con el *habeas corpus*, como “amparo-libertad”, cfr. Héctor Fix-Zamudio, *El juicio de amparo*, México, 1964, pp. 243 y ss.

<sup>118</sup> Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *La protección procesal de las garantías individuales en América Latina*, cit., p. 80.

A este respecto podemos señalar los casos de Argentina, Bolivia, Brasil y Perú, que brevemente describimos en seguida:

a" Con anterioridad a la consagración del recurso o acción de amparo en las legislaciones nacional y provinciales de la República Argentina, se realizó el intento de extender el ámbito del *habeas corpus* para la protección no sólo de la libertad individual, sino de todos los restantes derechos de la persona humana consagrados constitucionalmente, con exclusión de los relativos a la tutela de los derechos de carácter patrimonial, y en esta dirección destaca la corriente doctrinal del tratadista Carlos Sánchez Viamonte.<sup>119</sup>

Pero aun con posterioridad al establecimiento del juicio de amparo en otros ordenamientos provinciales, varias Constituciones locales argentinas han consagrado el *habeas corpus* con esta proyección tan amplia de tutela de todos los derechos fundamentales de la persona humana, excluyendo los patrimoniales, como lo demuestran los artículos 16 de la Constitución de la Provincia del Chaco, de 7 de diciembre de 1957;<sup>120</sup> y 44 de la Constitución de la Provincia de Neuquén, de 28 de noviembre de 1957;<sup>121</sup> e inclusive se llega a duplicar el *habeas corpus* y el amparo, con amplitud protectora similar, en los artículos 14 y 20, respectivamente, de la Ley Suprema de la Provincia de Formosa, de 30 de noviembre de 1957, preceptos que deben ser coordinados para no duplicarse,<sup>122</sup> pues

<sup>119</sup> *El habeas corpus. Garantía de libertad*, cit.; José Faustino D'Hers, *Visión integral del amparo en el habeas corpus de Sánchez Viamonte*, en "La Ley", Buenos Aires, 7 de abril de 1966, pp. 1-6.

<sup>120</sup> Cfr. Segundo V. Linares Quintana, *Derecho constitucional de las nuevas Provincias*, Buenos Aires, 1962, p. 97. Precepto que en su parte conducente establece: "Toda persona detenida sin orden emanada en legal forma de autoridad competente, por puez incompetente o por cualquier autoridad o individuo, o a quien arbitrariamente se le negare, privare, restringiere o amenazare en su libertad o en el ejercicio de sus derechos individuales, con excepción de los patrimoniales, podrá por sí o por tercero en su nombre, sin necesidad de mandato, valiéndose de cualquier medio de comunicación y a cualquier hora, promover acción de *habeas corpus* ante un juez letrado inmediato, sin distinción de fueros ni de instancias, y aunque formare parte de un tribunal colegiado, a fin de obtener que ordene su libertad, o que lo someta a juez competente, o que haga cesar inmediatamente la supresión, privación, restricción o amenaza de su libertad o del ejercicio de sus derechos individuales..."

<sup>121</sup> De acuerdo con esta disposición: "*La acción de habeas corpus procede en todos los casos de privación, restricción o amenaza de impedir o restringir a las personas las inviolabilidades que forman la seguridad o el ejercicio de alguno de sus derechos individuales, con exclusión de los patrimoniales.* El juez de *habeas corpus* ejerce su potestad jurisdiccional por sobre todo otro poder o autoridad pública. La acción de *habeas corpus* puede establecerse sin ninguna de las formalidades procesales. Basta que se hagan llegar ante el juez escogido los datos indispensables." Cfr. Segundo V. Linares Quintana, *op. ult. cit.*, p. 230.

<sup>122</sup> El citado artículo 14 de la Constitución de Formosa es idéntico al 16 de la Carta del Chaco, transcrito en lo conducente en la nota 120, y por su parte, el artículo 20 de la primera Ley Fundamental, dispone: "Procederá el recurso de amparo contra cualquier persona o autoridad que ilegalmente impidiere, dificultare, restringiere o pusiere en peligro inminente el ejercicio de los siguientes derechos: entrar, permanecer, transitar o salir del territorio de la Provincia, reunirse pacíficamente, opinar, profesar su culto, ejercer sus derechos políticos, de prensa, de trabajar, y de enseñar y de aprender. El procedimiento será el establecido por la ley y mientras no fuere sancionada, podrá el juez arbitrar y abreviar trámites y términos para el inmediato restablecimiento del ejercicio legítimo del

en las dos cartas locales mencionadas el *habeas corpus* se ha hipertrofiado en ausencia del juicio de amparo.

b" Tanto la doctrina como la jurisprudencia bolivianas realizaron el intento de aplicar extensivamente el *habeas corpus* regulado por el artículo 8º de las Constituciones de 1945 y 1947, respecto de todos los derechos fundamentales de la persona humana consagrados en las mismas Cartas Fundamentales;<sup>123</sup> y posteriormente, la Comisión Codificadora propuso la introducción de un capítulo especial en el Código de Procedimientos Penales (artículos 725 y siguientes), con el objeto de regular el juicio de amparo y complementar el *habeas corpus* regulado por dicho Código,<sup>124</sup> culminando esta evolución como el establecimiento del amparo y del *habeas corpus* como instituciones independientes, en los artículos 19 y 18, respectivamente, de la Carta Constitucional vigente, de 2 de febrero de 1967.<sup>125</sup>

c" Esta situación también la podemos descubrir en la llamada "doctrina brasileña del *habeas corpus*", que se apoyó en las ideas del ilustre Ruy Barbosa, el cual sostuvo, en ocasiones con éxito, que este instrumento tutelar, tal como estaba regulado por el texto primitivo del artículo 72, parágrafo 22, de la Constitución de febrero de 1881 (antes de la reforma de 1926, que tuvo por objeto restringir el propio *habeas corpus* a sus límites tradicionales) era apto para proteger otros derechos fundamentales relacionados directa o indirectamente con la propia libertad individual,<sup>126</sup> criterio que se señala como un antecedente del mandamiento de seguridad, que examinaremos más adelante.

d" Debido a que la legislación peruana no ha llegado a introducir formalmente la institución del juicio de amparo, se advierte la necesidad de un instrumento similar, y por ello se ha utilizado el *habeas corpus* como medio protector no sólo de la libertad física, es decir, en su sentido tradicional, sino también de todos los derechos humanos establecidos por la Ley Suprema, con exclusión de los de carácter político.

En efecto, tanto la doctrina como la jurisprudencia han sostenido que, con apoyo en el artículo 69 de la Carta Fundamental<sup>127</sup> y no obstante algunas dis-

derecho afectado. Este recurso no obstará al ejercicio de otras acciones legales que correspondan." Cfr. Segundo V. Linares Quintana, *op. ult. cit.*, pp. 163-164.

<sup>123</sup> Cfr. Enrique Oblitas Poblete, *Lecciones de derecho procesal penal*, vol. II, Sucre, Bolivia, 1961, pp. 232 y ss.; Manuel Durán P., *Doctrina y práctica del habeas corpus*, en "Revista de Estudios jurídicos, políticos y sociales", Sucre, Bolivia, mayo de 1950, pp. 155-194.

<sup>124</sup> Cfr. Enrique Oblitas Poblete, *Recurso de amparo*, La Paz, 1967, pp. 60-70.

<sup>125</sup> Cfr. Oblitas Poblete, *op. ult. cit.*, pp. 110-129, el cual transcribe algunas de las primeras resoluciones dictadas por los tribunales bolivianos en los juicios de amparo interpuestos con apoyo en el precepto constitucional respectivo.

<sup>126</sup> Cfr. entre otros, Arnold Wald, *El mandato de seguridad (historia y naturaleza)*, trad. de Javier Elola, en "Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México", Núm. 24, septiembre-diciembre de 1955, pp. 35-45; *Id. O Mandado de segurança na prática judiciária*, 3a. Ed., Rio de Janeiro, 1968, pp. 19-35; J. M. Othon Sidou, *Do mandado de segurança*, 3a. Ed., São Paulo, 1969, pp. 50-61; Themistocles Brandão Cavalcanti, *Do mandado de segurança*, 4a. Ed., Rio-São Paulo, 1957, pp. 50 y ss.

<sup>127</sup> Dicho precepto fundamental dispone: "Todos los derechos individuales y sociales reconocidos por la Constitución, dan lugar a la acción de *habeas corpus*."

posiciones de carácter secundario que pretenden limitarlo (especialmente del Código de Procedimientos Penales), el *habeas corpus* procede contra cualquier acto de autoridad que limite o afecte los derechos individuales y sociales de la persona humana consagrados constitucionalmente y así lo ha establecido en varias resoluciones la Corte Suprema de Justicia del Perú.<sup>128</sup>

Recientemente el gobierno militar peruano ha expedido el Decreto Ley 17083 de 24 de octubre de 1968, que contiene las normas para la tramitación de la acción de *habeas corpus*, en cuanto a la tutela de los derechos humanos diversos de la libertad personal, pues esta última se protege a través del Código de Procedimientos Penales.

b) *La revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes.* La doctrina ha señalado la paradoja de que no obstante que en Inglaterra hasta la fecha no se ha reconocido la facultad de los tribunales para conocer de las cuestiones de inconstitucionalidad de las leyes debido al principio de la supremacía del Parlamento, sin embargo, la revisión judicial que actualmente existe en numerosos países del mundo, tuvo su origen en las Colonias británicas precisamente debido al control que ejercía el Consejo Privado de la Corona sobre los fallos de los tribunales coloniales,<sup>129</sup> control que todavía subsiste respecto de varios miembros de la Comunidad Británica, aun cuando va desapareciendo paulatinamente.<sup>130</sup>

Pero además de este control sobre los tribunales coloniales, influyó en el establecimiento de la revisión judicial la doctrina del famoso magistrado inglés Lord Eduard Coke contenida en el clásico asunto del *Dr. Bonham* resuelto en el año de 1610, y que si bien no tuvo aceptación en la propia Inglaterra, debido precisamente al principio de la supremacía absoluta del Parlamento, fue acogido por los jueces coloniales americanos, señalándose por la doctrina que ya en el año de 1657, los tribunales de Boston estimaron en forma clara, que de acuerdo con la tesis sustentada en el propio caso *Bonham*, que tenía facultad para invalidar una ley local, y uno de los argumentos que se esgrimieron posteriormente para considerar la nulidad de la famosa Ley de Estampillas de 1765 fue, precisamente, su contradicción a la Carta Magna y a los derechos naturales de los ingleses, según el antecedente judicial de Lord Coke, principio que, por otra parte, fue consagrado así sea en forma imprecisa en el artículo III de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica en 1787, y desde entonces proclamado por los tribunales y la doctrina como una de las bases fundamentales de la revisión judicial.<sup>131</sup>

<sup>128</sup> Cfr. Ricardo Bustamante Cisneros, *Constitución y habeas corpus; Habeas corpus y acción popular*, ambos en "Revista del Foro", Lima, enero-agosto, y enero-junio de 1960, pp. 4-35 y 8-41, respectivamente; H. H. A. Cooper, *Apuntes críticos sobre el habeas corpus en el Perú*, en "Derecho", Anuario de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Núm. 28, Lima, 1970, pp. 4-10.

<sup>129</sup> Cfr. Mauro Cappelletti, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, cit., pp. 27-33.

<sup>130</sup> Cfr. Edward McWhinney, *The Privy Council as final appellate tribunal for the overseas empire*, en "Judicial Review", cit., pp. 49-60.

<sup>131</sup> Cfr. George P. Smith, II, *Dr. Bonham's case and the modern significance of Lord Coke's influence*, en "University of Washington Law Review", Seattle, Washington, abril de 1966, pp. 297-314.

Ya desde los debates del Congreso Constituyente de Filadelfia se señaló, de acuerdo con la tradición colonial mencionada, la facultad de los tribunales de conocer las cuestiones de constitucionalidad de las leyes,<sup>132</sup> pero se consolidó mediante la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal, particularmente a través del criterio sustentado por el ilustre presidente de la propia Corte, John Marshall en el clásico asunto *Marbury versus Madison* resuelto en el año de 1803,<sup>133</sup> y a partir de entonces se desarrolló ampliamente este principio de la facultad de los tribunales de cualquier jerarquía para conocer y decidir de manera incidental las cuestiones de inconstitucionalidad de las leyes aplicables en los casos concretos sometidos a su conocimiento.

En realidad, la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, considerada por el tratadista estadounidense J. A. C. Grant como una aportación de América a la ciencia política universal,<sup>134</sup> no constituye un instrumento procesal determinado sino exclusivamente un principio que sirve de apoyo para plantear la inconstitucionalidad de las disposiciones legales aplicables en un caso concreto y que al resolverse por los jueces ordinarios, puede llevarse inclusive ante el Tribunal Supremo a través de los medios ordinarios de impugnación, aun cuando en algunos países se hubiese elaborado un instrumento particular con este objeto, y en este sentido, podemos señalar el llamado “recurso extraordinario” regulado por las Cartas Federales de Argentina<sup>135</sup> y Brasil.<sup>136</sup>

Pero este principio de la revisión judicial ha permitido plantear numerosos aspectos de inconstitucionalidad de las leyes que afectan los derechos humanos consagrados en las Leyes Supremas de los países influenciados por el derecho angloamericano, y particularmente en aquellos vinculados con la Comunidad Británica,<sup>137</sup> excluyendo a la misma Inglaterra, Nueva Zelandia, Israel y Sudáfrica.

<sup>132</sup> Alexander Hamilton señalaba en sus artículos sobre la Constitución Federal, que el deber de los tribunales de justicia era declarar nulos todos los actos contrarios al sentido evidente de la Carta Fundamental, *El Federalista*, trad. de Gustavo R. Velasco, México, 1957, pp. 331-343.

<sup>133</sup> Una traducción castellana de esta clásica sentencia judicial, puede consultarse en “Revista Mexicana de Derecho Público”, México, enero-marzo de 1947, pp. 317-343.

<sup>134</sup> *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes*, cit., pp. 29-47.

<sup>135</sup> Este instrumento procesal está regulado por el artículo 100 de la Constitución Nacional y la Ley Núm. 48 de 14 de septiembre de 1863, con reformas posteriores; cfr. Rafael Bielsa, *La protección constitucional y el recurso extraordinario. Jurisdicción de la Corte Suprema*, 2a. Ed., Buenos Aires, 1958, esp. pp. 57 y ss.; Jorge Reinaldo Vanossi, *Aspectos del recurso extraordinario de inconstitucionalidad*, Buenos Aires, 1966; Esteban Imaz y Ricardo E. Rey, *El recurso extraordinario*, 2a. Ed., actualizada por Ricardo E. Rey y Lino Enrique Palacio, Buenos Aires, 1962.

<sup>136</sup> Este medio de impugnación está previsto por el artículo 119, fracción III, incisos a), b) y c), de la Constitución de 1967, reformada en 1969; cfr. José Frederico Marques, *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. IV, Rio de Janeiro, 1960, pp. 321-355; Alfredo de Araujo Lopes da Costa, *Direito Processual Civil Brasileiro*, 2a. Ed., Rio de Janeiro, 1959, pp. 403-421; autores que se refieren a la regulación de la Constitución de 1946, pero cuyos conceptos resultan aplicables a la Carta vigente.

<sup>137</sup> Cfr. Edward McWhinney, *Constitutional Review in the Commonwealth*, en el volumen “Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart”, cit., pp. 75-88; *Id. Constitutional Law in Great Britain and the Commonwealth countries*, cit., pp. 3-30.

Con excepción de la República sudafricana, los restantes países que no consignan la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, debido a que conservan el principio de la supremacía del Parlamento y una organización constitucional parcialmente escrita y en su mayor parte consuetudinaria, pero no por ello carecen de un sistema de protección judicial de los derechos fundamentales, muchos de ellos consignados en disposiciones legales secundarias e inclusive de carácter consuetudinario,<sup>138</sup> y esta protección a través de los instrumentos ordinarios es bastante efectiva como lo han puesto de relieve la doctrina y la jurisprudencia de Inglaterra,<sup>139</sup> Nueva Zelandia<sup>140</sup> e Israel,<sup>141</sup> aun cuando no deja de tener sus desventajas en cuanto a su complejidad y onerosidad procesales.<sup>142</sup>

La situación de la República sudafricana es muy significativa por lo que se refiere a la revisión judicial como instrumento tutelar de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, ya que mientras perteneció a la Comunidad Británica, según su Ley Suprema de 20 de septiembre de 1909, artículos 95 y siguientes, la Suprema Corte poseía la facultad de decidir de manera definitiva sobre las cuestiones relativas a la constitucionalidad de las leyes,<sup>143</sup> pero una vez que se separó de la citada Comunidad y se organizó de manera totalmente independiente, la Carta Constitucional de 31 de mayo de 1961, en su artículo 59 prohibió a los tribunales pronunciarse sobre la validez de las leyes expedidas por el Parlamento, con las únicas excepciones de que dichas leyes pretendan abrogar o modificar las disposiciones constitucionales relativas a los idiomas oficiales; o al procedimiento dificultado de reforma de la propia Ley Fundamental.

La razón de esta reforma desfavorable a la revisión judicial que ya poseía una tradición en el derecho constitucional sudafricano con antelación a 1961, se debió a la actitud de la Suprema Corte, que durante los últimos años anteriores a la separación de la Comunidad, se opuso valerosamente a la política de discriminación racial del Gobierno, conocida con el nombre de *apartheid*.<sup>144</sup>

Otro ejemplo que nos puede ilustrar sobre el valor de la revisión judicial angloamericana para la protección de los derechos humanos, nos la proporciona

<sup>138</sup> Cfr. Walter Raeburn, *El recurso efectivo y el juicio imparcial en el derecho consuetudinario (common law)*, en "Revista de la Comisión Internacional de Juristas", Ginebra, junio de 1968, pp. 23-38.

<sup>139</sup> Cfr. Harry Street, *Freedom the individual and the law*, cit., pp. 12 y ss.; W. J. M. Mackenzie y Harry Street, *Grundfreiheiten im Vereinigten Königreich von Grossbritannien und Nordirland*, cit., pp. 823-835.

<sup>140</sup> Thaddeus McCarthy y P. A. Cornford, *El sistema judicial en Nueva Zelandia*, en "Revista de la Comisión Internacional de Juristas", Ginebra, junio de 1968, pp. 84-98.

<sup>141</sup> Cfr. Eliahu Likhouski, *The Courts and the legislative supremacy of the Knesset (Parlamento)*, en "Israel Law Review", Jerusalem, julio de 1968, pp. 345-367.

<sup>142</sup> Cfr. Walter Raeburn, *El recurso efectivo y el juicio imparcial en el derecho consuetudinario*, cit., pp. 29-32.

<sup>143</sup> El texto de esta Carta de 1909 puede consultarse en la compilación de Amos J. Peasle, *Constitutions of Nations*, 2a. Ed., vol. III, La Haya, 1956, pp. 460 y ss.

<sup>144</sup> Cfr. Edward McWhinney, *Law and politics and the limits of the judicial process; Court against legislature in the Union of South Africa*, en "Judicial Review", cit., pp. 190-199; Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, cit., p. 325; D. G. Lavroff y G. Peiser, *Les Constitutions Africaines*, t. II, Paris, 1964, pp. 61-62.

el Canadá, cuya Constitución de 1867 carece de una declaración de derechos, pero en agosto de 1960, el Parlamento canadiense expidió la “Ley de Reconocimiento y Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales” (*Act of recognition and protection of human rights and fundamental freedoms*).

Aun cuando esta declaración —que fue antecedida por la expedida por la Provincia de Saskatchewan en el año de 1947— no puede considerarse como una verdadera ley constitucional, contiene una disposición que coloca a la misma, al menos en cierto sentido, en una situación de privilegio respecto de las leyes ordinarias, ya que todo ordenamiento legal debe ser expedido y aplicado de manera que no viole, afecte o infrinja las libertades establecidas en la citada declaración, a menos que el Parlamento declare expresamente que ese ordenamiento debe subsistir, no obstante que afecte algún aspecto de la repetida declaración;<sup>145</sup> pudiendo señalarse que la Suprema Corte del Canadá —que se independizó definitivamente del Consejo Privado de la Corona inglesa en el año de 1949— ha declarado la inconstitucionalidad de algunas leyes ordinarias por considerarlas contradictorias con la citada Declaración de 1960.<sup>146</sup>

Por lo que se refiere a América Latina, fue México el primer país en introducir la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes en la Constitución del Estado de Yucatán en 1841, debido a la inspiración de Manuel Crescencio Rejón, y a través del juicio de amparo,<sup>147</sup> e inclusive hasta nuestros días y pasando por el artículo 25 del Acta de Reformas de 1847, debido a Mariano Otero, el segundo padre del amparo,<sup>148</sup> los artículos 101 y 102 de la Constitución de 5 de febrero de 1857<sup>149</sup> y 103 y 107 de nuestra Ley Suprema vigente de 5 de febrero de 1917,<sup>150</sup> la impugnación de las leyes inconstitucionales se realiza en el ordenamiento mexicano a través del juicio de amparo, que debido a esta función ha recibido el nombre de “amparo contra leyes”.<sup>151</sup>

<sup>145</sup> Cfr. Andrew D. Weinberger, *Freedom and Protection. The Bill of Rights*, San Francisco, 1962, pp. 11, 161-162; el texto íntegro de esta declaración de derechos puede consultarse en el libro de Bora Laskin, *Canadian Constitutional Law*, 2a. Ed., Toronto, 1960, pp. 1043-1046; *Id. Canada's Bill of Rights: a dilemma for the Courts?*, en “The International and Comparative Law Quarterly”, London, abril de 1962, pp. 519-536.

<sup>146</sup> Puede consultarse un caso importante, el de *H. N. the Queen versus Joseph Drybones*, fallado por la Suprema Corte del Canadá el 20 de noviembre de 1969, en una situación de discriminación racial, cfr. L. G. Weeramantry, *Algunos fallos de importancia en materia del imperio del derecho y de libertad de la persona*, en “La Revista de la Comisión Internacional de Juristas”, Ginebra, marzo de 1970, pp. 49-50.

<sup>147</sup> Cfr. Phanor J. Eder, *Judicial Review in Latin America*, en “Ohio Law Journal”, otoño de 1960, pp. 570-571; Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Homenaje a don Manuel Crescencio Rejón*, México, 1960, pp. 111-112.

<sup>148</sup> Cfr. Manuel Herrera y Lasso, *Los constructores del amparo*, en “Revista Mexicana de Derecho Público”, México, 1947, pp. 369-378.

<sup>149</sup> Cfr. Ignacio Burgoa, *El juicio de amparo*, cit., pp. 144 y ss.; Ignacio L. Vallarta, *El juicio de amparo y el writ of habeas corpus*, cit., pp. 31 y ss.

<sup>150</sup> Cfr. Ignacio Burgoa, *op. ult. cit.*, pp. 120-132; Felipe Tena Ramírez, *Derecho constitucional mexicano*, 8a. Ed., México, 1967, pp. 464-492.

<sup>151</sup> Cfr. Mariano Azuela, *Aportación al estudio del amparo contra leyes*, en “Revista Jurídica Veracruzana”, Jalapa, marzo de 1957, pp. 7-43; Héctor Fix-Zamudio, *El juicio de amparo*. cit. pp. 167-194.

Todos los restantes países latinoamericanos han acogido expresamente el principio de la revisión judicial, inclusive a través de medios de impugnación particularizados, como Argentina y Brasil, según expresamos anteriormente, y sólo podemos señalar como excepciones las Leyes Fundamentales de Perú y Ecuador, que todavía consignan el criterio de que corresponde al órgano legislativo la declaración final sobre la constitucionalidad de las leyes.<sup>152</sup>

Sin embargo, aun en estos dos países, se está abriendo paso la revisión judicial, cada vez con mayor fuerza, pudiendo señalarse que debido a que la doctrina peruana había venido propugnando por la citada revisión judicial,<sup>153</sup> el artículo 8º de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 25 de julio de 1963, consagró finalmente esta institución;<sup>154</sup> y por lo que se refiere a Ecuador, los artículos 76 y 205, inciso 4º, de las Cartas Fundamentales de 1946 y 1967, respectivamente, atribuyen a la Corte Suprema de Justicia la facultad limitada, de suspender la aplicación de las disposiciones legales que estime contrarias a la propia Ley Fundamental, aun cuando corresponde al Congreso, según se ha dicho, la facultad de decidir en definitiva sobre la citada inconstitucionalidad.<sup>155</sup>

c) *Los writs de injuction y mandamus*. En el derecho inglés se establecieron una serie de remedios procesales calificados de “extraordinarios”, en el sentido de que constituyeron una protección especial que se apartaba de la ordinaria del *common law*,<sup>156</sup> y entre ellos se mencionan, tanto los de *writs de injuction y mandamus*, como los de *quo warranto, prohibition, certiorari*, etcétera, que conjuntamente con el más importante de ellos desde el punto de vista de la tutela de los derechos humanos, es decir, el de *habeas corpus*, se aplicaron en la época colonial y posteriormente en el derecho estadounidense, habiendo sido objeto de regulación legislativa tanto en el campo local como federal.

<sup>152</sup> En efecto, el artículo 123, inciso 4º de la Carta Fundamental peruana de 1933, todavía en vigor con algunas reformas, establece categóricamente: “Son atribuciones del Congreso... 4º Examinar las infracciones de la Constitución y disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores”; en cuanto al Ecuador, el artículo 189 de su Constitución de 1946, reformada en 1948, otorgó al Congreso la decisión final de las cuestiones relativas a la constitucionalidad de las leyes y de los actos de autoridad, precepto que corresponde esencialmente al artículo 257 de la Carta Fundamental promulgada en 1967.

<sup>153</sup> Cfr. M. Antonio Zárate Polo, *La protección judicial de constitucionalidad* (tercera parte), en “Revista de Jurisprudencia Peruana”, Núm. 161, Lima, junio de 1957, pp. 626 y ss.

<sup>154</sup> Dicho precepto establece: “Cuando los jueces o tribunales al conocer de cualquier clase de juicios encuentren que hay *incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirán la primera*. Si no fueren apelables las sentencias de primera instancia en que se aplique este precepto, se elevarán en consulta a la Primera Sala de la Corte Suprema. Las sentencias de segunda instancia, se elevarán en consulta a la Primera Sala de la Corte Suprema, si no se interpusiere recurso de nulidad. *Los jueces y tribunales no aplicarán los decretos y reglamentos del Poder Ejecutivo o de cualquier otra autoridad, contrarios a la Constitución o a las leyes*”. Cfr. Phanor J. Eder, *Judicial Review in Latin America*, cit., p. 606; José Pareja Díaz Soldán, *Las Constituciones del Perú*, Madrid, 1954, p. 327.

<sup>155</sup> Cfr. Ramiro de Borja y Borja, *Las Constituciones del Ecuador*, Madrid, 1951, p. CLXVI.

<sup>156</sup> Cfr. Richard B. Allen, *Mandamus, quo warranto, prohibition and ne exeat*, en “The University of Illinois Law Forum”, Urbana, Illinois, primavera de 1960, p. 102.

Aun cuando estos instrumentos procesales no pueden considerarse como remedios específicos tutelares de los derechos humanos, con frecuencia se han utilizado en los países de origen, es decir, tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos, como medios para lograr estos fines, aun cuando a través de los mismos se pueden hacer valer también derechos de carácter ordinario de muy diversa índole.<sup>157</sup>

Sin embargo, podemos destacar la influencia que los citados instrumentos angloamericanos han ejercido, especialmente los referidos de *injunction* y *mandamus* en los ordenamientos de otros países, tanto de los pertenecientes a la Comunidad Británica como los de Latinoamérica, transformándose en remedios procesales específicos para la tutela de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

a' En primer término podemos señalar que los artículos 32 y 246 de la Constitución de la República de la India, promulgada el 26 de noviembre de 1949 y que entró en vigor el 26 de enero de 1950, confieren a la Suprema Corte Federal y a los Tribunales Superiores (*High Courts*) de las entidades federativas, la facultad para conocer y resolver sobre *procedimientos específicos* para la tutela de los derechos humanos consagrados por la misma Carta Fundamental, contra todo acto o ley que los afecten, señalándose concretamente entre ellos a los *writs* de *habeas corpus*, *mandamus*, *prohibition*, *quo warranto* y *certiorari*.<sup>158</sup>

b' El artículo 25 de la Constitución de la Unión Birmana, de 1947, consigna un principio similar al de los preceptos mencionados de la Carta Fundamental de la India, en cuanto atribuye a la Corte Suprema Federal, la facultad de conocer de los procedimientos particulares para tutelar los derechos fundamentales consignados por la misma Ley Suprema, comprendiéndose entre los mismos, a los citados *writs* de *habeas corpus*, *mandamus*, *prohibition*, *quo warranto* y *certiorari*.<sup>159</sup>

c' Pero de todos estos remedios, han sido los de *injunction* y *mandamus* los que han tenido una influencia más apreciable en los ordenamientos latinoamericanos, ya que el primero, mucho más complejo de como se le considera por los que no se encuentran compenetrados del derecho angloamericano,<sup>160</sup> tiene su mayor aplicación como procedimiento para obtener una orden de abstención provisional o definitiva, y que ha sido muy útil como instrumento preventivo para impedir la realización de actos que puedan lesionar derechos fundamentales; en tanto que el *mandamus*, implica la posibilidad de obtener un mandato judicial para obligar, generalmente a una autoridad, para que cumpla con una obligación establecida claramente en la ley.<sup>161</sup>

Un sector de la doctrina mexicana ha encontrado similitud entre estos dos remedios procesales y algunos de los mencionados anteriormente, con el juicio

<sup>157</sup> Cfr. Richard B. Allen, *op. ult. cit.*, pp. 103 y ss.

<sup>158</sup> Cfr. H. M. Servai, *Constitutional law of India*, cit., pp. 577 y ss.; Allan Gledhill, *The Republic of India*, 2a. reimpresión, London, 1954, pp. 135 y ss.

<sup>159</sup> Cfr. Henry Puget, *Les Constitutions d'Asie et d'Australasie*, Paris, 1965, pp. 69 y ss.

<sup>160</sup> Cfr. Earl Jowit, *The Dictionary of English Law*, vol. 2, London, 1959, p. 972.

<sup>161</sup> Cfr. Richard B. Allen, *Mandamus, quo warranto, prohibition and ne exeat*, cit. pp. 102-105; H. M. Servai, *Constitutional law of India*, cit. pp. 588-593.

de amparo;<sup>162</sup> ya que, en efecto, podemos descubrir algunos elementos comunes, en cuanto a los efectos de los propios remedios —totalmente diferentes en su estructura— como ocurre con los efectos de la sentencia de amparo, en los términos del artículo 80 de la Ley de Amparo, que pueden traducirse en el mandato para que una autoridad se abstenga de realizar un acto violatorio o bien en la orden para que realice una obligación constitucional o legal,<sup>163</sup> y también por lo que se refiere a la suspensión del acto reclamado como medida precautoria, que en cierto sentido puede parangonarse como el procedimiento o mandato de *injunction* preventivo;<sup>164</sup> sin embargo, no existe indicio firme de que los mencionados *writs* hubiesen influido en la creación o en la evolución del propio juicio de amparo, puesto que se inspiró esencialmente en la revisión judicial en su aspecto genérico, según expresamos con anterioridad.

d' Descubrimos, por el contrario, una influencia decisiva de los mencionados *writs* de *injunction* y *mandamus* en los ordenamientos procesales de las provincias argentinas, que los han traducido como mandamientos de ejecución (*mandamus*) y prohibición (*injunction*).

En efecto, inclusive de manera expresa, el Código de Procedimiento Civil de la Provincia de Santiago del Estero, de 1944, al reglamentar el recurso de amparo establecido por el artículo 22 de la Carta Fundamental de dicha Provincia, de 2 de junio de 1939, hacía referencia a los procedimientos de *injunction* y *mandamus*, en su artículo 673, poniendo entre paréntesis los nombres castellanos de mandamientos de prohibición y de ejecución.<sup>165</sup>

Por otra parte, estos mandamientos de ejecución y prohibición asumen tres direcciones en el derecho provincial argentino, en cuanto a su regulación como instrumentos procesales para tutelar los derechos fundamentales:

a" En primer término, en algunos ordenamientos los citados instrumentos se consignan como remedios procesales independientes del recurso o acción de amparo, realizando entonces una función paralela a la de este último instrumento tutelar.

En este sentido el artículo 22 de la Constitución de la Provincia del Chaco de 7 de diciembre de 1957, consagra expresamente los mandamientos de ejecución y prohibición, otorgando los primeros en beneficio de la persona que sufre perjuicio material, moral o de cualquier naturaleza, por el incumpli-

<sup>162</sup> Cfr. Oscar Rabasa, *Diferencias entre el juicio de amparo y los recursos constitucionales norteamericanos*, en "Revista Mexicana de Derecho Público", México, 1947, pp. 385-405; Id. *El derecho Angloamericano*, México, 1944, pp. 640 y ss.; Maurice Minchen, *Comparación general de las constituciones de México y los Estados Unidos del Norte*, México, 1923, pp. 156-174; Ignacio Burgoa, *El juicio de amparo*, cit. pp. 73-79.

<sup>163</sup> Sobre los efectos de la sentencia de amparo, cfr. Ignacio Burgoa, *El juicio de amparo*, cit., pp. 553-565; Octavio A. Hernández, *Curso de Amparo. Instituciones fundamentales*, México, 1966, pp. 285-300.

<sup>164</sup> Respecto a la suspensión en el juicio de amparo, cfr. Ricardo Couto, *Tratado teórico-práctico de la suspensión en el amparo*, 2a. Ed., México, 1957, pp. 43 y ss.; Ignacio Soto Gordo y Gilberto Liévana Palma, *La suspensión del acto reclamado en el juicio de amparo*, México, 1959, pp. 37 y ss.; Ignacio Burgoa, *op. ult. cit.* pp. 677-688.

<sup>165</sup> Cfr. J. Ramiro Podetti, *Tratado de los recursos*, Buenos Aires, 1958, p. 47; Antonio Castiglione, *Recurso civil de amparo*, en "Revista de Derecho Procesal", Buenos Aires, 1946, vol. II, nn. 48-58.

miento de un deber expresamente determinado que una ley u ordenanza impusiera a un funcionario o entidad pública; en tanto que los de prohibición se establecen cuando las propias autoridades ejecuten actos prohibidos por leyes u ordenanzas.<sup>166</sup>

En forma similar se consignan tales instrumentos en los artículos 35 (mandamiento de ejecución) y 36 (de prohibición), de la Constitución de la Provincia de Chubut, de 26 de noviembre de 1957,<sup>167</sup> y en el mismo orden en los artículos 12 y 13, respectivamente, de la Ley Suprema de la Provincia de Río Negro, de 10 de diciembre del propio año de 1957;<sup>168</sup> en tanto que el artículo 32 de la Carta Fundamental de la Provincia de Formosa, que entró en vigor el 30 de noviembre de 1957, únicamente consigna el mandamiento de ejecución.<sup>169</sup>

<sup>166</sup> Cfr. Segundo V. Linares Quintana, *Derecho constitucional de las nuevas Provincias*, cit., p. 98. El citado artículo 22 dispone expresamente: “Siempre que una ley u ordenanza imponga a un funcionario o entidad pública un deber expresamente determinado toda persona que sufre perjuicio material, moral o de cualquier naturaleza por incumplimiento de ese deber, puede demandar ante juez competente la *ejecución inmediata* del o los actos que el funcionario o entidad pública rehusare cumplir. El juez, previa comprobación sumaria de los hechos enunciados y de derecho invocado, librará el *mandamiento encaminado a exigir el cumplimiento inmediato del deber omitido*. Si el funcionario o entidad pública de carácter administrativo ejecutara actos prohibidos por leyes u ordenanzas, la persona afectada podrá obtener por la vía y procedimientos establecidos en el presente apartado, un *mandamiento judicial prohibitivo* liberado al funcionario o entidad de que se trate.”

<sup>167</sup> Cfr. Segundo V. Linares Quintana, *op. ult. cit.*, p. 132, los citados preceptos establecen: “Artículo 35. Cuando una ley u ordenanza imponga a un funcionario o corporación pública un deber expresamente determinado, todo aquel en cuyo interés deba ejecutarse el acto o que sufre perjuicio material, moral o político, por falta de cumplimiento del deber, puede demandar ante el juez competente su *ejecución inmediata* y el juez, previa comprobación sumaria, de la obligación legal y del derecho del reclamante, dirigirá al funcionario o corporación un *mandamiento de ejecución*.” “Artículo 36. Si un funcionario o corporación pública ejecutase actos expresamente prohibidos por las leyes u ordenanzas, el perjudicado podrá requerir del juez competente, por procedimiento sumario, un *mandamiento prohibitivo* dirigido al funcionario o corporación.”

<sup>168</sup> Cfr. Linares Quintana, *op. ult. cit.*, p. 269. *Las mencionadas disposiciones establecen*: “Artículo 12. Para el caso de que esta *Constitución*, una ley, decreto, ordenanza, o resolución imponga a un funcionario o ente público administrativo un deber concreto, toda persona cuyo derecho resultare afectado por su incumplimiento, podrá demandar ante la justicia competente la *ejecución inmediata* de los actos que el funcionario o ente público administrativo hubiere rehusado cumplir. El juez, previa comprobación sumaria de los hechos denunciados, librará un *mandamiento y exigirá el cumplimiento inmediato del deber omitido*.” “Artículo 13. Si un funcionario o ente público administrativo ejecutare *actos prohibidos por esta Constitución*, una ley, decreto, ordenanza o resolución, la persona afectada podrá obtener por la vía y procedimiento establecidos en el artículo anterior un *mandamiento judicial prohibitivo* que se librará al funcionario o ente público del caso.”

<sup>169</sup> Cfr. Linares Quintana, *op. ult. cit.*, p. 165. El referido precepto dispone: “Siempre que una ley u ordenanza imponga a un funcionario público o corporación pública de carácter administrativo un deber expresamente determinado, toda persona o entidad en cuyo interés deba ejecutarse el acto que sufre perjuicio material, moral o político, por falta de cumplimiento del deber, puede demandar ante los tribunales su *ejecución inmediata*, y el tribunal, previa comprobación sumaria de la obligación legal y del derecho del reclamante, dirigirá al funcionario o corporación un *mandamiento de ejecución*.”

b" Dentro de una segunda corriente, varias Cartas Constitucionales locales argentinas, identifican los mandamientos de ejecución y prohibición con los efectos de la sentencia protectora dictada en un recurso o acción —en realidad, proceso— de amparo.

En esta dirección podemos señalar los artículos 14 de la Ley de Amparo de Santa Cruz, de 17 de julio de 1958; <sup>170</sup> 8º de la Ley de Amparo de Mendoza, de 7 de octubre de 1954; <sup>171</sup> 11, de las Leyes de Amparo de Misiones y de San Luis, de 14 de noviembre de 1961 y 30 de julio de 1958, respectivamente.<sup>172</sup>

c" Finalmente, puede advertirse que en los artículos 1º y 2º de la Ley de Amparo, número 282, de la Provincia de Entre Ríos, de 27 de noviembre de 1946, reformada por el Decreto 1640 de 1963, se identifica la petición de los mandamientos de ejecución y prohibición, con el recurso o acción de amparo.<sup>173</sup>

### 5. *El sistema propio de Latinoamérica: el juicio de amparo, el mandamiento de seguridad y la acción popular de inconstitucionalidad.*

Aun cuando los países latinoamericanos siguieron en términos generales el principio estadounidense de la revisión judicial en la constitucionalidad de las leyes, le han otorgado perfiles propios a través de estas instituciones específicas para la tutela de los derechos fundamentales de la persona humana consagrados constitucionalmente.

a) *Acción, recurso o juicio de amparo.* Estos tres calificativos se han utilizado y se emplean actualmente para designar esta institución, que como hemos

<sup>170</sup> Según el referido precepto: "Si la resolución concediera el amparo se libraré el respectivo *mandamiento de ejecución o prohibición*, que deberá contener: a) Expresión concreta de la persona, entidad o autoridad contra quien se dirige; b) Determinación precisa de lo que deba hacerse o no hacerse; c) Plazo fijado para el cumplimiento, y d) *Apercibimiento de la ley.*"

<sup>171</sup> En la parte conducente de esta disposición, se establece: "Si la resolución concediera el amparo, de inmediato se libraré el respectivo *mandamiento de ejecución o prohibición*, con expresión concreta de la persona, entidad o autoridad contra quien se dirige y con determinación precisa de lo que debe o no hacerse y del plazo fijado para el cumplimiento de la resolución, que en ningún caso podrá exceder de 24 horas..."

<sup>172</sup> Estos dos preceptos que son idénticos inclusive en su numeración, disponen en su parte relativa: "Si la resolución concediera el amparo, en el mismo auto que lo decida se mandará librar el respectivo *mandamiento de ejecución o prohibición*. El mandamiento contendrá la expresión concreta de la autoridad contra quien se dirige; la determinación precisa de lo que debe o no hacerse, y el plazo fijado para el cumplimiento de la resolución que en ningún caso, podrá exceder de 24 horas..."

<sup>173</sup> De acuerdo con estas disposiciones: "Artículo 1º Siempre que una ley u ordenanza imponga a un funcionario o corporación pública de carácter administrativo un deber expresamente determinado, todo aquél en cuyo interés debe ejecutarse el acto o que sufre perjuicio material, moral o político por la falta de cumplimiento del deber, *puede demandar su ejecución inmediata.*" "Artículo 2º Si un funcionario o corporación pública de carácter administrativo ejecutare actos que le fueran expresamente prohibidos por las leyes u ordenanzas, el perjudicado podrá requerir un *mandamiento prohibitivo* contra el funcionario o corporación." Cfr. Eugenio Orlando, *La acción de amparo en la Constitución de Entre Ríos*, en "Jurisprudencia Argentina", Buenos Aires, 12 de septiembre de 1966, pp. 1-4.

mencionado tiene una tradición en el derecho hispánico, por lo que el nombre de amparo se ha considerado por el constitucionalista mexicano Felipe Tena Ramírez, como “castizo, evocador y legendario”.<sup>174</sup>

Resulta ya un hecho notorio que México fue el primer país de Latinoamérica que consagró el juicio de amparo, que en su prístina significación, de acuerdo con la intención de sus creadores, Manuel Crescencio Rejón, Mariano Otero y los Constituyentes de 1856-1857, tenía como finalidades esenciales la protección de las “garantías individuales” y la tutela del régimen federal, pero siempre a través de la afectación de un derecho particular.<sup>175</sup>

Constituye también un hecho indiscutible que el amparo mexicano ha influido directa o indirectamente en el establecimiento de remedios procesales del mismo nombre en diversos ordenamientos de Latinoamérica, tanto por el prestigio internacional que ha llegado a adquirir el instrumento protector mexicano, como por la circunstancia favorable ya destacada, de que la denominación posee una honda raigambre en el propio derecho de Latinoamérica.<sup>176</sup>

El primer país que introdujo el amparo con posterioridad a México, fue la República de El Salvador, en su Constitución de 13 de agosto de 1886, y le siguieron Honduras y Nicaragua, en su Carta Fundamental y Ley de Amparo, respectivamente, ambas de 1894; Guatemala en la reforma constitucional de 11 de marzo y Argentina en la Constitución de la Provincia de Santa Fe de 13 de agosto, las dos de 1921; Panamá, en su Constitución de 2 de enero de 1941; Costa Rica en su Carta Suprema de 7 de noviembre de 1949; Venezuela en su Ley Fundamental de 1961; y Bolivia, Ecuador y Paraguay en sus Constituciones promulgadas en 1967.

También se estatuyó el amparo en las dos Constituciones Federales de Centroamérica, es decir, en la Constitución Política de los Estados Unidos de Centroamérica (Honduras, Nicaragua y El Salvador) promulgada en 1898, y en la Carta de la República Centroamericana (Guatemala, El Salvador y Honduras), de 9 de septiembre de 1921.<sup>177</sup>

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

a' El amparo se extiende exclusivamente como un instrumento equivalente al *habeas corpus*, ya que únicamente puede utilizarse para tutelar la libertad de las personas físicas contra prisiones indebidas o irregularidades en el procedimiento criminal, y éste es el sentido que posee en la República de Chile, según lo expresamos anteriormente (*ver nota 114*) y no es necesario repetir en esta oportunidad, y lo mismo sucede en algunos Códigos procesales penales argentinos, que hablan indistintamente de *habeas corpus* y de amparo de la libertad

<sup>174</sup> *Derecho constitucional mexicano*, cit., p. 458, nota 412.

<sup>175</sup> Cfr. Ignacio Burgoa, *El juicio de amparo*, cit., pp. 105 y ss.; Ignacio L. Vallarta, *El juicio de amparo y el writ of habeas corpus*, cit. pp. 31 y ss.

<sup>176</sup> Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Diversos significados jurídicos del amparo en el derecho iberoamericano*, en “Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México”, Núm. 52, enero-abril de 1965, pp. 119-152; reproducido en “Rivista di Diritto Agrario”, Milano, julio-septiembre de 1967, pp. 502-543.

<sup>177</sup> Cfr. Phanor J. Eder, *Judicial Review in Latin America*, cit., pp. 571-572.

personal,<sup>178</sup> y algo similar ocurre con la disposición transitoria quinta de la Constitución venezolana de 1961 (*ver nota 115*).

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

El amparo en la República Argentina ha sido objeto de una expansión que pudiéramos calificar de explosiva, después de su introducción en el artículo 17 de la Constitución de la Provincia de Santa Fe, de 1921,<sup>179</sup> reglamentado por la Ley número 2994 de primero de octubre de 1935;<sup>180</sup> después se consagró en la Carta Fundamental de Santiago del Estero de 2 de junio de 1939, artículo 22, y en los artículos 673 a 685 del Código de Procedimiento Civil de la misma Provincia, expedido en 1944 (*ver nota 165*), y posteriormente en el artículo 33 de la Constitución de la Provincia de Mendoza, de 31 de mayo de 1949.<sup>181</sup>

En efecto, en el ámbito provincial y particularmente con posterioridad a la revolución de 1955, el "recurso" o "acción" de amparo se ha consagrado en una gran parte de las Leyes Fundamentales de las provincias argentinas, pudiendo citarse las siguientes Cartas Políticas que regulan la institución de manera expresa:

a" Artículo 145, fracción 13 de la Constitución de la Provincia de Corrientes, de 17 de agosto de 1960.<sup>182</sup>

b" Artículo 34 de la Constitución de la Provincia del Chubut, de 26 de noviembre de 1957.<sup>183</sup>

<sup>178</sup> Cfr. Alejandro Silva Bascuñán, *Tratado de derecho constitucional*, cit. t. II, Santiago, 1963, pp. 324-332, el cual sostiene que el recurso de protección o amparo que regula el citado artículo 16 constitucional se ajusta a las características tradicionales de la ley de *Habeas Corpus* de 1679.

<sup>179</sup> Cfr. César E. Romero, *Acción de amparo de los derechos y garantías constitucionales*, en "Revista Jurídica de Buenos Aires", abril-junio de 1958, pp. 79-96.

<sup>180</sup> Cfr. Salvador Dana Montaña. *La reglamentación del amparo jurisdiccional de los derechos y garantías*, en "La Ley", Buenos Aires, 8 de diciembre de 1966, p. 3.

<sup>181</sup> Cfr. Carlos R. Melo, *Las Constituciones de la Provincia de Mendoza*, en "Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", Córdoba, Argentina, enero-septiembre de 1963, p. 143.

<sup>182</sup> Cfr. Juan R. Aguirre Lanari, *Algunos aspectos de las reformas introducidas en la Constitución de Corrientes*, en "Revista Argentina de Ciencias Políticas", Buenos Aires, julio-diciembre de 1960, p. 279. Dicho precepto dispone: "Las atribuciones del Supremo Tribunal de Justicia, son las siguientes: . . . 13) Interviene en última instancia en las acciones de amparo que se promuevan ante los tribunales de cualquier fuero, grado o jurisdicción de la Provincia."

<sup>183</sup> Cfr. Segundo V. Linares Quintana, *Derecho constitucional de las nuevas Provincias*, cit., p. 132. Esta disposición establece: "Procederá el recurso de amparo, contra cualquier persona o autoridad que ilegalmente pusiere en peligro inminente, restringiere o limitare el ejercicio de los derechos civiles o políticos reconocidos por esta Constitución, a fin de que el juez arbitre los medios para el inmediato restablecimiento del ejercicio

c" Artículo 20 de la Constitución de la Provincia de Formosa, en vigor a partir del 30 de noviembre de 1957.<sup>184</sup>

d" Artículos 16, 17 y 18 de la Constitución de la Provincia Misiones, de 21 de abril de 1958.<sup>185</sup>

e" Artículo 16 de la Constitución de la Provincia de la Pampa, de 6 de octubre de 1960.<sup>186</sup>

f" Artículo 11 de la Constitución de la Provincia de Río Negro, de 10 de diciembre de 1957.<sup>187</sup>

g" Artículo 15 de la Constitución de la Provincia de Santa Cruz, de 6 de noviembre de 1957.<sup>188</sup>

h" Artículo 17 de la Constitución de la Provincia de Santa Fe, de 14 de abril, de 1962.<sup>189</sup>

del derecho afectado. Este recurso no impedirá el ejercicio de otras acciones legales que correspondieren."

<sup>184</sup> Cfr. César E. Romero, *Acción de amparo de los derechos y garantías constitucionales*, cit., p. 90. Según este precepto: "Procederá el recurso de amparo contra cualquier persona o autoridad que ilegalmente impidiere, dificultare, restringiere o pusiere en peligro inminente el ejercicio de los siguientes derechos: entrar, permanecer, transitar o salir del territorio de la Provincia, reunirse pacíficamente, opinar, profesar su culto, ejercer sus derechos políticos, de prensa, de trabajar, y de enseñar y de aprender. El procedimiento será el establecido por la ley y mientras no fuere sancionada, podrá el juez arbitrar y abreviar trámites y términos para el inmediato restablecimiento del ejercicio legítimo del derecho afectado. Este recurso no obstará al ejercicio de otras acciones legales que correspondieren."

<sup>185</sup> Cfr. Linares Quintana, *Derecho constitucional de las nuevas Provincias*, cit., p. 201; Romero, *Acción de amparo de los derechos y garantías constitucionales*, cit., p. 91. El primero de los mencionados preceptos dispone: "Frente a cualquier decisión o acto arbitrario de la autoridad, en relación tanto a la persona como a los derechos de los habitantes de la Provincia, y ya se trate de una lesión jurídica consumada, como de una amenaza inminente, proceden los recursos de *habeas corpus* o de amparo a los fines de que cese el efecto de lo ya consumado o no se lleve a cabo lo amenazado."

<sup>186</sup> Cfr. Linares Quintana, *op. ult. cit.*, p. 184. En los términos de la citada disposición: "Los jueces prestarán amparo a todo derecho reconocido por las Constituciones de la Nación o de la Provincia, y si no hubiere reglamentación o procedimiento legal arbitrarán a ese efecto trámites breves."

<sup>187</sup> Cfr. Linares Quintana, *op. ult. cit.*, pp. 268-269. En su parte conducente, dicho artículo preceptúa: "*Todas las libertades humanas reconocidas expresa o implícitamente por esta Constitución*, están protegidas por la acción de amparo que puede promover el restringido por sí o por terceros en su nombre, sin necesidad de mandato, valiéndose de cualquier medio de comunicación y a cualquier hora, ante el juez letrado inmediato, sin distinción de fueros o instancias y aunque forme parte de un tribunal colegiado, a fin de que se ordene su inmediata libertad, se lo someta al juez competente, se le acuerde la garantía violada o el ejercicio de sus derechos individuales o colectivos..."

<sup>188</sup> Cfr. Linares Quintana, *op. ult. cit.*, p. 292. Esta disposición es idéntica inclusive en su numeración a la de la Constitución de la Provincia de la Pampa, que se transcribió en la nota 186.

<sup>189</sup> Cfr. Salvador Dana Montaña, *La reglamentación del amparo jurisdiccional de los derechos y garantías*, cit., p. 1. Según el precepto mencionado: "*Un recurso jurisdiccional de amparo*, de trámite sumario, puede deducirse contra cualquier decisión, acto u omisión de una autoridad administrativa provincial, municipal o comunal o de entidades o personas privadas en ejercicio de funciones públicas, que amenazare, restringiere o impidiere, de manera manifiestamente ilegítima, el ejercicio de un derecho de libertad directamente reconocido a las personas en la Constitución Nacional o de la Provincia, siempre

Además, se han expedido Leyes reglamentarias sobre "recurso" o "acción" de amparo en varias de las citadas provincias argentinas, debiendo recordarse que el primer ordenamiento reglamentario lo fue la Ley número 2994 de la Provincia de Santa Fe (*ver nota 180*), la cual fue seguida por la Ley sobre el recurso de amparo número 2582 de la Provincia de Entre Ríos, que fue publicada el 27 de noviembre de 1946, pero este ordenamiento ha sido objeto de adiciones y reformas por el Decreto 1640 de 1963, cuyo texto se encuentra actualmente en vigor.<sup>190</sup>

Debemos mencionar también las Leyes número 2355 de la Provincia de Mendoza, promulgada el 7 de octubre de 1954; número 11 de la Provincia de Santa Cruz, de 17 de julio de 1958; número 2596 de la Provincia de San Luis, de 30 de julio de 1958; número 146 de la Provincia de Misiones, de 14 de noviembre de 1961; número 2690 de la Provincia de la Rioja, de 7 de septiembre de 1960, pero no publicada sino hasta el 12 de octubre de 1962; y número 7166 de la Provincia de Buenos Aires, promulgada el 10 de diciembre de 1965, reformada por la Ley 7261 de 30 de diciembre de 1966,<sup>191</sup> y número 4915 de la Provincia de Córdoba, de 9 de enero de 1967.

Por otra parte, en el ámbito nacional el amparo surgió primero en el terreno jurisprudencial, ya que se inició con dos casos famosos resueltos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, es decir el de "Ángel Siri", de 27 de diciembre de 1957,<sup>192</sup> y "Samuel Kot", fallado el 5 de septiembre de 1958,<sup>193</sup> y posteriormente se fue configurando a través de una copiosa jurisprudencia, en especial de la misma Corte Suprema, pero también de otros tribunales locales y nacionales,<sup>194</sup> que fue acompañada de una amplísima elaboración doctrinal.<sup>195</sup>

que no pudieren utilizarse los remedios ordinarios sin daño grave o irreparable y no existieren recursos específicos de análoga naturaleza acordados por leyes o reglamentos."

<sup>190</sup> Cfr. Eugenio Orlando, *La acción de amparo en la Constitución de Entre Ríos*, cit., pp. 1-4, quien consigna, además, el texto refundido de la misma Ley de Amparo.

<sup>191</sup> Sobre la citada Ley de Amparo de la Provincia de Buenos Aires, cfr. Augusto Mario Morello, *Régimen procesal del amparo en la Provincia de Buenos Aires*, La Plata, 1966, pp. 79 y ss.; José Luis Lazzarini, *El juicio de amparo*, Buenos Aires, 1967, pp. 405 y ss.

<sup>192</sup> Cfr. Segundo V. Linares Quintana, *Modificación de la Jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el amparo de la libertad*, en "La Ley", Buenos Aires, 7 de marzo de 1958, pp. 1-2; Roberto Repetto, *El recurso de amparo en la nueva interpretación de la Corte Suprema de la Nación*, en "Jurisprudencia Argentina", Buenos Aires, 18 y 19 de junio de 1958.

<sup>193</sup> Cfr. Genaro Carrió, *Recurso de amparo y técnica judicial*, Buenos Aires, 1960, esp. pp. 147-183; Abel Houssay, *Amparo judicial. El caso Kot y su influencia en la jurisprudencia*, Buenos Aires, 1961, pp. 51 y ss.; Carlos A. Tagle, *El amparo judicial de los derechos fundamentales*, en "Jurisprudencia Argentina", Buenos Aires, 4 de noviembre de 1958, pp. 1-5.

<sup>194</sup> Cfr. Eduardo Vocos Conesa, *La demanda de amparo en la jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional. Desde Siri y Kot hasta el 25 de octubre de 1969*, en "Jurisprudencia Argentina", Buenos Aires, 12 y 15 de diciembre de 1969, pp. 1-31, 19-29, respectivamente; Editores, *Acción de amparo: condiciones de admisibilidad (Actualización jurisprudencial, 1964-1969)*, en "La Ley", Buenos Aires, 16 y 17 de septiembre de 1969, pp. 1-11, 3-10, respectivamente.

<sup>195</sup> La doctrina sobre la acción de amparo en el ámbito nacional ha sido exhuberante, por lo que citaremos los trabajos más amplios y recientes: Genaro R. Carrió, *Recurso*

Además, en la Convención Constituyente reunida en la ciudad de Santa Fe en los meses agosto a noviembre de 1957, se pretendió introducir un precepto específico en la Constitución nacional que consagrara expresamente el juicio de amparo, pero no obstante que inclusive se redactó un proyecto de esta disposición por la Comisión Redactora, dicho proyecto no fue aprobado, quedando el mismo amparo como una institución de carácter implícito.<sup>196</sup>

Se elaboraron numerosos proyectos con el objeto de expedir una ley de amparo de carácter nacional, entre los cuales destaca el formulado por el Tercer Congreso de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, celebrada en el año de 1961,<sup>197</sup> pero el que consideramos más importante es el redactado por el Ejecutivo Nacional y remitido al Congreso Federal en el mes de julio de 1964,<sup>198</sup> en el cual se condensaron las bases de esta institución argentina, tal como se le consideraba en esa época por la jurisprudencia.<sup>199</sup>

Finalmente, se expidió la Ley nacional sobre “acción de amparo”, número 16,986, de 18 de octubre de 1966, que recoge varios aspectos de la institución elaborados por la jurisprudencia y algunos otros de la citada Ley 7,166 de la provincia de Buenos Aires, la cual, a su vez, se inspiraba en el proyecto nacional

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

<sup>196</sup> Con el material recogido de numerosos proyectos que sobre el particular se presentaron en el seno de la citada Convención, la Comisión Redactora elaboró un proyecto de disposición constitucional que finalmente no fue aprobada, pero que resulta interesante reproducir en lo conducente: Incorporáse como artículo nuevo a continuación del artículo 18 (de la Constitución Nacional), el siguiente texto: “Toda persona podrá obtener el amparo de sus derechos individuales consagrados en la Constitución promoviendo por sí o por conducto de un tercero, ante cualquier juez, aunque lo sea de un tribunal colegiado, acción de amparo. Los jueces tienen obligación ineludible de prestar inmediatamente ese amparo en sus respectivas jurisdicciones contra toda privación, restricción o amenaza de la libertad contraria a esta Constitución, ya provenga de actos o de omisión de autoridad o de particulares. Esta garantía se hará efectiva con procedimientos sumarisimos...” Cfr. *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente*, t. II, Buenos Aires, 1958, pp. 840, 851, 862, 891, 947, 951, 969, 1010-1020; César Enrique Romero, *Acción de amparo de los derechos y garantías constitucionales*, cit., pp. 85-86.

<sup>197</sup> Cfr. J. Germán Bidart Campos, *Derecho de Amparo*, cit., pp. 275 y ss.

<sup>198</sup> Publicado en el diario *La Nación*, Buenos Aires, 21 de junio de 1964.

<sup>199</sup> El artículo 1º del citado proyecto establecía lo siguiente: “La acción de amparo procederá contra toda conducta, autoridad, funcionario o empleado público, o actos de particulares, aun cuando se fundamente en Ley, que en forma actual o inminente lesionen, restrinjan, alteren o amenacen con ilegalidad o arbitrariedad los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional, siempre que no existan otros recursos judiciales o administrativos, que permitan obtener el mismo resultado, o que, existiendo, no fueran manifiestamente idóneos para la protección inmediata del derecho o garantía constitucional.” Cfr. José Luis Lazzarini, *La acción de amparo y el proyecto del Poder Ejecutivo Nacional*, en “La Ley”, Buenos Aires, 20 de octubre de 1964, pp. 1-4.

Además, en la Convención Constituyente reunida en la ciudad de Santa Fe en los meses agosto a noviembre de 1957, se pretendió introducir un precepto específico en la Constitución nacional que consagrara expresamente el juicio de amparo, pero no obstante que inclusive se redactó un proyecto de esta disposición por la Comisión Redactora, dicho proyecto no fue aprobado, quedando el mismo amparo como una institución de carácter implícito.<sup>196</sup>

Se elaboraron numerosos proyectos con el objeto de expedir una ley de amparo de carácter nacional, entre los cuales destaca el formulado por el Tercer Congreso de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, celebrada en el año de 1961,<sup>197</sup> pero el que consideramos más importante es el redactado por el Ejecutivo Nacional y remitido al Congreso Federal en el mes de julio de 1964,<sup>198</sup> en el cual se condensaron las bases de esta institución argentina, tal como se le consideraba en esa época por la jurisprudencia.<sup>199</sup>

Finalmente, se expidió la Ley nacional sobre “acción de amparo”, número 16,986, de 18 de octubre de 1966, que recoge varios aspectos de la institución elaborados por la jurisprudencia y algunos otros de la citada Ley 7,166 de la provincia de Buenos Aires, la cual, a su vez, se inspiraba en el proyecto nacional

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

<sup>196</sup> Con el material recogido de numerosos proyectos que sobre el particular se presentaron en el seno de la citada Convención, la Comisión Redactora elaboró un proyecto de disposición constitucional que finalmente no fue aprobada, pero que resulta interesante reproducir en lo conducente: Incorporáse como artículo nuevo a continuación del artículo 18 (de la Constitución Nacional), el siguiente texto: “Toda persona podrá obtener el amparo de sus derechos individuales consagrados en la Constitución promoviendo por sí o por conducto de un tercero, ante cualquier juez, aunque lo sea de un tribunal colegiado, acción de amparo. Los jueces tienen obligación ineludible de prestar inmediatamente ese amparo en sus respectivas jurisdicciones contra toda privación, restricción o amenaza de la libertad contraria a esta Constitución, ya provenga de actos o de omisión de autoridad o de particulares. Esta garantía se hará efectiva con procedimientos sumarísimos...” Cfr. *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente*, t. II, Buenos Aires, 1958, pp. 840, 851, 862, 891, 947, 951, 969, 1010-1020; César Enrique Romero, *Acción de amparo de los derechos y garantías constitucionales*, cit., pp. 85-86.

<sup>197</sup> Cfr. J. Germán Bidart Campos, *Derecho de Amparo*, cit., pp. 275 y ss.

<sup>198</sup> Publicado en el diario *La Nación*, Buenos Aires, 21 de junio de 1964.

<sup>199</sup> El artículo 1º del citado proyecto establecía lo siguiente: “La acción de amparo procederá contra toda conducta, autoridad, funcionario o empleado público, o actos de particulares, aun cuando se fundamente en Ley, que en forma actual o inminente lesionen, restrinjan, alteren o amenacen con ilegalidad o arbitrariedad los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional, siempre que no existan otros recursos judiciales o administrativos, que permitan obtener el mismo resultado, o que, existiendo, no fueran manifiestamente idóneos para la protección inmediata del derecho o garantía constitucional.” Cfr. José Luis Lazzarini, *La acción de amparo y el proyecto del Poder Ejecutivo Nacional*, en “La Ley”, Buenos Aires, 20 de octubre de 1964, pp. 1-4.

de 1964, pero con algunos aspectos restrictivos que han sido objeto de una crítica severa por parte de la doctrina.<sup>200</sup>

La Constitución venezolana de enero de 1961 estatuyó el amparo en su artículo 49, en el cual se establece: “Los tribunales *ampararán* a todo habitante de la República en el goce y ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución establece, de conformidad con la Ley. El procedimiento será breve y sumario, y el juez competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida.”

Tal como está redactado dicho precepto, relacionado con el primer párrafo de la disposición transitoria quinta de la propia Ley Fundamental,<sup>201</sup> parece abarcar también la tutela de la libertad corporal, pero tanto la doctrina venezolana,<sup>202</sup> como en la Exposición de Motivos del proyecto de Ley de *Habeas Corpus* redactado por el Ministerio de Justicia en el año de 1965, han estimado que el amparo previsto por el transcrito artículo 49 constitucional se contrae a la protección procesal de todos los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, con excepción de la libertad personal regulada provisionalmente por la citada disposición transitoria quinta, de la propia Ley Fundamental.

La Constitución de la República de Guatemala de septiembre de 1965, en su artículo 84 se aparta de todas normas constitucionales precedentes, a partir de la introducción del amparo en la reforma de 1921, puesto que separa definitivamente el amparo y el *habeas corpus*, al disponer en su parte conducente: “El *habeas corpus* y el *amparo* se entablarán mediante recursos específicos...” mientras que anteriormente el primero formaba parte del segundo, de manera que el amparo tutelaba también la libertad corporal de acuerdo con la anterior Ley de Amparo de 18 de mayo de 1928.<sup>203</sup>

<sup>200</sup> Cfr. Alberto F. Robredo, *La acción de amparo y la reciente Ley 16,986*, en “La Ley”, Buenos Aires, 3 de noviembre de 1966, p. 3; Bartolomé A. Fiorini, *Acción de amparo. Graves limitaciones e inconsecuencias que la desnaturalizan*, en “La Ley”, Buenos Aires, 24 de noviembre de 1966, pp. 1-3; Germán J. Bidart Campos, *La nueva Ley de Amparo*, en “Jurisprudencia Argentina”, Buenos Aires, 29 de noviembre de 1966, pp. 3-4; Salvador Dana Montaña, *La reglamentación legal del amparo jurisdiccional de los derechos y garantías*, cit., pp. 1-7.

<sup>201</sup> La parte conducente de esta última disposición preceptúa: “El amparo de la libertad, hasta en tanto se dicte la Ley especial que lo regule conforme a lo previsto por el artículo 49 de la Constitución, procederá de acuerdo con las normas siguientes...” Cfr. José Gabriel Sarmiento Núñez, José Gabriel y Carlos José, Sarmiento Sosa, *El amparo de la libertad y los actos judiciales*, en “Estrados. Revista Nacional de Jurisprudencia”, Caracas, julio-septiembre de 1968, pp. 991-1022.

<sup>202</sup> Cfr. José A. de Miguel, *Amparo y habeas corpus en la Constitución de 1961*, en “Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal”, Núm. 130, Caracas, julio-diciembre de 1965, pp. 46-47; en contra Morris Sierraalta, *De los recursos de amparo y habeas corpus en el derecho constitucional venezolano*, Caracas, 1961, pp. 28 y ss.

<sup>203</sup> Para la regulación del amparo y el *habeas corpus* en los ordenamientos constitucionales anteriores al vigente, cfr. Ramiro Auyón Barneod, *El procedimiento de amparo*, Guatemala, 1955 (tesis), pp. 88 y ss.; César Humberto de León Rodas, *El habeas corpus, garantía de libertad en la legislación de Guatemala*, Guatemala, 1960 (tesis), pp. 93 y ss.

En la actualidad, los artículos 80, fracción 1, de la citada Constitución vigente de 1965,<sup>204</sup> y 1º, fracción 1, de la vigente Ley de Amparo, *Habeas Corpus* y de Constitucionalidad, de 20 de abril de 1966, establecen que el objeto fundamental del amparo consiste en mantener o restituir el goce de los derechos y garantías que establece la misma Ley Fundamental.<sup>205</sup>

El artículo 89, fracción 1, de la vigente Carta Fundamental de la República de El Salvador, de 8 de enero de 1962 y reglamentada por los artículos 12 y siguientes de la Ley de Procedimientos Constitucionales en vigor, de 14 de enero de 1960, regula el “*proceso de amparo*” de manera independiente del *habeas corpus*, limitado a la tutela de la libertad personal.

El artículo 12 de la propia Ley Reglamentaria establece el alcance del amparo salvadoreño, en cuanto su parte relativa determina que: “Toda persona puede pedir *amparo* ante la Corte Suprema de Justicia por violación de los derechos que le otorga la Constitución Política. La acción de amparo procede contra toda clase de acciones u omisiones de cualquier autoridad, funcionario del Estado o de sus organismos descentralizados que viole aquellos derechos u obstruya su ejercicio...”<sup>206</sup>

El artículo 51 de la Constitución de la República de Panamá, de marzo de 1946, regula el “*procedimiento sumario de amparo de las garantías constitucionales*”, de manera independiente del *habeas corpus*, que el diverso artículo 24 limita a la tutela de la libertad personal, circunscribiendo el alcance del propio amparo al proteger a toda persona “contra la cual se expida o se ejecute por cualquier funcionario público una orden de hacer o de no hacer que viole los derechos y garantías que esta Constitución consagra...”<sup>207</sup>

Este precepto ha sido reglamentado por la Ley número 46 sobre Recursos Constitucionales y de Garantía, de 24 de noviembre de 1965, que regula el *habeas corpus* de manera independiente del amparo.

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

<sup>204</sup> El citado precepto constitucional, dispone en su parte relativa: “Toda persona tiene derecho a pedir amparo en los casos siguientes: 1º Para que se le mantenga o restituya en el goce de los derechos y garantías que la Constitución establece...”

<sup>205</sup> Cfr. Antonio Rafael Calderón Calderón, *Fundamentación de los derechos humanos y su protección en la legislación guatemalteca: amparo y habeas corpus*, Guatemala, 1970 (tesis), pp. 65 y ss.; Gregorio Fuentes Charnaud, *El amparo en la legislación guatemalteca*, Guatemala, 1970 (tesis), pp. 31 y ss.

<sup>206</sup> Cfr. Francisco Bertrand Galindo, *La protección procesal de las garantías individuales en América Latina*, en “Revista Iberoamericana de Derecho Procesal”, Madrid, 1967, pp. 496-498.

<sup>207</sup> Cfr. Carlos Bolívar Pedreschi, *El pensamiento constitucional del doctor Moscote*, Panamá, 1959, pp. 170 y ss.

Dicha disposición está reglamentada por la Ley de Amparo, número 1,161, de 2 de junio de 1950 —en tanto que el *habeas corpus* está regulado por una ley especial, la número 35, de 24 de noviembre de 1932— cuyo artículo 2º, reformado por Decreto de 9 de agosto de 1952, establece en lo conducente: “...procede el *recurso de amparo* para mantener o restablecer el goce de los derechos consagrados en la Constitución Política —el texto primitivo se refería exclusivamente a los derechos individuales—. En consecuencia, se dará ese recurso contra disposición, acto o resolución y, en general, contra toda acción u omisión que haya violado o amenace con violar cualquiera de esos derechos”.<sup>208</sup>

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

En primer término debe mencionarse el artículo 19 de la nueva Constitución Política de Bolivia, promulgada el 2 de febrero de 1967, el cual dispone en lo conducente: “Fuera del recurso de *habeas corpus*, a que se refiere el artículo anterior, se establece el *recurso de amparo* contra los actos ilegales o las omisiones indebidas de los funcionarios o particulares que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos y garantías de la persona reconocidos por esta Constitución y las leyes...”<sup>209</sup>

La Constitución Política del Estado Ecuatoriano, promulgada el 25 de mayo de 1967, estableció el *amparo* en su artículo 28, inciso 15, de la siguiente manera: “Sin perjuicio de otros derechos que derivan de la naturaleza de la persona, el Estado le garantiza... 15. El Derecho de demandar el amparo *jurisdiccional* contra cualquier violación de las garantías constitucionales, sin perjuicio del deber que incumbe al Poder Público de velar por la observancia de la Constitución y las Leyes”, pero desafortunadamente este precepto no llegó a aplicarse por falta de ley reglamentaria y además los golpes de estado de 1971 y 1972 suspendieron la vigencia de la citada Carta de 1967, y restablecieron las Constituciones de 1946 y 1945, respectivamente, que no consagran el amparo.

Finalmente, la Constitución de la República de Paraguay, de 25 de agosto de 1967, regula el amparo en su artículo 77, el cual preceptúa: “Toda persona que por un acto u omisión ilegítimo, de autoridad o de un particular, se crea lesionado o en peligro inminente de serlo, de modo grave, en un derecho o garantía que consagre esta Constitución, o la ley, y que por la urgencia del caso no pudiera remediarse por la vía ordinaria, podrá recurrir ante cualquier Juez de Primera Instancia a reclamar *amparo*. El procedimiento será breve, sumario, gratuito y de acción pública, y el juez tendrá facultad para salvaguardar el

<sup>208</sup> Cfr. Roberto Vinicio Alfaro Valverde, *El recurso de amparo, Costa Rica*, 1959, pp. 49 y ss. (tesis mimeografiada); Enrique Guier, *Sentencias de amparo, 1950-1952*, en “Revista del Colegio de Abogados”, Núms. 16 y 17, julio y noviembre de 1969 (los dos números dedicados totalmente a este estudio legal y jurisprudencial).

<sup>209</sup> Cfr. Enrique Oblitas Poblete, *Recurso de amparo*, cit., esp. pp. 27 y ss.

derecho o garantía, o para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida. La ley reglamentará el procedimiento.”<sup>210</sup>

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

El artículo 58 de la Constitución de la República de Honduras de 3 de junio de 1965, se aparta hasta cierto punto de estos lineamientos que seguían las leyes anteriores y separa parcialmente el *habeas corpus* del amparo en las dos fracciones de dicho precepto y su fracción 1 circunscribe el “*recurso de amparo* que puede ejercer toda persona agraviada, o cualquiera otra en su nombre: a) Para que se le mantenga o restituya en el goce de los derechos y garantías que la Constitución establece, y b) Para que se declare en casos concretos que una Ley, o resolución o acto de autoridad no obliga al recurrente, por contravenir o restringir cualquiera de los derechos garantizados por la Constitución.”

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

La legislación que se encuentra más próxima a la mexicana en cuanto a la reglamentación del amparo, es la de Nicaragua, según lo ha hecho notar el tratadista español Jesús González Pérez.<sup>211</sup>

La Constitución vigente, de 6 de noviembre de 1950, atribuye a la Corte Suprema de Justicia el conocimiento del recurso de amparo, en los términos del artículo 229, fracción II.

La Ley de Amparo fue promulgada en la misma fecha que la Carta Fundamental, y de acuerdo con la misma, el amparo procede por violación de derechos constitucionales, inclusive por afectación de la libertad personal, y opera en relación con las leyes inconstitucionales, pero siempre con efectos particulares.

<sup>210</sup> Cfr. Juan Asencio Aponte, *Proyecto de ley “que establece normas procesales de la acción de amparo”, presentado a la Honorable Cámara de Senadores, Asunción, 1968*; Enrique A. Sosa, *Anteproyecto de Ley de Amparo y estudio sobre el juicio de amparo, Asunción, 1968* (tesis doctoral mecanografiada).

<sup>211</sup> *El proceso de amparo en México y Nicaragua*, en “*Revista de Administración Pública*”, Madrid, mayo-agosto de 1954, pp. 297-321.

d' Finalmente, el juicio de amparo mexicano es el más amplio en cuanto a su contenido que el de todas las legislaciones latinoamericanas anteriormente mencionadas.

a" Por un mecanismo muy peculiar de nuestra historia jurídico-política, e indudablemente por la necesidad de centralizar los asuntos judiciales, lo que fue exclusivamente, al menos en la intención de sus creadores, un instrumento o garantía "constitucional" en sentido estricto, se transformó a través de una interpretación forzada del texto del artículo 14 de la Constitución de 5 de febrero de 1857, también en un control de la correcta aplicación de las leyes secundarias en las sentencias judiciales, inclusive las pronunciadas por los tribunales de las Entidades Federativas.<sup>212</sup>

Esta interpretación extensiva fue expresamente admitida por el Constituyente de 1916-1917, de tal manera que se acogió en la redacción vigente del actual artículo 14 constitucional, en el cual se establece como "garantía individual", el control de la legalidad respecto de todas las resoluciones judiciales del país (*ver nota 39*).

Toda esta evolución culminó con la absorción por el amparo del recurso de casación, que subsistía en los Códigos procesales locales y regulado en el ámbito federal por el Código de Comercio, lo que ocurrió de manera definitiva por disposición del artículo 30 de la Ley de Amparo de 18 de octubre de 1919, constituyendo así un sector peculiar que nos hemos permitido denominar "amparo-casación".<sup>213</sup>

b" También debe tomarse en consideración que el amparo mexicano se ha venido utilizando como un sustituto del proceso administrativo, es decir, como un control de la legalidad de los actos y resoluciones no sólo de la administración activa, sino también, en cuanto se han venido estableciendo, de las sentencias de los tribunales administrativos, particularmente del Tribunal Fiscal de la Federación, y en este sentido se habla de un "amparo administrativo".<sup>214</sup>

c" Por otra parte, más recientemente se realizaron dos reformas constitucionales y legales, la primera el 30 de octubre de 1962 y la segunda el 3 de enero de 1963, para establecer lineamientos peculiares tratándose de la impugnación, a través del juicio de amparo, de resoluciones de las autoridades agrarias que afecten derechos colectivos de los núcleos de población agrícola sujetos al régimen de la reforma agraria —es decir organizados de acuerdo con el siste-

<sup>212</sup> Transformación estudiada magistralmente por el ilustre jurista Emilio Rabasa, en su clásica monografía *El artículo 14. Estudio Constitucional*, 2a. Ed., México, 1955 (la primera apareció en 1909), esp. pp. 35 y ss.

<sup>213</sup> Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *El juicio de amparo*, cit., pp. 258 y ss., *Id. Reflexiones sobre la naturaleza procesal del amparo*, en "Revista de la Facultad de Derecho de México", Núm. 56 octubre-diciembre de 1964, pp. 93 y ss. Se han realizado numerosos estudios para señalar las analogías y la vinculación del amparo y el recurso de casación, pero nos limitaremos a señalar el más completo, redactado por Alejandro Ríos Espinoza, *Amparo y Casación*, México, 1960, esp. pp. 175 y ss.

<sup>214</sup> Entre los estudios sobre este sector del amparo merecen destacarse los de Antonio Carrillo Flores, *La defensa jurídica de los particulares frente a la Administración en México*, cit., pp. 273 y ss. y Felipe Tena Ramírez, *Fisonomía del amparo en materia administrativa*, cit., pp. 111 y ss.

ma de propiedad colectiva denominada “ejidal” y “comunal”— o a sus integrantes, conocidos como ejidatarios y comuneros, respectivamente, y que se separan en este aspecto, de las reglas más estrictas establecidas en la legislación de amparo para la impugnación de los actos y resoluciones administrativas, tomando en consideración que favorece notablemente la situación procesal de estos grupos agrarios y de sus integrantes. En este sentido se habla de un nuevo sector calificado como “amparo agrario ejidal y comunal”.<sup>215</sup>

d” A los aspectos anteriores debe agregarse aquel que en la parte correspondiente de este trabajo consideramos similar al *habeas corpus*, ya que tutela a los gobernados contra los actos de la autoridad que ponen en peligro su vida o su libertad personal fuera de procedimiento judicial.

e” Por otra parte, el juicio de amparo constituye la vía para la impugnación de las leyes inconstitucionales en el derecho mexicano, en la inteligencia de que el fallo protector sólo posee efectos particulares en beneficio del solicitante, conformando así un quinto sector que se le califica como “amparo contra leyes”, según lo expresamos al hablar de la influencia en nuestro país, de la revisión judicial estadounidense (*ver nota 151*).

Del recorrido superficial que hemos hecho a través de las instituciones protectoras de los derechos fundamentales que reciben el nombre de “acción”, “recurso” o “juicio” de amparo en los ordenamientos constitucionales de los países latinoamericanos, podemos llegar a la conclusión de que el contenido es sumamente variable y por ello es que en el Seminario sobre Amparo, *Habeas Corpus* y otros Recursos similares, que se efectuó en la ciudad de México del 15 al 18 de agosto de 1961 bajo los auspicios de las Naciones Unidas, se expresó por los asistentes que la calificación del amparo se utiliza para denominar instituciones protectoras que no necesariamente son idénticas.<sup>216</sup>

Sin embargo, podemos descubrir un fondo común que nos permitirá en un futuro no muy lejano la posibilidad de estructurar un amparo latinoamericano, ya que todas las legislaciones en las cuales se ha establecido y que tienden a aumentar en número, se utiliza esencialmente para proteger los derechos de la persona humana consagrados constitucionalmente, con excepción de la libertad corporal, que en ocasiones también está comprendida por el mismo amparo, pero con la tendencia a independizar dicha protección, que se tutela específicamente a través del *habeas corpus* o “amparo de la libertad”.<sup>217</sup>

b) *Mandamiento de seguridad brasileño*. Habiendo fracasado el intento de la doctrina y jurisprudencia brasileñas para otorgar al *habeas corpus* una amplitud suficiente para tutelar todos los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, según se ha visto, pues inclusive se modificó la Constitución de 1891 en el año de 1926 para restringir dicha institución a sus límites tradi-

<sup>215</sup> Cfr. Ignacio Burgoa, *El amparo en materia agraria*, México, 1964, pp. 111 y ss., estudio incorporado a la 7a. Ed., del libro del mismo autor, *El juicio de amparo*, cit., pp. 841-926; Luis del Toro Calero, *El juicio de amparo en materia agraria*, México, 1964 (tesis), pp. 129 y ss.

<sup>216</sup> *Actas respectivas*, Nueva York, 1962, Documento ST-TAO-HR-12, p. 12.

<sup>217</sup> Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *La protección procesal de las garantías individuales en América Latina*, cit., pp. 103-106.

cionales, se hizo necesaria la creación de otro instrumento de protección procesal de tales derechos, y éste ha sido el mandato o madamiento de seguridad, introducido en el artículo 113, parágrafo 33, de la Constitución de 1934, y que a partir de entonces ha tenido un desarrollo verdaderamente extraordinario, que pudiéramos calificar de meteórico, llegando a constituir un instrumento protector tan cercano al amparo, que algunos tratadistas lo han calificado como “mandamiento de amparo”.<sup>218</sup>

Aun cuando la doctrina y la jurisprudencia se refieren en su mayor parte, salvo las obras más recientes de Arnold Wald<sup>219</sup> y J. M. Othon Sidou,<sup>220</sup> a la institución tal como estaba regulada por el parágrafo 24, de la Constitución anterior de 1946, sus conclusiones resultan aplicables al régimen constitucional vigente, ya que la Ley Suprema de 24 de enero de 1967, en su artículo 150, parágrafo 21, que corresponde al 153, también parágrafo 21, de la reforma a la citada Carta Fundamental, de 27 de octubre de 1969, reproducen el texto anterior de la siguiente manera: “Para proteger derecho líquido y cierto, no amparado por *habeas corpus*, se concederá mandamiento de seguridad, sea cual fuere la autoridad responsable por ilegalidad o abuso de poder.”<sup>221</sup>

El mandamiento de seguridad se encuentra reglamentado esencialmente por la Ley número 1,533 de 31 de diciembre de 1951, que vino a alterar las disposiciones del Código de Procedimiento Civil de 1939 relativas a la propia institución; pero también debe tomarse en cuenta lo dispuesto por las leyes números 2,770, de 4 de mayo de 1956 y 4,348, de 26 de junio de 1964.<sup>222</sup>

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

En efecto, la corriente mayoritaria estima que no es admisible la institución contra la ley en abstracto, sino en forma exclusiva respecto de los actos de aplicación de la misma, particularmente por las autoridades gubernativas, ya que este criterio imperante afirma que no se puede enjuiciar a los órganos

<sup>218</sup> El tratadista español Manuel Fraga Iribarne traduce dicha institución brasileña como “mandamiento de amparo” en su versión española de la Constitución de 1946, en el volumen de T. B. Cavalcanti, *Las Constituciones del Brasil*, Madrid, 1958, pp. 685-686; y también se refieren a este instrumento protector brasileño con el nombre de amparo, los juristas argentinos Carlos Sánchez Viamonte, *Juicio de amparo*, cit., pp. 43-47; y José Luis Lazzarini, *El juicio de amparo*, cit., pp. 53-64.

<sup>219</sup> *Do mandado de segurança na prática judiciaria*, 3a. Ed., cit.

<sup>220</sup> *Do mandado de segurança*, 3a. Ed., cit.

<sup>221</sup> Utilizamos la traducción de Ríos Espinosa, *Mandamiento de seguridad*, en “Revista de la Facultad de Derecho de México”, Núm. 53, enero-marzo de 1964, p. 112.

<sup>222</sup> Cfr. J. M. Othon Sidou, *Lei 1,533 de 31 de dezembro de 1951, que disciplina o mandado de segurança, com as alterações em vigor*, en “Boletim Instituto dos Advogados de Pará”, Belem, Brasil, diciembre de 1967, pp. 33-35; Id. *Do Mandado de segurança*, cit., pp. 227-32.

legislativos cuando actúan como creadores de disposiciones legales, sino exclusivamente en sus funciones de carácter administrativo en sentido estricto.<sup>223</sup>

Sin embargo, existe la tendencia de atemperar la rigidez del principio anterior, y en los nuevos proyectos de Ley reglamentaria formulados bajo los auspicios del Instituto dos Advogados Brasileiros<sup>224</sup> y por el Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil,<sup>225</sup> se propone que, por excepción, se puedan impugnar las leyes en abstracto cuando se demuestre que de sus efectos futuros puede resultar daño de difícil o incierta reparación.

La función que nos interesa más particularmente del mandamiento de seguridad, es su funcionamiento eficaz como una garantía procesal de los derechos fundamentales de los gobernados frente a los actos y resoluciones de carácter administrativo, pues si bien es verdad que una interpretación literal de los artículos 141, parágrafo 24 de la Constitución de 1946; 150, parágrafo 21 del texto primitivo de la Carta Fundamental de 1967, y 153 parágrafo 21 de la reforma constitucional de 1969, nos llevaría a la conclusión de que sólo protege a los particulares contra la ilegalidad y el abuso de poder, sin referirse a los actos inconstitucionales, debe admitirse, como lo han hecho la doctrina y la jurisprudencia, que esta protección de los derechos constitucionales se encuentra implícita, pues la interpretación lógico-sistemática que se ha dado a dichos preceptos ha desembocado en la conclusión de que la institución tutela todos los derechos fundamentales constitucionalmente consagrados, con excepción de la libertad personal, protegida por el *habeas corpus*.<sup>226</sup>

Además, debe tomarse en cuenta una disposición muy importante de los textos constitucionales mencionados, es decir, los artículos 141, parágrafo 4º de la Carta de 1946, 150, también parágrafo 4º de la Constitución de 1957, y 153, mismo parágrafo 4º, de la reforma de 1969 a la Ley Fundamental mencionada en segundo término, en el sentido de que: "La ley no podrá excluir del conocimiento del poder judicial cualquier lesión de un derecho individual", que relacionada con los preceptos anteriores, nos permite establecer la amplitud protectora del mandamiento de seguridad y explica el éxito que ha alcanzado en la práctica.<sup>227</sup>

<sup>223</sup> Así en la doctrina, José Castro Nunes, *Do mandado de segurança*, 6a. Ed., Rio-São Paulo, 1961, pp. 117 y ss.; Themistocles Brandão Cavalcanti, *Do mandado de segurança*, cit., pp. 136 y ss.; Alfredo Buzaid, *Juicio de amparo e mandado de segurança (contrastes e confrontos)*, en "Revista de la Facultad de Derecho de México", Núms. 37-40, enero-diciembre de 1960, p. 145; la jurisprudencia dominante, en especial la del Supremo Tribunal Federal, tiene la misma orientación, cfr. Tito Galvão Filho, *Dicionário de Jurisprudência no mandado de segurança*, Curitiba, Paraná, 1960, pp. 156 y ss.

<sup>224</sup> *Ante-Projeto de Lei do Mandado de Segurança*, introducción de Otto Gil, ponencia de Celestino Sá Freire Basilio, Rio de Janeiro, 1960, y el otro redactado por J. M. Othon Sidou, *Projeto de Reforma de Lei 1,533 de 1951 sobre o mandado de segurança (con justificação das alterações propostas)*, Rio de Janeiro, 1959.

<sup>225</sup> *A reformulação do Instituto do Mandado de Segurança*, en "Revista da Ordem dos Advogados", São Paulo, vol. 28, Núm. 167, esp. p. 102.

<sup>226</sup> Cfr. Arnold Wald, *Do mandado de segurança na prática judiciária*, cit., pp. 115-117; José Castro Nunes, *Do mandado de segurança*, cit., pp. 168 y ss.

<sup>227</sup> José Frederico Marques, *O artigo 141, parágrafo 4º da Constituição Federal (de 1946)*, en "Revista de Direito Processual Civil", São Paulo, julio de 1960, pp. 13-20.

En este sentido, el mandamiento de seguridad debe considerarse como una *garantía constitucional*, según lo han afirmado expresamente los tratadistas José Castro Nunes<sup>228</sup> y Alfredo Buzaid,<sup>229</sup> así como algunos fallos de los tribunales brasileños,<sup>230</sup> y es debido a esta característica, que la Constitución brasileña lo consagra en el capítulo relativo a los derechos de la persona humana, como uno de los medios —el otro es el *habeas corpus*— de carácter específico destinados a la protección jurisdiccional de los citados derechos esenciales del hombre establecidos por la propia Carta Fundamental, de manera que puede calificarse de *proceso constitucional* no sólo porque sus lineamientos están establecidos en la Ley Suprema, sino esencialmente porque su finalidad principal consiste en la tutela de derechos de naturaleza fundamental.

Coincidimos con el tratadista brasileño J. M. Othon Sidou en cuanto sostiene que el mandamiento de seguridad fue moldeado desde su origen a través de una vía rápida, que es suya en forma inmanente en atención al derecho que tutela, que es el derecho a las “garantías individuales”, o sea, “el mínimo denominador de la coexistencia del hombre en una sociedad determinada”.<sup>231</sup>

c) La *acción popular de constitucionalidad* puede considerarse como un instrumento nacido en el ámbito latinoamericano, ya que si bien tiene puntos de contacto con los efectos generales de los fallos de inconstitucionalidad de las leyes, pronunciados por los tribunales constitucionales europeos, sin embargo, esta institución se confiere al órgano supremo de la jurisdicción ordinaria (Corte Suprema) y además, y éste es el aspecto más interesante, la demanda puede ser interpuesta por cualquier persona aun cuando la misma carezca de interés jurídico, al no resultar afectada por la disposición u ordenamiento combatidos.

Claro que esto no significa que en todo caso la protección que se otorgue por este procedimiento se dirija a la tutela de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, pero en un porcentaje apreciable, la impugnación se endereza contra las leyes que menoscaban indebidamente los citados derechos.

Este instrumento se originó primeramente en los ordenamientos constitucionales de Colombia y Venezuela y posteriormente se ha extendido a otros países latinoamericanos.

a’ Por lo que se refiere a Colombia el jurista estadounidense J. A. C. Grant afirma que desde 1850 cualquier ciudadano podía solicitar a la Corte Suprema la nulidad de una ordenanza provincial<sup>232</sup> y posteriormente en el texto original de la Constitución de 1886 se estableció que la misma Corte Suprema debía pronunciarse con efectos generales sobre las objeciones de

<sup>228</sup> *Do mandado de segurança*, cit., p. 28.

<sup>229</sup> *Juicio de amparo e mandado de segurança*, cit., p. 147.

<sup>230</sup> Cfr. Tito Galvão Filho, *Diccionario de Jurisprudência no mandado de segurança*, cit., pp. 170-174.

<sup>231</sup> *Para proteger direito líquido e certo*, en “Revista de Direito Processual Civil”, São Paulo, julio-diciembre de 1960, p. 94.

<sup>232</sup> *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes*, cit., pp. 78-79.

inconstitucionalidad de las leyes que le fueren sometidas por el Ejecutivo, y finalmente, en la reforma de dicha Carta Fundamental por el famoso acto legislativo número 3 de 1910, se introdujo en forma clara la acción popular de inconstitucionalidad, que actualmente se consigna en el artículo 214 del texto constitucional vigente.<sup>233</sup>

Dicho precepto fue reglamentado por la Ley 96 de 1936, que acoge esta impugnación de una manera muy amplia, habiéndose interpretado de manera liberal por la misma Corte Suprema, la que admite inclusive que los extranjeros residentes puedan intentar dicha acción de inconstitucionalidad, la cual, según la doctrina, ha tenido efectos benéficos en la práctica.<sup>234</sup>

b' Esta misma acción popular de inconstitucionalidad surgió en Venezuela de la Constitución de 1858, artículo 113, ordinal 8º, pero sólo en relación con las leyes locales, y se fue perfeccionando hasta que se consolidó, inclusive respecto de las leyes nacionales, en la Constitución de 1893, artículos 17, y 110, ordinal 8º.<sup>235</sup>

En la Constitución vigente de enero de 1961, esta acción de inconstitucionalidad está plenamente reconocida, ya que el artículo 215, en sus ordinales 3º y 4º, establece que corresponde a la Suprema Corte de Justicia declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos de los cuerpos legislativos que sean contrarios a la Constitución, y declarar la nulidad total o parcial de las leyes locales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de las Entidades Federativas o de los Municipios, que contradigan a la propia Ley Suprema.<sup>236</sup>

<sup>233</sup> Dicho artículo 214 reformado por Acto Legislativo Núm. 1 del 12 de diciembre de 1968, establece: "A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá las siguientes: 1a. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación; 2a. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de todas las leyes y los decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de las atribuciones de que tratan los artículos 76, ordinales 11 y 12 y 80 de la Constitución Nacional, cuando fueren acusados ante ella de inconstitucionalidad por cualquier ciudadano. En las acciones de inexecutableidad deberá intervenir siempre el Procurador General de la Nación. En los casos de los artículos 121 (declaración del estado de sitio) y 123 (licencia al Presidente para dejar temporalmente el cargo), cualquier ciudadano puede intervenir para defender o impugnar la constitucionalidad de los decretos a que ellos se refieren. La Corte Suprema de Justicia cumplirá estas funciones en Sala Plena, previo estudio de la Sala Constitucional compuesta por Magistrados especialistas en Derecho Público. . ."

<sup>234</sup> Sobre el alcance de la acción popular de inconstitucionalidad en Colombia, cfr. Alvaro Copete Lizarralde, *Lecciones de derecho constitucional*, cit., pp. 228-229; Francisco de Paula Pérez, *Derecho constitucional colombiano*, cit., pp. 449 y ss.; J. A. C. Grant, *Estudio comparativo de los sistemas de control de la constitucionalidad de las leyes*, en "Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia", Núm. 32, México, octubre-diciembre de 1946, pp. 121-130; *Id. El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes*, cit., pp. 75 y ss.

<sup>235</sup> Cfr. Ernesto Wolf, *Tratado de derecho constitucional venezolano*, t. II, Caracas, 1945, pp. 167 y ss.

<sup>236</sup> Cfr. Humberto J. La Roche, *Derecho constitucional general*, 10a. Ed., Maracaibo, Venezuela, 1969, pp. 124-128.

c' Descubrimos este instrumento procesal en el ordenamiento constitucional de Panamá, que lo introdujo en el artículo 188 de la Carta Fundamental de 2 de enero de 1941,<sup>237</sup> y en el artículo 167 de la Carta Constitucional de 1º de marzo de 1946, reglamentado por la Ley sobre Recursos Constitucionales y de Garantía, de 24 de octubre de 1956.<sup>238</sup>

d' Posteriormente fue acogida esta institución por la Constitución Salvadoreña de 1950, artículo 96,<sup>239</sup> que se reproduce en el precepto del mismo número de la Carta Fundamental vigente, promulgada el 8 de enero de 1962; y que se reglamenta por la Ley de Procedimientos Constitucionales de 14 de enero de 1960, artículos 6º a 11.<sup>240</sup>

e' En la República de Cuba la acción de inconstitucionalidad fue objeto de una paulatina evolución, ya que se había venido perfilando a partir de la Ley de 17 de marzo de 1922, en la cual, después de dos sentencias de inconstitucionalidad dictadas por el Tribunal Supremo, el órgano de quien emanó la disposición debía derogarla; y posteriormente, las Leyes Constitucionales de 3 de febrero de 1934 y 11 de julio de 1935, determinaron que una sentencia del propio Tribunal Supremo producía efectos derogativos de la disposición declarada inconstitucional.<sup>241</sup>

Esta evolución culminó en la Constitución de 26 de julio de 1940, en la cual se estableció un Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, que se integraba como una Sala especializada del Tribunal Supremo, formada por el Presidente de dicho Tribunal y cuando menos por quince magistrados (artículo 172 constitucional).

<sup>237</sup> La parte relativa del referido artículo 188 de la Constitución de 1941, disponía: "A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, le corresponde decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de todas las leyes, decretos, ordenanzas y resoluciones denunciados ante ella como inconstitucionales por cualquier ciudadano con audiencia del Procurador General de la Nación... Las decisiones dictadas por la Corte Suprema de Justicia en ejercicio de las facultades que este artículo le confiere, son finales, definitivas y obligatorias y deberán ser publicadas en la Gaceta Oficial". Sobre el alcance de este precepto, cfr. J. D. Moscote, *El derecho constitucional panameño*, Panamá, 1943, pp. 461-465; Carlos Bolívar Pedreschi, *El pensamiento constitucional del doctor Moscote*, pp. 159-161.

<sup>238</sup> El referido artículo 167 de la Constitución vigente de 1946, es similar, con algunas modificaciones, al 188 de la Carta anterior; sobre el alcance del nuevo precepto, cfr. Víctor G. Goytia, *Las Constituciones de Panamá*, Madrid, 1954, pp. 762-763; Carlos Bolívar Pedreschi, *op. ult. cit.*, pp. 161-162; *Id. El control de la constitucionalidad en Panamá*, Madrid, 1965, pp. 178 y ss.; *Id. Jurisprudencia constitucional*, Panamá, 1967, pp. 17 y ss.; Jorge Fábrega P., *El doctor Eusebio Morales y el control de la constitucionalidad*, Panamá, 1965, pp. 8-10; Sección de Investigación Jurídica de la Universidad de Panamá, *Jurisprudencia constitucional*, t. I, Panamá, 1967, pp. 15 y ss.

<sup>239</sup> Dicho artículo 96 preceptúa: "La Corte Suprema de Justicia será el único Tribunal competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, en su forma y contenido, de un modo general y obligatorio y podrá hacerlo a petición de cualquier ciudadano."

<sup>240</sup> El texto de esta ley puede consultarse en el "Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México", Núm. 40, enero-abril de 1961, pp. 111-126, esp. pp. 112-113.

<sup>241</sup> Cfr. Eloy G. Merino Brito, *El recurso de inconstitucionalidad y su jurisprudencia*, La Habana, 1938, pp. 18 y ss.

De acuerdo con el artículo 182, *a*), de la propia Ley Fundamental, el citado Tribunal tenía facultad para conocer de los “recursos de inconstitucionalidad contra las leyes”, admitiendo prácticamente una acción popular, ya que podía ser interpuesta no sólo por los afectados sino por veinticinco ciudadanos, simplemente por su calidad de tales (artículo 194 constitucional, inciso *b*), y los efectos de la decisión que declarase la inconstitucionalidad eran de carácter general, es decir, determinaban la derogación de las disposiciones impugnadas.<sup>242</sup>

Este mismo sistema, al menos en teoría, fue incorporado en los artículos 150, 160, 161, 172 y 173 de la Ley Fundamental de 7 de febrero de 1959, actualmente en vigor, con numerosas reformas.<sup>243</sup>

f' El artículo 9º de la Constitución de la Provincia argentina del Chaco atribuye al Superior Tribunal de Justicia de la propia Entidad Federativa, la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, produciendo la caducidad de las mismas en la parte afectada por la propia declaración, en la inteligencia de que la doctrina, con apoyo en el diverso artículo 170, fracción I, de la misma Carta Fundamental, señala la existencia de una acción popular para impugnar los citados ordenamientos inconstitucionales.<sup>244</sup>

g' Por último, debemos señalar la institución introducida por la Constitución de la República de Guatemala de 15 de septiembre de 1965, la cual al lado del amparo y del *habeas corpus*, el primero por influencia mexicana, según se expresó con anterioridad, reguló como una innovación un recurso —en realidad acción— de constitucionalidad, como un sistema intermedio entre la acción popular mencionada anteriormente y la que se puede hacer valer ante los tribunales constitucionales europeos (artículo 262 de la citada Carta Fundamental).

En efecto, el órgano que debe conocer del referido recurso es la “Corte de Constitucionalidad”, que se integra con doce miembros, de los cuales cinco son el presidente y cuatro magistrados de la Corte Suprema de Justicia designados por la misma, y los demás, por sorteo global que practica la propia Corte Suprema entre los magistrados de las Cortes de Apelaciones y de lo Contencioso-Administrativo.

Están legitimados para interponer el propio recurso, el Consejo de Estado; el Colegio de Abogados por decisión de la Asamblea General; el Ministerio Público por disposición del Presidente de la República tomada en Consejo de Ministros, y cualquiera persona o entidad afectada directamente, con el auxilio de diez abogados en ejercicio.

Los efectos de la sentencia de inconstitucionalidad pronunciada por la referida Corte especializada, asumen carácter general, es decir, se traducen en la pérdida de eficacia del ordenamiento combatido una vez publicado el fallo respec-

<sup>242</sup> Cfr. Juan Clemente Zamora, *La defensa de la Constitución en la legislación cubana*, en “Revista Mexicana de Derecho Público”, México, octubre-diciembre de 1946, pp. 123 y ss.

<sup>243</sup> Cfr. Emilio Menéndez, *El poder judicial y la Constitución*, en “Comparative Juridical Review”, vol. 2, Coral Gables, Florida, 1962, pp. 77 y ss.

<sup>244</sup> Cfr. Armando O. Silva, *Acción de inconstitucionalidad*, Resistencia, Chaco, Argentina, 1962, pp. 66-87.

tivo, en los términos de los artículos 265 de la referida Carta Fundamental y del 108 de la Ley Constitucional Reglamentaria denominada de Amparo, *habeas corpus* y de constitucionalidad, que como se expresó anteriormente, fue expedida el 20 de abril de 1966.

6. *El régimen europeo continental: el Consejo de Estado francés, los tribunales constitucionales y el recurso constitucional.*

También en Europa ha tenido influencia el sistema angloamericano de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, particularmente en Suiza,<sup>245</sup> Irlanda;<sup>246</sup> en cierta medida, en Noruega y Dinamarca,<sup>247</sup> y temporalmente, en los ordenamientos de Rumanía,<sup>248</sup> la República Alemana de Weimar,<sup>249</sup> y en la República Italiana antes de que entrase en funciones la Corte Constitucional.<sup>250</sup>

Pero en realidad, han sido los ordenamientos de Francia y de Austria los que se han disputado la primacía en el derecho europeo continental, en cuanto al sistema de protección procesal de los derechos humanos, a través de dos instituciones esenciales: el Consejo de Estado y la Corte Constitucional.

a) El *Consejo de Estado francés*, el cual ha adquirido gran prestigio debido a la notable labor realizada por su jurisprudencia en favor de la tutela de los particulares frente a la Administración, y en cierta medida en cuanto a los derechos del hombre.

Aun cuando esta institución tiene su origen en el Consejo Real y puede remontarse a la época del Imperio Romano en su doble función de consejero jurídico y asesor en los fallos del Emperador y del Monarca, toma su forma

<sup>245</sup> Cfr. Georges Solyom, *La Jurisprudence constitutionnelle aux Etas Unis et en Suisse*, Geneve, Paris, 1923, pp. 8 y ss.; 87 y ss.; Max Imboden, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz* (Jurisdicción constitucional en Suiza), en el volumen "Vergassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart", cit., pp. 510-515.

<sup>246</sup> Cfr. Edward McWhinney, *The Courts and the Constitution in Catholic Ireland*, en el libro ya mencionado "Judicial Review", pp. 156-173.

<sup>247</sup> Cfr. Frede Castberg, *Verfassungsgerichtsbarkeit in Norwegen und Dänemark* (La jurisdicción constitucional en Noruega y Dinamarca), en el volumen ya citado, "Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart", pp. 418 y ss.; Terje Wold, *El Comisario Parlamentario Noruego para la Administración Civil*, en "Revista de la Comisión Internacional de Juristas", La Haya, invierno de 1959, primavera-verano de 1960, pp. 27-28.

<sup>248</sup> Cfr. Boris Mirkine-Guetzevitch, *Las nuevas constituciones del Mundo*, Madrid, 1931, pp. 33 y 473; M. A. Murville, *Romania. Particular Features of Government and Law*, en la obra "Government, Law and Courts in the Soviet Union and Eastern Europe", vol. 1, New York-La Hage-London, 1959, pp. 389-390.

<sup>249</sup> Cfr. Carl Schmitt, *La defensa de la Constitución*, trad. de Manuel Sánchez Sarto, Barcelona, 1931, pp. 21-32; Ottmar Wühler, *La Constitución alemana de 11 de agosto de 1919*, trad. de José Rovira Armengol, Barcelona, 1931, pp. 106-107. Existía, además, un Tribunal de Justicia Constitucional de carácter federal (artículo 108 de la Carta Fundamental de Weimar), pero se ocupó fundamentalmente de los litigios entre la Federación y las Provincias (*Länder*), cfr. Schmitt y Whüler, obras mencionadas, pp. 63-89 y 54-56 y 109, respectivamente.

<sup>250</sup> Cfr. Piero Calamandrei, *La ilegitimidad constitucional de las leyes en el proceso civil*, en el volumen "Estudios sobre el proceso civil", trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1962, pp. 63-64; Mauro Cappelletti, *La justicia constitucional en Italia*, trad. de Héctor Fix-Zamudio, en "Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México", Núm. 37, enero-abril de 1960, pp. 43-44.

moderna en virtud de las leyes de 6, 7-11 de septiembre y 7-14 de octubre de 1790, expedidas por la Asamblea Francesa Revolucionaria.<sup>251</sup>

La creación de este organismo, tuvo su apoyo en el principio de la división de los poderes (en realidad de las funciones), que se inspira en las ideas divulgadas por el Barón de Montesquieu,<sup>252</sup> al estimarse por los revolucionarios franceses que los actos de la administración no podían ser sometidos al examen de los tribunales, de acuerdo con el principio que entonces se expresó, de que: "Juzgar a la administración también es administrar."<sup>253</sup>

El Consejo de Estado francés fue obteniendo gradualmente independencia de la administración, a cuya esfera pertenece formalmente, pero en realidad, el desarrollo de la institución verdaderamente importante se inicia con motivo de la Ley de 24 de mayo de 1872, que transformó el Consejo, en cuanto a sus funciones judiciales, en un tribunal de jurisdicción delegada y con cierta autonomía para dictar sus fallos, el cual, a través de una labor que puede calificarse de admirable, construyó una jurisprudencia ejemplar en la cual, como ha destacado la doctrina, se advierte un difícil equilibrio entre la audacia y la prudencia, que le ha permitido constituirse en un baluarte del particular frente a los actos de la administración.<sup>254</sup>

Otra etapa muy importante en la evolución de este organismo fue determinada por la Ley de 30 de septiembre de 1953 de acuerdo con la cual y en virtud del recargo extraordinario de labores del Consejo, se reorganizó totalmente la justicia administrativa, de tal manera que los Consejos de Prefectura, que actuaban como jueces de atribución, se sustituyeron por tribunales administrativos de primera instancia, de tal manera que a partir de entonces, el Consejo de Estado opera, salvo casos excepcionales, como tribunal de apelación, e inclusive como corte de casación cuando se impugna la ilegalidad de los fallos de ciertos tribunales administrativos, tales como el Tribunal de Cuentas, así como las resoluciones disciplinarias de los colegios profesionales, ya que con pocas excepciones, ningún acto o resolución administrativa escapa a su control.<sup>255</sup>

Nominalmente el Consejo de Estado está presidido por el Primer Ministro o por el ministro de Justicia, pero en realidad, la dirección corresponde al Vicepresidente del citado organismo, que suele ser un jurista muy destacado, pudiendo señalarse a este respecto, que entre los años de 1944-1960 la Vicepresidencia y dirección real correspondió al ilustre René Cassin, como es bien sabido, uno de los adalides más conspicuos de la defensa jurídica de los derechos humanos.<sup>256</sup>

<sup>251</sup> Cfr. Maxime Letourner, *El Consejo de Estado Francés*, en "Revista de la Comisión Internacional de Juristas", Ginebra, diciembre de 1967, pp. 96-100.

<sup>252</sup> *El espíritu de las leyes*, trad. de Nicolás Estevévez y Matilde Huici, Buenos Aires, 1951, libro XI, capítulo VI, "De la Constitución de Inglaterra", pp. 202 y ss., esp. p. 210.

<sup>253</sup> Cfr. Pierre Sandevor, *Études sur le recours de pleine juridiction*, Paris, 1964, esp. pp. 115 y ss.

<sup>254</sup> Cfr. Maxime Letourner, *El Consejo de Estado Francés*, cit., esp. p. 99.

<sup>255</sup> Cfr. Letourner, *op. ult. cit.*, p. 100; Michel Fromont, *La protection juridictionnelle du particulier contre le pouvoir exécutif en France*, en el volumen "Gerichtschutz gegen die Executive", cit., pp. 242-245.

<sup>256</sup> Cfr. Conseil d'Etat, *Hommage au Président René Cassin*, en el volumen "Études et documents 1968", Paris, 1969, pp. 15-26.

Según se ha dicho, el Consejo de Estado posee una doble función, la primera consiste en la de asesor jurídico del gobierno, el cual le somete para su dictamen los principales proyectos de leyes, reglamentos y decretos, habiéndose establecido una estrecha colaboración entre el propio gobierno y el Consejo en cuanto a la elaboración de proyectos legislativos, atribución para la cual se han establecido cuatro secciones de carácter consultivo.

Pero la actividad que más nos interesa es la de juez administrativo, que realiza la llamada Sección de lo Contencioso, que a su vez se divide en numerosas subsecciones, las cuales tramitan primeramente los asuntos y los someten a la revisión final de la Sección, y finalmente a la reunión plenaria, la cual es de dos clases, la general de todas las Secciones, y de la referida Sección de lo Contencioso.<sup>257</sup>

Podemos afirmar que ante el Consejo de Estado, se pueden hacer valer tres tipos de impugnaciones:

a' *Exceso o abuso de poder*, que implica la nulidad de la resolución administrativa que se ha dictado por autoridad incompetente, cuando no se han respetado las formalidades del procedimiento, o bien cuando deba considerarse ilegal en cuanto al fondo.<sup>258</sup>

b' *Desviación de poder*, que es el aspecto más importante de la elaboración jurisprudencial del referido Consejo de Estado, ya que implica la revisión de los actos y resoluciones administrativas dictados en ejercicio de *facultades discrecionales*, respecto de las cuales se puede examinar si la autoridad se ajustó a la finalidad del acto o a los motivos legales del mismo.<sup>259</sup>

<sup>257</sup> Cfr. Letourner, *El Consejo de Estado Francés*, cit., pp. 102 y ss.

<sup>258</sup> En relación con el derecho mexicano, debe señalarse que los motivos de exceso o abuso de poder están consignados en el artículo 228 del Código Fiscal de la Federación, en cuanto establece que: "Serán causas de anulación de una resolución o de un procedimiento administrativo: a) Incompetencia del funcionario o empleado que haya dictado el acuerdo o que haya tramitado el procedimiento impugnado; b) Omisión o incumplimiento de las formalidades que legalmente deba revestir la resolución o el procedimiento impugnado; c) Violación de la disposición aplicada, o no haberse aplicado la disposición debida..." Sobre el "contencioso de nulidad" en general existe una amplia bibliografía de la cual citaremos sólo los trabajos de fácil consulta: Bartolomé A. Fiorini, *El sistema contencioso-administrativo en Francia*, en "Revista de Derecho y Administración Municipal", Buenos Aires, mayo de 1944, pp. 427-453; Marc-Henry Barbet, *Crisis del crecimiento de lo contencioso administrativo en Francia*; Georges Vedel, *La Reforma del recurso contencioso administrativo en Francia*, ambos en "Revista del Instituto de Derecho Comparado", Barcelona, enero-junio de 1953, pp. 99-112 y 112-121, respectivamente, Michel Fromont, *La protection juridictionnelle du particulier contre le pouvoir exécutif en France*, cit., pp. 249-268; y en relación con el derecho mexicano esencialmente, la obra de Emilio Margain Manatou, *De lo contencioso administrativo de anulación o de ilegitimidad*, cit., pp. 28 y ss.

<sup>259</sup> El desvío o desviación de poder como motivo de nulidad de las resoluciones administrativas, está limitada en el derecho mexicano exclusivamente a las que establecen sanciones cuando las mismas caen dentro de la competencia del Tribunal Fiscal de la Federación, de acuerdo con lo establecido por el artículo 228, inciso d) del Código Fiscal de la Federación vigente, limitación que ha sido criticada por la doctrina, cfr. Alfonso Cortina Gutiérrez, *El control jurisdiccional administrativo de la legalidad y de la facultad discrecional*, en el volumen "Ensayos de derecho administrativo y tributario para conmemorar el XXV aniversario de la Ley de Justicia Fiscal", México, 1965, pp. 81-82; Dolores

c' El llamado "*contencioso de plena jurisdicción*" que implica el examen de los contratos de obras públicas, y la responsabilidad de los funcionarios públicos y la de la administración.<sup>260</sup>

Claro que todos estos medios de impugnación no están estructurados como remedios específicos para la tutela procesal de los derechos del hombre, sino en principio, para la protección de los derechos y de los intereses legítimos de los administrados, o sea, que el examen que practica el Consejo de Estado, en forma directa sólo está dirigido al *control de la legalidad*, pero no de la constitucionalidad.

Sin embargo, de manera *indirecta*, el mismo Consejo de Estado se ha convertido en el organismo más importante para la tutela de los derechos fundamentales de la persona humana, que como es bien sabido, no están expresamente consagrados en las Cartas Fundamentales de 1875, 1946 y la más reciente de 1958, pero en las dos últimas, se expresa la adhesión a los derechos del hombre definidos por la Declaración de 1789.<sup>261</sup>

En tales condiciones, el propio Consejo de Estado ha tutelado los derechos humanos desde diversos ángulos habiéndose impuesto el criterio de que el Preámbulo de la Constitución constituye una fuente de principios generales de derecho aplicables por el mismo Consejo a las controversias sometidas a su conocimiento, y a través de estos principios se ha otorgado valor legislativo a la declaración de derechos de 1789, complementada en 1946.<sup>262</sup>

De esta manera, el citado organismo ha dejado sin efecto numerosos actos y resoluciones contrarios a los derechos fundamentales de los gobernados, o que tenían su apoyo en disposiciones, particularmente las expedidas por el Ejecutivo —reglamentos, decretos, leyes, etcétera— que afectaban indebidamente los mismos derechos humanos.

Esta actividad del Consejo de Estado y su intervención en la aplicación indirecta de otras disposiciones constitucionales, han llevado a la tratadista francesa Francine Batailler, a calificar al citado organismo, en un estudio profundo y exhaustivo, como "*Juez constitucional*".<sup>263</sup>

Ha sido tal el prestigio del Consejo de Estado como tribunal administrativo, inclusive en sus primeras etapas, que ha influido directamente en el establecimiento de los organismos del mismo nombre en los ordenamientos de Bélgica,

Heduán Virués, *Las funciones del Tribunal Fiscal*, cit., pp. 91-101; Alfonso Nava Negrete, *Derecho procesal administrativo*, cit., p. 343.

<sup>260</sup> En cuanto al derecho mexicano en esta materia, cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Introducción al estudio del proceso tributario en el derecho mexicano*, cit., pp. 1084-1085.

<sup>261</sup> Cfr. Maurice Duverger y Lucien Sfez, *Die Staatsbürgerlichen Freiheitsrechte in Frankreich und in der Union Francaise* (Los derechos de libertad de los ciudadanos en Francia y en la Unión Francesa), en la obra "Die Grundrechte", cit., vol. II, pp. 568-569.

<sup>262</sup> Cfr. Francine Batailler, *Le Conseil d'Etat juge constitutionnel*, cit., pp. 114 y ss.; Maxime Letourner, *El Consejo de Estado francés*, cit., pp. 114-115; Charles Eisenmann y Léo Hammon, *La juridiction constitutionnelle en droit français, 1875-1961* en el volumen ya mencionado "Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart", pp. 284-285; Maurice Duverger y Lucien Sfez, *op. ult. cit.*, pp. 634-640.

<sup>263</sup> Precisamente el exhaustivo y profundo estudio de Francine Batailler, *Le Conseil d'Etat juge constitutionnel*, esp. pp. 63-155.

Holanda y Grecia, en Europa,<sup>264</sup> y Colombia y Ecuador en América, según se expresó anteriormente, sin contar con la influencia indirecta que significa la creación de tribunales fiscales en varios países latinoamericanos, entre ellos el nuestro.<sup>265</sup>

Sin embargo, no es el citado Consejo de Estado el único organismo que tutela en forma indirecta los derechos humanos en el sistema francés, ya que esta función la comparte con la Corte de Casación y con el Consejo Constitucional.<sup>266</sup>

La Corte de Casación, que también tiene orígenes remotos y que en todo caso posee antecedentes en el *Conseil des Parties* de la Monarquía francesa, en la época prerrevolucionaria,<sup>267</sup> fue también una creación de la Revolución Francesa, como una expresión del principio de la división de los poderes, según el Decreto de la Asamblea Nacional de 27 de noviembre-primer día de diciembre de 1790, como un organismo dependiente del cuerpo legislativo —no obstante su denominación de Tribunal— con el propósito de vigilar que los jueces ordinarios aplicaran exacta y correctamente la ley, emanación de la voluntad general.<sup>268</sup>

Es bien conocida la evolución de este organismo que se transformó paulatinamente en el tribunal supremo al independizarse del cuerpo legislativo según la Ley de 10. de abril de 1837, ya con el nombre y estructura actuales de la Corte de Casación francesa, y de allí se fue extendiendo a casi todas las legislaciones en las cuales existe la influencia del derecho continental europeo.<sup>269</sup>

La Corte de Casación está estructurada, inclusive en la actualidad, como un organismo que ejerce el control supremo de la legalidad de todos los tribunales y por lo mismo, no realiza funciones de revisión constitucional, con mayor

<sup>264</sup> Cfr. Jacques Velu, *La protection juridictionnelle du particulier contre le pouvoir exécutif en Belgique*, esp. pp. 63-65; G. E. Langemeijer, *Das gerichtliche Rechtsschutz des Einzelnen gegenüber der vollziehenden Gewalt in den Niederlanden* (La protección judicial del particular contra el poder ejecutivo en los Países Bajos), t. II, pp. 801-813; Themistokles Tsatsos, *Der gerichtliche Rechtsschutz des Einzelnen gegenüber der vollziehenden Gewalt in Griechenland* (La protección judicial del particular contra el poder ejecutivo en Grecia), t. I, pp. 292-320. Todos estos trabajos publicados en la obra ya mencionada "Gerichtsschutz gegen die Exekutive".

<sup>265</sup> Se han establecido tribunales fiscales en México, Argentina, Costa Rica, El Salvador, Ecuador y Venezuela, pudiendo señalarse también a Brasil, Colombia, Chile, Guatemala y Uruguay, que si bien no poseen tribunales especiales para la materia tributaria, han regulado procedimiento especial para este sector; cfr. Humberto Briseño Sierra, *El proceso administrativo en Iberoamérica*, México, 1968, pp. 270 y ss.; Adolfo Atchabahian, *Lo contencioso tributario en América. Ubicación del Tribunal Fiscal de la Federación de los Estados Unidos Mexicanos*, en el volumen "Ensayos de derecho administrativo y tributario para conmemorar el XXX aniversario de la Ley de Justicia Fiscal", México, 1966, pp. 141-191.

<sup>266</sup> Cfr. Francine Batailler, *Le Conseil d'Etat juge constitutionnel*, cit., pp. 28-58; Charles Eisenmann y Léo Hammon, *La Jurisdiction Constitutionnelle en Droit Français*, cit., pp. 255 y ss.

<sup>267</sup> Cfr. Piero Calamandrei, *La casación civil*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1961 (reimpresión), t. I, vol. I, pp. 350 y ss.

<sup>268</sup> Cfr. Piero Calamandrei, *op. ult. cit.*, t. I, vol. II, pp. 35 y ss.

<sup>269</sup> Cfr. Calamandrei, *op. ult. cit.*, t. II, vol. II, pp. 109 y ss.

razón en Francia en la que existe una tradición contraria al sistema americano de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes.<sup>270</sup>

Sin embargo, del mismo modo que el citado Consejo de Estado, la Corte de Casación realiza, en forma indirecta, el control relativo a la constitucionalidad de los derechos fundamentales de la persona humana, especialmente tratándose de la libertad personal.

En efecto, en virtud del artículo 66 de la Constitución vigente de 4 de octubre de 1958, "Nadie podrá ser preso arbitrariamente. *La autoridad judicial asegurará el respeto a este principio en las condiciones establecidas por la ley.*"

A falta de un procedimiento similar al *habeas corpus*, el afectado por una detención indebida sólo puede intentar una reclamación judicial para exigir la responsabilidad civil y criminal de los autores de la propia detención.<sup>271</sup>

En esta dirección, la citada Corte de Casación debe aplicar los principios constitucionales que tutelan la libertad individual con el objeto de determinar los casos de detención arbitraria, habiéndose extendido la protección a la inviolabilidad del domicilio y consecuentemente la responsabilidad de los funcionarios que la practiquen.<sup>272</sup>

No obstante lo anterior y en este campo restringido, se han presentado conflictos de atribución entre el Consejo de Estado y la Corte de Casación sobre la responsabilidad oficial en los casos de reclamaciones por detenciones arbitrarias y violaciones del domicilio, y el Tribunal de Conflictos, que es el órgano encargado de dirimir este tipo de controversias, se ha inclinado, contra el parecer de la doctrina, por conferir al Consejo de Estado las reclamaciones dirigidas a exigir una indemnización al Gobierno, y a la Corte de Casación la resolución de la controversia cuando la reclamación se dirige contra los funcionarios en particular, especialmente en los casos muy comentados de *Dame de la Murette* (27 de marzo de 1952) y *Clément* (16 de noviembre de 1964).<sup>273</sup>

El Consejo Constitucional está regulado en los artículos 56-63 de la Constitución de 1958, con antecedentes inmediatos en el Comité Constitucional establecido por los artículos 91 y siguientes de la Ley Fundamental de 13 de

<sup>270</sup> A esta tradición se refieren expresamente Georges Burdeau, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, 1957, cit., p. 87, que inclusive califica de "hostil" al control judicial, y en un sentido similar, Salo Engel, *El control judicial posterior y el examen político previo en la Francia de la postguerra*, en "Revista Jurídica Interamericana", Nueva Orleans, 1964, pp. 90 y ss.

<sup>271</sup> En realidad, es muy limitada la competencia de los tribunales judiciales franceses, y consecuentemente su órgano supremo, o sea la Corte de Casación, para conocer y decidir sobre los actos y resoluciones provenientes de autoridades administrativas, que en su mayoría deben impugnarse, según se ha visto, ante los tribunales administrativos y su órgano supremo, el Consejo de Estado, cfr. Michel Fromont, *La protection juridictionnelle du particulier contre le pouvoir exécutif en France*, cit., pp. 228-232.

<sup>272</sup> Cfr. Secretaría de la Comisión Internacional de Juristas, *La Corte de Casación*, en "Revista" de la propia Comisión, diciembre de 1967, pp. 119-123.

<sup>273</sup> Cfr. Paul Amselk, *Les vicissitudes de la compétence juridictionnelle en matière d'atteintes a la liberté individuelle*, en "Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger". Paris, septiembre de 1965, pp. 81-855.

octubre de 1946,<sup>274</sup> aun cuando sus orígenes pueden remontarse al Senado Conservador de la Constitución del 22 primario del año VIII,<sup>275</sup> y el Senado de la Carta Constitucional de 1852;<sup>276</sup> conformado el propio Consejo un órgano político de control constitucional preventivo de las leyes expedidas por las Cámaras del Parlamento.<sup>277</sup>

Entre las funciones esenciales del citado organismo se encuentra la de pronunciarse, obligatoriamente y siempre de manera previa a su promulgación, sobre la constitucionalidad de las leyes orgánicas y reglamentarias del cuerpo legislativo y respecto de cualquier otro ordenamiento, a petición del presidente de la República, el Primer Ministro o los presidentes de cualquiera de las dos Cámaras Legislativas, con el efecto de que si la decisión del Consejo es en el sentido de la inconstitucionalidad del ordenamiento respectivo, el mismo no puede ser promulgado.<sup>278</sup>

Es claro que en este sentido el Consejo Constitucional ejercita un control preventivo de la constitucionalidad de las leyes cuando las mismas afectan los derechos fundamentales acogidos, según se ha visto, en el Preámbulo de la Carta Fundamental de 1958, ya sea oficiosamente tratándose de las leyes orgánicas y reglamentarias o a petición de los altos funcionarios mencionados en el párrafo anterior, en cualquiera otra hipótesis; pero además de no otorgar a los afectados la posibilidad de impugnación de las disposiciones que consideren contrarias a los derechos humanos, su actividad en esta dirección, a pesar de constituir un control constitucional, es menos efectiva que la del Consejo de Estado por lo que se refiere a la tutela de los propios derechos fundamentales.<sup>279</sup>

b) *Los tribunales constitucionales y el recurso constitucional.* Aun cuando ambas instituciones no se encuentran forzosamente relacionadas, según lo podemos observar en Italia y Suiza, sin embargo estimamos que el citado medio de impugnación adquiere su mayor eficacia cuando se hace valer ante un tribunal especializado en la materia constitucional.

<sup>274</sup> Cfr. Georges Burdeau, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, cit., pp. 90 y ss.; Secretaría de la Comisión Internacional de Juristas, *El Consejo Constitucional*, en la "Revista" de la misma Comisión, Ginebra, diciembre de 1967, pp. 124-129.

<sup>275</sup> Sobre la organización y funciones del Senado Conservador francés, cfr. André Blondel, *Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois. Etude critique comparative: Etats Unis-France*, Paris, 1928, pp. 173 y ss.

<sup>276</sup> Respecto a las atribuciones del Senado como órgano de control constitucional en la Carta francesa de 1852, cfr. Félix Moreau, *Précis Élémentaire de Droit Constitutionnel*, 9a. Ed., Paris, 1921, p. 100.

<sup>277</sup> Cfr. el tratadista Maurice Duverger, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, 1963, p. 643, pretende que este organismo posee carácter jurisdiccional, pero su punto de vista no es compartido por la doctrina mayoritaria, como lo destaca Salo Engel, *El control judicial posterior y el examen político previo en la Francia de la postguerra*, cit., pp. 73-92.

<sup>278</sup> El artículo 62 de la Carta Fundamental francesa dispone: "Una disposición declarada inconstitucional no puede ser promulgada ni puesta en vigor. Las decisiones del Consejo Constitucional no admiten recurso alguno. Se imponen a los poderes públicos y a todas las autoridades administrativas y jurisdiccionales.

<sup>279</sup> Cfr. Charles Eisenmann y Léo Hamon, *La juridiction constitutionnelle en droit français*, cit., pp. 279-281; Francine Batailler, *Le Conseil d'Etat juge constitutionnel*, cit.,

a' Los tribunales constitucionales tienen su inspiración en el establecido por la Constitución austriaca de 1920-1929, configurado según las ideas del ilustre Hans Kelsen sobre la necesidad de establecer una verdadera y propia jurisdicción constitucional,<sup>280</sup> por lo que el sistema ha sido calificado de "austriaco" para distinguirlo del "americano" en cuanto al control de la constitucionalidad de los actos de autoridad.<sup>281</sup>

La Corte Constitucional austriaca, fue suspendida por el gobierno autoritario que tomó el poder en 1933 y por supuesto durante la dominación nacional socialista y la segunda guerra mundial, pero fue restablecida por la Ley de lo. de mayo de 1945, con sus diversas atribuciones de control constitucional, entre las que merecen destacarse la impugnación de la inconstitucionalidad de las leyes (*Normenkontrolle*) y el recurso contra las violaciones a los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente (*Beschwerde*).<sup>282</sup>

a'' Por lo que se refiere a la impugnación de las leyes inconstitucionales —comprendiendo también los reglamentos— en los términos de los artículos 139-140 de la Constitución Federal, se atribuyó al Gobierno Federal o a los gobiernos de las Entidades Federativas, tratándose de leyes o reglamentos locales o nacionales, respectivamente; en la inteligencia de que tanto la Corte Suprema para asuntos civiles y penales (*Oberster Gerichtshof*) como la Corte Suprema Administrativa (*Verwaltungsgerichtshof*) están facultadas para suspender un proceso concreto sometido a su conocimiento cuando estimen que existe duda sobre la constitucionalidad de la ley aplicable al caso, remitiendo el asunto a la Corte Constitucional para que decida exclusivamente sobre la cuestión de constitucionalidad.<sup>283</sup>

Lo que caracteriza el sistema austriaco es el efecto general —*erga omnes*— de la declaración de inconstitucionalidad, en los términos del artículo 140, párrafo tercero, de la Constitución Federal, según el cual, el fallo de la Corte Constitucional debe ser publicada por el Canciller Federal o el Gobernador local (*Landeshauptmann*) con la consecuencia de que el ordenamiento calificado como inconstitucional queda anulado, es decir privado de efectos (*Aufhebung*) a partir de la publicación (*ex nunc*).

Por otra parte, el mismo precepto otorga facultad discrecional a la citada Corte Constitucional para disponer que la anulación de la ley surta efectos a

<sup>280</sup> Cfr. Hans Kelsen, *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)*, en "Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger", París, 1928, pp. 197-257; Walter Frisch Philip, *La forma en que se plasmó la teoría pura del derecho de Hans Kelsen en la jurisdicción austriaca creada por él*, trad. de Elsa Bieler, en "Jurídica", Anuario de la Escuela de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, julio de 1970, pp. 129-130.

<sup>281</sup> Cfr. Mauro Capelletti, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, cit., pp. 34-48.

<sup>282</sup> Cfr. Walter Frisch Philip, *La forma en que se plasmó la teoría pura del derecho*, etcétera, pp. 131-148; Erwin Melichar, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich (La jurisdicción constitucional en Austria)*, en el volumen "Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart", cit., pp. 440-445; Felix Ermacora, *Der Verfassungsgerichtshof (La Corte Constitucional)*, Graz, Austria, 1956, pp. 76-84.

<sup>283</sup> Cfr. Felix Ermacora, *op. ult. cit.*, pp. 214-263; Erwin Melichar, *op. ult. cit.*, pp. 458-460; Walter Frisch Philip, *op. ult. cit.*, pp. 132-143.

partir de una fecha determinada posterior a su publicación de la sentencia de inconstitucionalidad, siempre que el plazo respectivo no sea superior a seis meses.<sup>284</sup>

Claro es que a través de este control de la constitucionalidad de las leyes y de los reglamentos, la Corte Constitucional protege los derechos fundamentales de los gobernados, ya que está facultada, según hemos dicho, para aclarar con efectos generales la nulidad de los ordenamientos o disposiciones que contradigan la Constitución Federal, y por tanto, que menoscaben los derechos de la persona humana reconocidos en la Ley Suprema.

b'' Desde el punto de vista de la tutela específica de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, consideramos de mayor importancia el que podemos calificar de recurso (*Beschwede*, literalmente, queja) de carácter constitucional, ya que éste puede interponerse por los afectados, que son los que con mayor constancia luchan por la defensa de sus derechos constitucionales.

Aun cuando la *Berchwerde*, es decir, el que calificamos como recurso constitucional, no se introdujo en la Constitución de 1920-1929, ya que surgió en la Ley Fundamental sobre el Tribunal Supremo del Imperio (*Reichsgericht*), de 21 de diciembre de 1867,<sup>285</sup> en realidad se perfecciona en el artículo 144 de la citada Carta Federal de la primera postguerra, que como hemos dicho, se restableció en 1945, y actualmente está reglamentado por los artículos 82 a 88 de la Ley sobre la Corte Constitucional (*Verfassungsgerichtshofgesetz*), de 1953.

De acuerdo con los preceptos mencionados, el citado recurso específico puede interponerse por cualquier persona afectada, inclusive extranjera, contra los actos y resoluciones de las autoridades administrativas tanto federales como locales, pero agotando previamente los recursos ordinarios correspondientes.

La Corte Constitucional está facultada para decretar medidas precautorias, tomando en cuenta el interés público y los posibles perjuicios que se causen al interesado, y si considera que el acto o la resolución administrativos son inconstitucionales, puede declarar su nulidad, condenando, si procede, a la autoridad responsable para que restituya al afectado en el goce de sus derechos fundamentales, confiándose el cumplimiento coactivo de la sentencia de inconstitucionalidad, al presidente de la República, el cual puede acudir a todos los medios posibles, incluyendo el ejército.<sup>286</sup>

<sup>284</sup> Cfr. Felix Ermacora, *op. ult. cit.*, pp. 259-263; Walter Frisch, *op. ult. cit.*, pp. 259-263; Walter Frisch, *op. ult. cit.*, pp. 143-146; Id. *Control de las leyes por vía judicial en México y en Austria, así como ciertas instituciones procedimentales en la jurisdicción constitucional de ambos países* (tesis), México, 1969, pp. 136-158.

<sup>285</sup> Cfr. Mauro Cappelletti, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, cit., pp. 31-33; Felix Ermacora, *op. ult. cit.*, pp. 306-307; Günter Winkler, *Der gerichtliche Rechtsschutz des Einzelnen gegenüber der vollziehenden Gewalt in Österreich* (La protección judicial contra el poder ejecutivo en Austria) en la obra "Gerichtsschutz gegen die Executive", cit., t. II, 1970, pp. 836-838.

<sup>286</sup> El procedimiento que debe seguirse para plantear el recurso constitucional ante la Corte especializada austriaca, está regulado por los artículos 82 a 88, de la Ley sobre la citada Corte Constitucional (*Verfassungsgerichtshofgesetz*) de 1953, cfr. Felix Ermacora, *op. ult. cit.*, pp. 298-349; autor que también señala los números de las diversas resolucio-

También debe señalarse que están claramente separados el control de constitucionalidad y el de la legalidad, en cuanto a la tutela de los derechos de los administrados, ya que si el acto o resolución de la autoridad administrativa lesiona un derecho subjetivo consignado en un ordenamiento ordinario, la impugnación debe interponerse ante la Corte Suprema Administrativa (*Verwaltungsgerichtshof*) en los términos de los artículos 129-132 de la Constitución Federal, reglamentados por la Ley sobre la citada Corte Administrativa (*Verwaltungsgerichtshofgesetz*), de 1965.<sup>287</sup>

b' El sistema que debe considerarse más elaborado en esta materia es el establecido por la Ley Fundamental de la República Federal Alemana promulgada el 23 de mayo de 1949, cuyos artículos 93 y 94, inspirados en el sistema austriaco, establecieron un Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), reglamentado por su ley orgánica (*Bundesverfassungsgesetz*), de 12 de marzo de 1951, reformada por Decreto de 21 de julio de 1956.<sup>288</sup>

En cuanto a la protección de los derechos fundamentales, podemos descubrir tres instrumentos que pueden hacerse valer ante el citado Tribunal Constitucional:

a'' En primer término y como ocurre en el modelo austriaco, el Tribunal Constitucional Federal, que tiene su sede en la ciudad de Karlsruhe, e inició sus labores en septiembre de 1951, ejercita un control sobre las leyes inconstitucionales (*Normenkontrolle*).

En efecto, desde este punto de vista, existen dos medios para plantear la inconstitucionalidad de las leyes ante el citado tribunal, lo primero de carácter incidental o prejudicial, se califica por la doctrina como control concreto (*konkrete Normenkontrolle*) y el segundo por vía de acción directa conocida también como control abstracto (*abstrakte Normenkontrolle*).<sup>289</sup>

nes dictadas por la propia Corte Constitucional, desde 1947 hasta 1953, pp. 302-306 tanto en el fondo como en materia procesal, respecto de los recursos constitucionales interpuestos por la violación de los derechos fundamentales consagrados tanto por la Constitución federal como por la Ley constitucional sobre los derechos de los ciudadanos (*Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger* de 1867). Sobre la extensión y contenido de los derechos fundamentales en el derecho austriaco véase el estudio del propio Ermacora, *Die Grundrechte in Österreich* (Los derechos fundamentales en Austria), en la citada obra "Die Grundrechte", t. I, pp. 129-173. Las sentencias que sobre esta materia ha pronunciado la repetida Corte Constitucional austriaca desde 1919 hasta 1964, pueden consultarse en el repertorio intitulado *Die judikatur des Verfassungsgerichtshof* (La jurisprudencia de la Corte Constitucional), compilada por Johann Hirsch y Alfred Kaltenberger, 2 vols. Wien, 1966; sobre la materia también debe consultarse el agudo análisis de Mauro Cappelletti, *op. ult. cit.*, pp. 33-37.

<sup>287</sup> Cfr. Günter Winkler, *Rechtsschutz des Einzelnen gegenüber der vollziehenden Gewalt in Österreich*, cit., pp. 860 y ss.

<sup>288</sup> Cfr. Mauro Cappelletti, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, cit., pp. 63-71; F. Rubio Llorente, *El Tribunal Constitucional Federal alemán*, Caracas, 1962, pp. 113-126, estudio que consigna como apéndice una traducción castellana del autor de la Ley del Tribunal Constitucional Federal de 1961, con sus reformas de 1956, pp. 127-167.

<sup>289</sup> Cfr. Hans Lechner, *Verfassungsgerichtsbarkeit* (La jurisdicción constitucional), en la obra "Die Grundrechte", t. III, vol. 2, Berlín, 1969, p. 660; Ernst Friesenhahn, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland*, cit., pp. 133-144.

En el primer supuesto, cuando un juez o tribunal estiman que la ley aplicable al caso es inconstitucional, suspende el procedimiento y eleva los autos al citado Tribunal Constitucional Federal —salvo que se trate de una contradicción de una ley local con la Constitución provincial, pues entonces debe remitirse al tribunal local competente para conocer de materias constitucionales— para que el citado Tribunal Constitucional, previa la opinión de los tribunales superiores federales o el supremo de la provincia respectiva —en este último supuesto, si una ley local es contraria a la ley federal o a la Constitución Nacional— y con audiencia de las autoridades legislativas y las partes del proceso en el cual surgió la cuestión, decida únicamente sobre el problema jurídico de constitucionalidad planteado (artículos 110 de la Constitución Federal, y 13, fracción 11, 80-82 de la Ley Reglamentaria).<sup>290</sup>

La acción directa de inconstitucionalidad o control abstracto, puede plantearse directamente ante el Tribunal Constitucional Alemán por el Gobierno Federal o el de una provincia, o por un tercio de los miembros de la Asamblea Federal (*Bundestag*), cuando dichas autoridades estimen que una ley federal o local es contraria a la Constitución Nacional, o la segunda, también a un ordenamiento federal (artículos 93, fracción 20 de la citada Constitución Federal y 15, fracción vi, 76-79 de la Ley Reglamentaria correspondiente).

En uno y otro caso, la resolución que dicte el Tribunal Constitucional Federal tiene eficacia general (*erga omnes*) si declara la inconstitucionalidad del ordenamiento combatido y se traduce en la derogación del mismo ordenamiento en cuanto la decisión es publicada en el periódico oficial (artículo 31 de la Ley sobre el citado Tribunal Constitucional Federal), aun cuando el fallo también puede asumir efectos retroactivos respecto a las situaciones jurídicas no consumadas, e inclusive se admite la revisión de las sentencias firmes en materia criminal, no pudiendo ejecutarse las de carácter civil, cuando se apoyen en las normas declaradas inconstitucionales por el propio Tribunal Constitucional (artículo 79 de la Ley Reglamentaria).<sup>291</sup>

b'' El instrumento específico de tutela de los derechos humanos es la llamada *Verfassungsbeschwerde*, que a falta de una traducción exacta, hemos calificado como "recurso constitucional".<sup>292</sup>

<sup>290</sup> Cfr. Ernst Friesenhahn, *op. ult. cit.*, pp. 136 y ss. Este control de carácter prejudicial, tiene semejanzas con el sistema italiano, que se examinará más adelante, como lo ha puesto de relieve Mauro Cappelletti, en su estudio intitulado *La pregiudizialità costituzionale nel processo civile*, Milano, 1957, pp. 4-9.

<sup>291</sup> Cfr. Mauro Cappelletti, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, cit., p. 68; Ernst Friesenhahn, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland*, cit., pp. 189-190.

<sup>292</sup> Esta es también la calificación que asigna el tratadista italiano Mauro Cappelletti, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, cit., pp. 62 y ss.; pero las dificultades de una traducción exacta del vocablo alemán *Verfassungsbeschwerde*, han sido señaladas agudamente por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, en su reseña hemerográfica al estudio de Hans Rupp, *Die Verfassungsbeschwerde im Rechtsmittelsystem*, al cual nos referiremos más adelante; reseña publicada en la "Revista de Derecho Procesal Iberoamericana", Madrid, 1970. pp. 211-213.

Con antecedentes inmediatos en instituciones similares establecidas en las Constituciones locales del Estado de Baviera de 1919 y 1946,<sup>293</sup> sin embargo no fue consagrado expresamente este instrumento en el texto de la Ley Fundamental de la República Federal de 1949, sino que debe considerarse una creación del legislador federal, que lo introdujo en los artículos 90 a 96 de la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*) de 1961, que hemos mencionado anteriormente,<sup>294</sup> y sólo con posterioridad fue introducida esta institución en el inciso 4a del artículo 93 de la Constitución Federal, por reforma de 29 de enero de 1969.

Este recurso puede interponerse por cualquier afectado (persona física o colectiva) en sus derechos fundamentales consagrados constitucionalmente por acto de cualquier autoridad, ya sea administrativa, legislativa o judicial, y también tratándose de la violación de las disposiciones electorales, es decir, cuando se produce un acto de autoridad que infringe el sufragio directo, libre, igual y secreto.

Sin embargo, no todos los derechos subjetivos públicos consagrados constitucionalmente se encuentran tutelados por el recurso constitucional mencionado, sino exclusivamente aquellos calificados como fundamentales (*Grundrechte*), que son los consignados en una sección especial de la Ley Fundamental de Bonn (Constitución Federal), artículos 1o. a 19, así como aquellos que se consideran “equiparados” a los primeros, mediante remisión expresa a las disposiciones también constitucionales que los regulan, en los términos del artículo 90, inciso primero de la misma Ley sobre el Tribunal Federal Constitucional.<sup>295</sup>

De acuerdo con lo anterior, se protegen procesalmente a través del recurso constitucional los siguientes derechos de la persona humana: libre desenvolvimiento de la personalidad y derecho a la vida y a la integridad corporal (artículo 2o.); igualdad de los hombres ante la ley (artículo 3o.); libertad de creencias, conciencia, de religión y de opiniones filosóficas (artículo 4o.); libertad de expresión y difusión de las opiniones de palabra, por escrito y por imágenes (artículo 5o.); protección del matrimonio y la familia, así como el derecho y la obligación de los padres de crear y educar a sus hijos (artículo 6o.); libertad de reunión de manera pacífica y sin armas (artículo 8o.); libertad de asociación (artículo 9o.); inviolabilidad de la correspondencia y de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas (artículo 10); libertad de residencia en todo el territorio de la Federación (artículo 11); libertad de elegir profesión,

<sup>293</sup> Cfr. Mauro Cappelletti, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, cit., pp. 39-62.

<sup>294</sup> Debe tomarse en consideración que el constituyente de Bonn estableció un recurso jurisdiccional genérico, en el artículo 19 párrafo 4 de la propia Ley Fundamental, según el cual: “Un recurso jurisdiccional queda abierto a cualquiera que se encuentre lesionado en sus derechos por el poder público. Este recurso es, salvo disposición contraria, de la competencia de los tribunales ordinarios”, cfr. Klaus Vogel, *Der gerechliche Rechtsschutz des Einzelnen gegenüber der vollziehenden Gewalt in der Bundesrepublik Deutschland* (La protección judicial del particular contra el poder ejecutivo en la República Federal Alemana), en el volumen ya citado “Gerichtsschutz gegen die Executive”, t. 1, pp. 132-134.

<sup>295</sup> Cfr. Mauro Cappelletti, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, cit., pp. 67-68; F. Rubio Llorente, *El Tribunal Constitucional alemán*, cit., pp. 123-124 y 158.

lugar de trabajo y de formación profesional (artículo 12); inviolabilidad del domicilio (artículo 13); derecho a la propiedad privada y a la herencia (artículo 14); derecho de asilo por persecuciones políticas (artículo 16); derecho de petición (artículo 17); etcétera.

En cuanto a los derechos que se equiparan a los anteriores, son los relativos a la igualdad de derechos y oportunidades en todas las provincias (*Länder*) (artículo 33); sufragio universal, directo, libre y secreto para ser designado o votar para diputados a la Cámara Federal (*Bundestag*) (artículo 38); prohibición de los tribunales de excepción (artículo 101), y garantías del proceso (artículos 103 y 104), preceptos todos ellos de la Constitución Federal.

Por regla general se exige el agotamiento de los recursos ordinarios que procedan contra los actos y resoluciones que se consideren violatorios de los derechos fundamentales antes mencionados, a no ser que el mismo Tribunal Constitucional Federal estime que la impugnación deba admitirse de manera inmediata, es decir, sin agotar la vía ordinaria, por considerar que tiene importancia general o que amenaza al recurrente un perjuicio grave o irremediable en el supuesto de que se le remita a la citada vía ordinaria (artículo 90 inciso 2, de la Ley Reglamentaria del citado Tribunal).<sup>296</sup>

El agotamiento de los recursos ordinarios como presupuesto de admisibilidad de la impugnación mencionada determina que en la gran mayoría de los recursos constitucionales se interpongan contra resoluciones judiciales firmes dictadas en única o última instancia de tribunales locales o federales, si tomamos en consideración que salvo excepciones, los actos administrativos pueden combatirse ante los tribunales judiciales —existe un Tribunal Administrativo Supremo Federal— y que las leyes no se impugnan directamente por los particulares afectados —pues ya se ha visto que la legitimación para acudir al Tribunal Constitucional Federal contra las leyes en abstracto corresponde al Gobierno Federal, al de una provincia o a un tercio de los miembros de la Cámara Federal (*Bundestag*)— ya que los citados particulares únicamente pueden combatir los actos concretos de aplicación, a no ser que se trate de leyes que les causen perjuicios con motivo de su entrada en vigor —o sea las que la doctrina y jurisprudencia mexicanas califican como autoaplicativas.<sup>297</sup>

Esta situación es la que nos ha llevado a considerar que el instrumento que estamos examinando constituye un recurso en sentido técnico, ya que en su mayor proporción se hace valer contra resoluciones judiciales, pero también se presenta excepcionalmente la hipótesis de una *acción constitucional* a través de la misma *Verfassungsbeschwerde*, es decir, cuando la impugnación se puede hacer directamente ante el Tribunal Constitucional Federal, ya sea en los casos en que el mismo Tribunal estime que existe interés general o que se puede causar un daño grave o irreparable al promovente o bien en los supuestos de leyes

<sup>296</sup> Cfr. Mauro Cappelletti, *op. ult. cit.*, pp. 76-77; Ernst Friesenhahn, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland*, cit., p. 164; Klaus Vogel, *Der gerichtliche Rechtsschutz der Einzelnen gegenüber der vollziehenden Gewalt in der Bundesrepublik Deutschland*, cit., p. 165.

<sup>297</sup> Cfr. Mauro Cappelletti, *op. ult. cit.*, pp. 75-76; Ernst Friesenhahn, *op. ult. cit.*, p. 163.

autoaplicativas o de actos contra los cuales las disposiciones respectivas no concedan recursos o impugnaciones ordinarias.

Un aspecto importante es la facultad del Tribunal para dictar providencias precautorias con el objeto de evitar un grave perjuicio al promovente, o por cualquier otro motivo importante apoyado en razones de interés público, artículo 32, inciso 1, de la Ley sobre el Tribunal Constitucional, impidiendo de esta manera la consumación de la afectación de los derechos fundamentales, en forma similar a la medida cautelar de la suspensión del acto reclamado en el derecho mexicano.<sup>298</sup>

La Ley Reglamentaria que hemos venido examinando establece una serie de disposiciones sobre la eficacia de los fallos del Tribunal Federal Constitucional en general y en relación con la tutela de los derechos humanos en particular, ya que en primer término, de acuerdo con los artículos 31, inciso 1, y 35, las decisiones del Tribunal Constitucional Federal obligan a todos los órganos constitucionales de la Federación y de las Provincias, así como a todas las autoridades y Tribunales, y además, el propio Tribunal puede determinar en su decisión quién ha de ejecutarla, y en su caso, la forma y modo del cumplimiento en cada caso concreto.

Por lo que se refiere específicamente a las resoluciones del propio Tribunal que consideren fundado el recurso constitucional, éstas deben señalar el precepto de la Ley Fundamental que ha sido violada y la acción u omisión de la autoridad que ha causado la infracción, pudiendo declarar que toda repetición de la medida atacada infringe la propia Ley Fundamental; en la inteligencia de que si el acto impugnado es una resolución judicial —que es la hipótesis más frecuente, según se ha dicho— el Tribunal Constitucional Federal anula dicha resolución y, en su caso, remite el asunto al tribunal competente, pero si la impugnación se dirige contra una ley —autoaplicativa— o el acto o resolución reclamados se apoya en una ley inconstitucional, el repetido Tribunal Constitucional, además de anular el acto de aplicación, cuando existe, declara la inconstitucionalidad de la ley respectiva, en forma general —*erga omnes*—.<sup>299</sup>

Por todo lo anterior, no resulta extraño que el recurso constitucional hubiese adquirido gran popularidad, a tal grado, que como lo señala el tratadista y Magistrado del citado Tribunal Constitucional, Hans Rupp, de las 18,689 impugnaciones en todas las materias de competencia del propio Tribunal que se hicieron valer desde el 7 de septiembre de 1951 —en que dicho Tribunal empezó sus actividades— hasta el 31 de diciembre de 1967, 17,232 lo fueron a través de recursos constitucionales.<sup>300</sup>

<sup>298</sup> Cfr. Mauro Cappelletti, *op. ult. cit.*, pp. 84-85.

<sup>299</sup> Cfr. Ernst Friesenhahn, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit*, etcétera, pp. 189-190; Mauro Cappelletti, *op. ult. cit.*, pp. 94 y ss.

<sup>300</sup> *Die Verfassungsbeschwerde im Rechtsmittelsystem* (El recurso constitucional en el sistema de los medios de impugnación), en "Zeitschrift für Zivilprozess" (Revista de Derecho Procesal Civil), Köln, enero de 1969, p. 1; por su parte, también Ernst Friesenhahn, *op. ult. cit.*, p. 167, señala que el recurso constitucional constituye el medio de impugnación que se ha utilizado con mayor frecuencia, y que en el periodo de diez años que examina (1951-1961), se habían interpuesto un promedio de 80 a 90 recursos mensuales ante la Corte Constitucional (cerca de 8100 en total, en ese lapso).

El mismo autor advierte que de todos estos recursos constitucionales sólo el uno por ciento aproximadamente, es decir 174 —de los cuales 45 se tradujeron en la declaración general de inconstitucionalidad total o parcial de ordenamientos legislativos— fueron resueltos favorablemente a los promoventes, no obstante lo cual, no ha disminuido la interposición de los propios recursos constitucionales.<sup>301</sup>

Debe hacerse notar que con independencia del escaso número de resoluciones favorables a los promoventes del recurso constitucional, éste ha demostrado su eficacia en varias direcciones, ya que en opinión, de la doctrina, en primer lugar fortalece de manera indirecta el respeto de los derechos humanos por parte de todas las autoridades, al conocer que sus extralimitaciones serán impugnadas a través del citado recurso, advirtiéndose un mayor cuidado de los funcionarios en sus relaciones con los particulares; por otra parte, desde el punto de vista objetivo, las resoluciones dictadas en esta clase de impugnaciones, aun cuando sean propicias a los recurrentes, han servido para fijar y establecer los criterios de interpretación de disposiciones fundamentales relativas a los derechos del hombre, como lo demuestra el estudio de los volúmenes del Repertorio oficial que contiene el catálogo de las decisiones del Tribunal Constitucional Federal (*Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*).<sup>302</sup>

Ha sido tal el crecimiento de los recursos constitucionales ante el Tribunal Constitucional Federal, que se hizo necesaria la reforma de las disposiciones relativas de la Ley del citado Tribunal (artículos 91 y 93), según los Decretos de 21 de julio de 1956, 3 de agosto de 1963 y 21 de diciembre de 1970, para establecer un procedimiento previo de admisión a cargo de Comisiones Tripartitas de Magistrados del propio Tribunal, con la facultad de desestimar *in limine* aquellos recursos que se consideren notoriamente infundados, que no planteen problemas constitucionales o cuyo rechazo no produzca perjuicios irreparables a los promoventes.<sup>303</sup>

El inciso 3o. del artículo 90 de la mencionada Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Federal dispone que la interposición del recurso constitucional ante el citado Tribunal Federal no afecta el derecho de proponer un recurso de la misma naturaleza ante un Tribunal Constitucional local, de acuerdo con el ordenamiento de éste, lo que tiene importancia, ya que existen varios tribunales de esta naturaleza en casi todas las provincias de la República Federal, pudiendo mencionarse los establecidos en Baviera, Renania-Palatinado, Hesse,<sup>304</sup> Württemberg, Bremen y Hamburgo.<sup>305</sup>

<sup>301</sup> Cfr. Hans Rupp, *op. ult. cit.*, pp. 1-2.

<sup>302</sup> Cfr. Hans Rupp, *op. ult. cit.*, pp. 3 y ss. Por su parte, el tratadista italiano Silvio Lessona, *La funzione del Tribunale Costituzionale Federale della Repubblica Tedesca*, en "Rivista trimestrale di Diritto Pubblico", Milano, octubre-diciembre de 1964, pp. 816 y ss.; señala que hasta el año de 1964 ya eran quince los volúmenes que contienen los fallos del Tribunal Constitucional, lo que representa un esfuerzo que se califica de asombroso en el campo de la justicia constitucional.

<sup>303</sup> Cfr. Hans Rupp, *op. ult. cit.*, pp. 5-8.

<sup>304</sup> El recurso constitucional ante estos tres tribunales es analizado por Mauro Cappelletti, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, cit., pp. 46-62; 105-110.

<sup>305</sup> Cfr. Hans Lechner, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit*, cit., pp. 685-689; Ernst Friesenhahn, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit*, etcétera, cit., pp. 103-105.

Esto significa que los afectados por un acto de autoridad de carácter local pueden tener una doble protección, si dicho acto no sólo lesiona un derecho fundamental consignado en la Constitución provincial —que pueden ser más amplios o restringidos que los consignados en la Carta Federal— sino que también implica la infracción de uno de los derechos del hombre consagrados por la Constitución nacional, ya que en ese supuesto el particular lesionado en su derecho de doble naturaleza —local y federal— puede acudir al Tribunal Constitucional Provincial o al Federal, alternativamente o en forma simultánea.<sup>306</sup>

c' Un aspecto novedoso del sistema alemán occidental de justicia constitucional en cuanto a la tutela procesal de los derechos fundamentales, consiste en el procedimiento de la pérdida o suspensión de algunos de estos derechos, en el supuesto de que se abuse de su ejercicio, según lo dispuesto por el artículo 18 de la Constitución Federal,<sup>307</sup> correspondiendo al Tribunal Constitucional Federal la declaración respectiva, a través de un procedimiento contradictorio regulado por los artículos 39 a 42 de la Ley del citado Tribunal Constitucional.<sup>308</sup>

La petición para la pérdida o suspensión de los derechos fundamentales se atribuye a la Asamblea Federal (*Bundestag*), al Gobierno Federal o al de una Provincia (artículo 36 Ley Orgánica), correspondiendo al Tribunal Constitucional Federal, después de oír al demandado, determinar los derechos fundamentales que deben afectarse, con las limitaciones en cuanto a tiempo y forma, siempre que no se menoscaben otros derechos diversos, pudiendo también declarar la pérdida del derecho electoral activo y pasivo y de la capacidad para ocupar cargos públicos, y si se trata de personas jurídicas colectivas, puede decretar su disolución (artículo 39 de la Ley).

Se ha establecido, además, un mecanismo para revocar el fallo que declare la pérdida o suspensión de derechos humanos por tiempo ilimitado o por un plazo mayor de un año, ya que una vez transcurridos dos años de haberse dictado la sentencia, el anterior solicitante o el sentenciado, pueden acudir ante el propio Tribunal Constitucional Federal, para que revoque total o parcialmente la pérdida o reduzca su duración, y esa petición puede repetirse después de un año a partir de la última decisión del Tribunal (artículo 40 de la Ley).

El procedimiento de pérdida de derechos fundamentales pudiera parecer contrario, a primera vista, a la protección de los mismos derechos, pero en el fondo puede traducirse en una tutela indirecta, ya que el abuso del ejercicio de los derechos humanos generalmente implica una invasión de esfera de la libertad de los demás o algunos de los gobernados, y además, resulta saludable

<sup>306</sup> Cfr. Mauro Cappelletti, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, cit., p. 80; Ernst Friesenhahn, *op. ult. cit.*, pp. 113-118

<sup>307</sup> El artículo 18 de la Ley Fundamental de Bonn, dispone: "Cualquiera que abuse de la libertad de expresión, de las opiniones, en particular de la libertad de prensa (artículo 5º, párrafo 1º), de la libertad de enseñanza (artículo 1º, párrafo 3º), de la libertad de reunión (artículo 8), de la libertad de asociación (artículo 9), del secreto de correspondencia postal, telegráfica o telefónica (artículo 10), del derecho de propiedad (artículo 14) o del derecho de asilo (artículo 16, párrafo 2º), para combatir el orden constitucional, liberal y democrático, será suspendido en sus derechos fundamentales. Permanece al Tribunal Constitucional Federal pronunciar dicha suspensión y fijar su extensión."

<sup>308</sup> Cfr. Ernst Friesenhahn, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit*, etc., pp. 179-181.

establecer un equilibrio entre autoridad y libertad, tomando en cuenta, que la Ley del Tribunal Constitucional Federal establece una serie de mecanismos para evitar un menoscabo permanente de los derechos cuyo abuso se ha declarado.

c' La Constitución republicana de Italia, que entró en vigor el 1o. de enero de 1948, estableció en sus artículos 134 a 137, una Corte Constitucional,<sup>309</sup> la cual por razones de carácter político, no pudo funcionar inmediatamente, sino que se integró hasta el año de 1956, habiéndose dictado su primera sentencia el 14 de julio de ese mismo año.<sup>310</sup>

Esta Corte Constitucional se inspira también en el modelo austriaco en cuanto a la declaración general de inconstitucionalidad, pero se aparta de este modelo en la forma de plantear la cuestión de inconstitucionalidad en un proceso concreto.

En efecto, en esta materia el ordenamiento italiano configura dos medios de elevar a la Corte Constitucional la contradicción entre una ley ordinaria y la otra por la vía de acción directa.

En el primer caso se trata de la impugnación de las disposiciones de un ordenamiento cuando el problema se plantea de oficio por el juez de la causa, a petición de una de las partes o del Ministerio Público, en un proceso concreto, en los términos de los artículos 1o. de la Ley Constitucional de 9 de febrero de 1948, número 1 y 23 de la Ley de 11 de marzo de 1953, número 87; de tal manera que si el juzgador considera que el proceso ordinario no puede ser resuelto con independencia de la decisión que se dé a la cuestión de constitucionalidad, y además, siempre que la propia cuestión no carezca manifiestamente de fundamento, dicta una resolución (ordenanza), remitiendo los autos a la citada Corte Constitucional,<sup>311</sup> de manera que, según lo señalamos anteriormente, el juez ordinario es el único que está facultado para abrir o cerrar el camino de la cuestión de inconstitucionalidad que ha surgido en el proceso concreto respectivo, ya que a él le corresponde exclusivamente decidir sobre la relevancia o procedencia de la propia cuestión (*ver nota 49*).

El otro medio de plantear la inconstitucionalidad de los ordenamientos legales ante la Corte Constitucional es calificado por la doctrina como *acción*

<sup>309</sup> Preceptos reglamentados por las leyes constitucionales de 9 de febrero de 1948, Núm. 1, y 11 de marzo de 1953, Núm. 1; por las leyes ordinarias de 11 de marzo de 1953, Núm. 87, de 18 de marzo de 1958, Núm. 265, y de 25 de enero de 1962, Núm. 20; por las normas integrativas formuladas por la misma Corte Constitucional el 16 de marzo de 1956, y finalmente, por el reglamento general, también expedido por el citado Tribunal, el 22 de abril de 1958.

<sup>310</sup> Sentencia publicada en la "Rivista di Diritto Processuale", Padova, julio-septiembre de 1956, segunda parte, pp. 149 y ss.; con un extraordinario comentario de Piero Calamandrei, *La prima sentenza della Corte Costituzionale*, este último estudio traducido por Santiago Sentís Melendo, *La primera sentencia de la Corte Constitucional*, en "Estudios sobre el proceso civil", Buenos Aires, 1962, pp. 185-198.

<sup>311</sup> En el supuesto de que el propio juzgador deseche la cuestión de inconstitucionalidad, por no tener relación con la causa o por ser manifiestamente infundada, esta resolución no impide, en los términos del artículo 24 de la citada Ley Núm. 87 de 1953, que el problema de constitucionalidad se vuelva a plantear en cualquier grado del proceso, pero sólo cuando el tribunal de instancia considere pertinente esta cuestión puede elevarse a la Corte Constitucional.

*directa de inconstitucionalidad*,<sup>312</sup> ya que se trata de las impugnaciones que pueden intentar el gobierno nacional respecto de una ley regional; cuando una región demanda la inconstitucionalidad de una ley nacional, o bien la de otra región (artículos 31, 32 y 33 de la Ley número 87 de 1953).<sup>313</sup>

Tanto en el supuesto de la impugnación por la vía incidental o prejudicial, como cuando se intenta por el gobierno de la República o de las regiones la acción directa de inconstitucionalidad, si la Corte Constitucional estima que existe contradicción entre el ordenamiento combatido y la Carta Fundamental, su resolución asume efectos generales (*erga omnes*), ya que el artículo 136 de la Ley Suprema establece categóricamente: "Cuando la Corte declara la inconstitucionalidad de una disposición legal o de un acto con fuerza de ley, la norma cesará de tener eficacia a partir del día siguiente a la publicación de la decisión."<sup>314</sup>

Sin embargo, debe lamentarse en el sistema italiano la ausencia de un instrumento similar al recurso constitucional de los ordenamientos de Austria y de Alemania Occidental, que pudiera promoverse por los afectados contra actos violatorios de sus derechos fundamentales, directamente ante la Corte Constitucional, con mayor razón si tomamos en cuenta que la citada Corte Constitucional Italiana de 1948 contiene una declaración de derechos tanto individuales como de carácter social que debe estimarse como una de las más adelantadas y progresistas de la segunda postguerra.<sup>315</sup>

En tales condiciones, corresponde esencialmente a la mencionada Corte Constitucional a través de su función de control de la constitucionalidad de las leyes, tanto en la vía prejudicial como a través de la acción directa —más frecuente la primera que la segunda— tutelar los derechos humanos consagrados constitucionalmente, al declarar la inconstitucionalidad, con efectos generales, de aquellos ordenamientos nacionales o regionales que contradigan los citados derechos fundamentales, y esto lo ha venido haciendo de manera bastante satisfactoria, especialmente en el campo de la libertad personal y de los derechos del acusado en materia penal, tomando en cuenta que numerosas disposiciones de esta índole provienen de la época del fascismo, aun cuando se han procurado reformar en los últimos años, precisamente por la obra de la Corte Constitucional.<sup>316</sup>

<sup>312</sup> Cfr. Piero Calamandrei, *Corte Constitucional y autoridad judicial*, en "Estudios sobre el proceso civil", cit., p. 128.

<sup>313</sup> Cfr. F. Rubio Llorente, *La Corte Constitucional italiana*, en "Revista de la Facultad de Derecho", Núm. 31, Caracas, 1965, pp. 229-232; Aldo M. Sandulli, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Italien* (La jurisdicción constitucional en Italia), en el volumen "Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart", cit., pp. 301-305.

<sup>314</sup> A su vez, la parte relativa del artículo 30 de la citada Ley Núm. 87 de 1953, determina que: "Las normas declaradas inconstitucionales no pueden ser aplicadas a partir del día siguiente a la publicación de la decisión..."

<sup>315</sup> Cfr. Carlos Ollero, *El derecho constitucional de la posguerra, Apuntes para su estudio*, Barcelona, 1949, pp. 52 y ss.

<sup>316</sup> Cfr. F. Rubio Llorente, *La Corte Constitucional italiana*, cit., p. 212; Verzio Crisafulli, *Le funzione della Corte Costituzionale nella dinamica del sistema; esperienze e prospettive*, en "Rivista di Diritto Processuale", Padova, abril-junio de 1966, pp. 206-232; Giovanni Bognetti, *La Corte Costituzionale Italiana e la sua partecipazione alla funzione*

Por otra parte, la tutela procesal de los derechos humanos no descansa en Italia únicamente en la Corte Constitucional mencionada, sino también en otros dos organismos, que se crearon desde el siglo anterior por influencia francesa, nos referimos a la Corte de Casación y al Consejo de Estado, que en sus respectivas esferas protegen a los particulares frente a los actos que menoscaben sus derechos fundamentales, especialmente cuando provienen de autoridades administrativas.

Además, de acuerdo con la tradición italiana, que recoge la Constitución de 1948, existe una división entre intereses legítimos y derechos subjetivos de los administrados, y en su mayor parte, los primeros, salvo casos especiales, pueden hacerse valer ante los tribunales administrativos y en última instancia, ante el Consejo de Estado,<sup>317</sup> en tanto que la defensa de los derechos subjetivos corresponde esencialmente a las autoridades judiciales ordinarias, y en último grado, a la Corte de Casación italiana.

La tutela de los derechos subjetivos de los administrados, y así sea indirectamente, los de carácter constitucional, ha determinado rozamientos entre las Cortes de Casación y Constitucional, ya que en ocasiones han resuelto problemas similares, particularmente tratándose de los derechos humanos, de manera diversa, ya que el tribunal especializado, con un espíritu interpretativo más liberal, se ha enfrentado a un criterio más restringido de la Corte de Casación, la cual está integrada por jueces profesionales que poseen una preparación tradicional,<sup>318</sup> buscándose actualmente un punto de equilibrio entre estos dos organismos.<sup>319</sup>

*di indirizzo politico dello Stato nel presente momento storico*, en "Jus", "Rivista di scienze giuridiche", Milano, enero-junio de 1967, pp. 109-126.

<sup>317</sup> Según la parte relativa del artículo 103 de la Constitución Italiana vigente: "El Consejo de Estado y los otros órganos de justicia administrativa tienen jurisdicción para la tutela, frente a la Administración pública, de los intereses legítimos, y en los casos particulares indicados en la ley, también de los derechos subjetivos..." Cfr. Giovanni Paleologo, *Il Consiglio di Stato italiano. Struttura e funzioni*, en "Rivista Italiana di Diritto Pubblico", Milano, abril-junio de 1966, pp. 303-353; Vittorio Bachelet, *La protection juridictionnelle du particulier contre le pouvoir exécutif en Italie*, en la obra varias veces citada "Gerichtsschutz gegen die Exekutive", t. I, pp. 485-488; Giovanni Miele, *Passato e presente della giustizia amministrativa in Italia*, en "Rivista di Diritto Processuale", Padova, enero-marzo de 1966, pp. 1-31.

<sup>318</sup> Respecto a la integración de la Corte Constitucional italiana se ha buscado un sistema que combina la trascendencia de las corrientes políticas con la más severa imparcialidad, y por ello es que predomina el criterio técnico, en cuanto si bien los quince jueces que forman parte de dicho Tribunal son designados por terceras partes, por el presidente de la República, por el Parlamento en sesión conjunta, y por las supremas magistraturas ordinarias y administrativas, esta elección no puede recaer, en los términos del artículo 135 constitucional, sino "entre los magistrados, incluso los jubilados, de las jurisdicciones superiores ordinaria y administrativa, los profesores titulares de las Universidades en materias jurídicas y lo abogados con veinte años de ejercicio; cfr. Aldo M. Sandulli, *L'indipendenza della Corte Costituzionale*, en "Rivista di Diritto Processuale", Padova, enero-marzo de 1966, pp. 37-51; F. Rubio Llorente, *La Corte Constitucional italiana*, cit., pp. 207-211.

<sup>319</sup> Cfr. John Henry Merryman y Vincenzo Vigoriti, *When courts collide: Constitution and cassation in Italy*, en "The American Journal of Comparative Law", Ann Arbor, Michigan, vol. 15, Núm. 4, 1966-1967, pp. 665-686.

Esta situación de conflicto que eventualmente puede presentarse entre la Corte de Casación —y en menor escala respecto del Consejo de Estado— y la Corte Constitucional Italiana, en relación con la tutela procesal indirecta de los derechos fundamentales, refuerza la lucha de un sector de la doctrina por el establecimiento de un recurso constitucional específico que pudieran utilizar los particulares ante la propia Corte Constitucional para proteger los derechos humanos por cualquier acto de autoridad, ya que la tutela indirecta antes mencionada, resulta insuficiente, como lo ha demostrado con gran precisión el tratadista Mauro Cappelletti.<sup>320</sup>

d' El caso del ordenamiento federal suizo es el contrario al de Italia, puesto que la Constitución Federal consagra un recurso constitucional literalmente, recurso de derecho público (*Staatrechtliche Beschwerde*) contra los actos administrativos, legislativos y judiciales de las autoridades cantonales, pero en cambio carece de una Corte Constitucional especializada, ya que las cuestiones de constitucionalidad competen al Tribunal Supremo Federal, de acuerdo con la influencia angloamericana que señalamos con anterioridad.

No obstante que el citado recurso constitucional está limitado a la tutela de los derechos fundamentales reconocidos tanto por la Constitución Federal como de las Cartas cantonales, en contra de los actos y disposiciones de autoridades administrativas, judiciales y legislativas de carácter local, en los términos del artículo 113, inciso primero, número 3, de la vigente Ley Fundamental Federal de 29 de mayo de 1874,<sup>321</sup> asume gran importancia debido a la magnífica labor que ha desarrollado el Tribunal Supremo Federal en beneficio de los citados derechos humanos consagrados constitucionalmente.<sup>322</sup>

El citado recurso puede interponerlo cualquier afectado en sus derechos fundamentales por la actividad de las autoridades cantonales, y cuando se trata de impugnación de disposiciones legislativas, también locales, dicha afectación puede ser inclusive potencial, lo que implica una gran liberalidad en la admisión del propio recurso, por lo que sólo es de lamentarse que no resulte procedente en relación con autoridades federales.<sup>323</sup>

Por otra parte, el mismo Tribunal Federal, a través de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, también de carácter local —pues no se

<sup>320</sup> En realidad, su magnífico libro tantas veces mencionado, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, esp. pp. 111 y ss., constituye un alegato muy convincente para el establecimiento de un medio procesal de tutela directa y específica de las libertades fundamentales, como la que existe en los países que estudia con preferencia, es decir, la República Federal Alemana, Suiza y Austria.

<sup>321</sup> El citado precepto dispone en lo conducente: “artículo 113. El Tribunal Federal conoce, además: . . . 3. De las reclamaciones por violación de los derechos constitucionales de los ciudadanos, así como las reclamaciones de particulares por violación de concordatos y de tratados. . .”; cfr. Mauro Cappelletti, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, cit., pp. 20-22; Max Imboden, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, cit., pp. 520-521; Kurt Eichenberger, *Der gerichtliche Rechtsschutz des Einzelnen gegenüber der vollziehenden Gewalt in der Schweiz* (La protección judicial del particular contra el poder ejecutivo en Suiza), en la obra “*Gerichtsschutz gegen die Executive*”, cit., t. 2, pp. 984-985.

<sup>322</sup> Cfr. Mauro Cappelletti, *op. ult. cit.*, pp. 21-22

<sup>323</sup> Cfr. Mauro Cappelletti, *op. ult. cit.*, p. 20; Max Imboden, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, cit., pp. 522-523.

pueden impugnar las de naturaleza federal—, con efectos particulares para cada caso concreto, también puede efectuar una tutela indirecta de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, de la misma manera que los países que han seguido el sistema calificado como “americano” en esta materia.<sup>324</sup>

e’ El modelo austriaco de tribunal constitucional especializado, además de haber sido adoptado, según se ha visto, por los ordenamientos promulgados en esta postguerra en Italia y la República Federal Alemana, ha tenido una amplia divulgación y se va extendiendo paulatinamente inclusive tratándose de países que se han organizado de acuerdo con el modelo socialista de la Unión Soviética.

Para no alargar demasiado, esta exposición panorámica, describiremos en forma muy sucinta estos ordenamientos, tomando en cuenta la época en que fueron introducidos:

a’ En la Constitución de la República de Chipre promulgada el 16 de agosto de 1960, se estableció también un Tribunal Supremo Constitucional (artículos 133 a 151) con facultades sumamente heterogéneas y complicadas, pero con el objeto fundamental de lograr un equilibrio entre las comunidades griega y turca de la citada isla, como lo reflejaba la composición del citado Tribunal, que se integraba sólo con tres magistrados, uno de origen griego, el otro de ascendencia turca, y el tercero originario de un país neutral, por lo que no podía ser designado entre los súbditos de Grecia, Turquía, Gran Bretaña o sus colonias (artículo 133 constitucional).<sup>325</sup>

Lo que debemos subrayar en el sistema chipriota era la posibilidad de un recurso constitucional directo que podía hacer valer cualquier persona afectada directamente o como miembro de una de las dos comunidades (griega o turca), por una decisión, acto u omisión de cualquier autoridad, que se considerara contrario a la Carta Fundamental, comprendiéndose la tutela de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, varios de los cuales, de carácter individual o social, tienen su origen en el modelo trazado por la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de diciembre de 1948 y las de la Convención Europea de los Derechos del Hombre de 1950, pero además se consignan algunos peculiares de la división del país en las dos comunidades raciales antes indicadas.<sup>326</sup>

Sin embargo, en virtud de los constantes conflictos entre las propias comunidades griega y turca, en junio de 1964 la Cámara de Representantes (Dipu-

<sup>324</sup> Cfr. Mauro Cappelletti, *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, cit., p. 36; Max Imboden, *op. ult. cit.*, pp. 511-515.

<sup>325</sup> Cfr. George Vlachos, *L'organisation constitutionnelle de la République de Chypre*, en “Revue Internationale de Droit Comparé”, París, julio-septiembre de 1961, p. 528; *El sistema constitucional de la República de Chipre*, en “Revista de la Comisión Internacional de Juristas”, Ginebra, diciembre de 1960, pp. 38-39; Nicolas Antonopoulos, *La Constitution de la République de Chypre*, en “Revue Hellénique de Droit International”, Atenas, julio-diciembre de 1962, pp. 309-310, Willi Blümel, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Republik Zypern* (La jurisdicción constitucional en la República de Chipre), en el volumen “Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart”, cit., pp. 661-663; 667-703.

<sup>326</sup> Cfr. Nicolas Antonopoulos, *op. ult. cit.*, pp. 324-326.

tados) integrada exclusivamente con los electos por la comunidad griega, es decir, sin la presencia de sus componentes de origen otomano, suprimió tanto el Tribunal Constitucional antes mencionado como el de carácter Supremo, que era la cabeza de la jurisdicción ordinaria, creando en lugar de ambos, una Corte Suprema, que reunió las atribuciones de los dos tribunales anteriores,<sup>327</sup> y por supuesto, ante ese nuevo organismo judicial, constitucional y ordinario, debe hacerse valer el recurso constitucional, cuyo conocimiento correspondía exclusivamente al Tribunal Constitucional desaparecido.<sup>328</sup>

b" En la Constitución de la República de Turquía de 9 de julio de 1961, se estableció un Tribunal Constitucional, artículos 145 a 152, de acuerdo con el modelo de los de Italia y de la República Federal Alemana, según lo reconoce expresamente la doctrina,<sup>329</sup> aun cuando con algunos aspectos peculiares introducidos por el Constituyente turco.

Descubrimos por tanto, la impugnación de la inconstitucionalidad de las leyes inconstitucionales en la vía directa que pueden intentar el presidente de la República, los partidos políticos que hayan obtenido por lo menos, el diez por ciento de los sufragios válidos en las últimas elecciones legislativas generales o estén representados en la Cámara Suprema Nacional o sus grupos parlamentarios; una sexta parte como mínimo de los miembros de cada una de las Cámaras Legislativas; y sólo dentro del ámbito de sus funciones, también están legitimados el Consejo Supremo de la Magistratura, el Tribunal de Casación, el Consejo de Estado, el Tribunal de Casación Militar y las universidades.

Pero también puede promoverse en la vía incidental o prejudicial, de acuerdo con el artículo 151 constitucional, el cual dispone que si al decidir un proceso, un tribunal ordinario comprueba que las disposiciones del ordenamiento aplicable al caso son anticonstitucionales, o bien considera que son fundados los argumentos que en el mismo sentido hubiesen formulado las partes, suspende el trámite y remite los autos al Tribunal Constitucional, quien deberá decidir dentro del plazo de tres meses sobre esta cuestión de inconstitucionalidad, a no ser que la deseche, pues en este último supuesto, corresponde al Tribunal de Casación pronunciarse sobre el mismo problema al estudiar el asunto al fondo.

Los efectos del fallo que declare la inconstitucionalidad son diversos si se dictó en un proceso instaurado por la vía directa, pues entonces son de carácter general, es decir, se traduce en la pérdida de eficacia del ordenamiento combatido, pero si la sentencia decidió un procedimiento instaurado en la vía prejudicial, los efectos se traducen en la desaplicación de la disposición combatida en

<sup>327</sup> Cfr. S. A. de Smith, *Constitutional Law*, en "Annual Survey of Commonwealth Law, 1965", London, 1966, pp. 77-79; citado por Jorge Carpizo en su libro *Lineamientos Constitucionales de la Commonwealth*, México, 1971, p. 116.

<sup>328</sup> Un ejemplo de un fallo dictado por la citada Corte Suprema de Chipre el 17 de junio de 1969 en relación con la violación de derechos humanos, puede consultarse en el estudio de L. G. Weeramantry, *Algunos fallos de importancia en materia de imperio del derecho y de libertad de la persona*, en "La Revista. Comisión Internacional de Derechos Humanos", Ginebra, marzo de 1970, pp. 46-47.

<sup>329</sup> Cfr. K. Friket Arik, *La Cour Constitutionnelle Turque*, en "Revue Internationale de Droit Comparé", Paris, abril-junio de 1926, p. 401.

el caso concreto en el cual surgió la cuestión de inconstitucionalidad (artículo 152 constitucional).<sup>330</sup>

Advertimos, la ausencia de un recurso constitucional directo ante el Tribunal constitucional turco, por lo que la tutela de los derechos fundamentales es de carácter indirecto, como ocurre en Italia, según lo señalamos anteriormente, además de que, como en este último país, dicha protección indirecta es también compartida por la Corte de Casación y el Consejo de Estado.<sup>331</sup>

c" Un gran interés para la materia que estamos examinando se desprende del examen de la Constitución de la República Federal Socialista de Yugoslavia, promulgada el 6 de abril de 1963, y que se encuentra todavía en vigor, ya que significó un cambio radical de su posición anterior, al abandonar el modelo soviético, y aproximarse, al menos en este aspecto, a la Constitución de la República Federal Alemana.

Efectivamente, en los artículos 241 a 251 de la referida Constitución Federal de 1963, así como en cada una de las Constituciones de las seis repúblicas federadas que integran la República de Yugoslavia (Bosnia-Herzegovina, Montenegro, Croacia, Macedonia, Eslovenia y Serbia), las cuales fueron expedidas entre el 9 y el 12 de abril del citado año de 1963, se han establecido tanto una Corte Constitucional Federal como cortes constitucionales locales.<sup>332</sup>

Estas jurisdicciones constitucionales yugoslavas se reparten la competencia de la justicia fundamental en la citada República Federal, debiendo hacerse notar que los preceptos de las Cartas Constitucionales tanto nacional como locales fueron reglamentadas a través de leyes específicas, y que los organismos de que se trata entraron en funciones, simultáneamente, el 15 de febrero de 1964.<sup>333</sup>

En sus respectivas esferas la Corte Federal y las de carácter local conocen de las impugnaciones de la constitucionalidad de los ordenamientos tanto federales como locales, respectivamente, pero debemos destacar la existencia de recursos constitucionales para la protección de los derechos fundamentales y libertades individuales o sociales infringidas por un acto o funcionamiento de cualquier autoridad (artículos 36 y siguientes de la Ley sobre la Corte Constitucional Federal y similares de las Leyes locales respectivas).<sup>334</sup>

No obstante que las cortes constitucionales yugoslavas tienen pocos años de funcionamiento, ya se advierten los resultados de su labor en beneficio del

<sup>330</sup> Cfr. K. Friket Arik, *op. ult. cit.*, pp. 402 y ss.; Tahsin Bekir Balta, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Türkei* (La jurisdicción constitucional en Turquía), en el volumen "Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart", cit., pp. 559-556.

<sup>331</sup> Cfr. Tashin Bakir Balta, *Der gerichtliche Rechtsschutz des Einzelnen gegenüber der vollziehenden Gewalt in der Türkei* (La protección judicial del particular contra el poder ejecutivo en Turquía), en la obra "Gerichtsschutz gegen die Executive", cit., t. 2, pp. 1069-1074.

<sup>332</sup> Cfr. Eugeni Dimitrov, *L'organisation des Républiques socialistes en Yougoslavie*, en el volumen "La Constitution Yougoslave de 1963", Paris, 1966, pp. 107-108; Nikola Srenetic, *Les juridictions constitutionnelles yougoslaves*, en el mismo volumen, pp. 204-205.

<sup>333</sup> Cfr. Nikola Srenetic, *op. ult. cit.*, p. 203.

<sup>334</sup> Cfr. Nikola Srenetic, *On the new constitutional judicature of Yougoslavia*, en "The New Yougoslav Law", Beograd, septiembre de 1964, pp. 22 y ss. Id. *Les juridictions constitutionnelles yougoslaves*, cit., pp. 205-206.

respeto y desarrollo tanto del orden constitucional como de la legalidad,<sup>335</sup> y tal vez en el campo en el cual se descubren con mayor claridad los efectos favorables para el respeto y la realización de las disposiciones constitucionales, es el relativo a la protección de los derechos sociales de las agrupaciones llamadas de "auto-gestión", es decir las comunidades autónomas, así como la tutela de los derechos individuales de los ciudadanos de Yugoslavia, puesto que en la actualidad, además de contar con los organismos administrativos de vigilancia y control de los citados derechos fundamentales, los afectados pueden acudir ante las jurisdicciones constitucionales para obtener una tutela más enérgica de sus derechos, cuando sean infringidos por cualquier autoridad, aun cuando se requiere el agotamiento previo de los recursos ordinarios (artículos 36 a 42 de la Ley Reglamentaria de la Corte Federal).<sup>336</sup>

d" Muy recientemente otro de los países situados en el campo socialista, ha seguido las huellas de Yugoslavia, y en esta materia se ha acercado a los países occidentales, al establecer también el sistema de tribunal constitucional especializado.

Nos referimos a Checoslovaquia, que ha adicionado su Carta Fundamental de 11 de julio de 1960, claramente inspirada en el modelo soviético, a través de la Ley Constitucional de 27 de octubre de 1968 (número 143/1968), por medio de la cual se introdujo el régimen federal, y en cuyos artículos 86 a 101 se determina la futura existencia de un Tribunal Constitucional Federal y el establecimiento de sendos tribunales constitucionales en las Repúblicas Socialistas checa y eslovaca, que integran la citada federación.<sup>337</sup>

Las atribuciones del Tribunal Constitucional Federal y los de carácter local son muy similares a las que se atribuyen a los Tribunales Constitucionales de la República Federal Socialista de Yugoslavia, y al respecto debemos destacar lo dispuesto por los artículos 92 y 93 de la citada Ley Constitucional, de acuerdo con los cuales el Tribunal Constitucional Federal debe decidir "*sobre la protección de los derechos y libertades garantizados por la Constitución, si los mismos fueren lesionados por las decisiones u otros actos de los órganos federales cuyo conocimiento no atribuyere la ley a otra jurisdicción*", en la inteligencia de que pueden iniciar procedimientos ante dicho Tribunal, tanto los órganos del

<sup>335</sup> Cfr. Vladomir Krivic, introducción al citado volumen "Les juridictions constitutionnelles", pp. 11-15, cita los principales fallos de inconstitucionalidad de ordenamientos o resoluciones generales por parte de la Corte Federal constitucional o de algunas cortes locales.

<sup>336</sup> Cfr. Walter Gellhorn, *Citizens' grievances against administrative agencies. The Yugoslav approach*, en "Michigan Law Review", Ann Arbor, Michigan, enero de 1966, pp. 400-405; estudio reproducido posteriormente en el libro del mismo autor *Ombudsman and others. Citizens' protectors in nine countries*, Cambridge, Mass., 1967, pp. 269-278; Dragas Denkovic, *La protection juridictionnelle du particulier contre le pouvoir executif en Yougoslavie*, en la obra "Gerichtsschutz gegen die Executive", cit., pp. 565-568.

<sup>337</sup> El texto español de la Ley Constitucional de 1968 puede consultarse en "Información Jurídica", Núm. 303, Madrid, octubre-diciembre de 1969, pp. 43-89, y el Tribunal Constitucional, pp. 71-75; y la versión castellana de la Constitución de 1960, en "Información Jurídica", Núms. 216-217, Madrid, mayo-junio de 1961, pp. 23-47.

Estado, entre ellos el Procurador general, como los ciudadanos y las organizaciones.<sup>338</sup>

Los Tribunales Constitucionales mencionados, tanto el Federal como los de carácter local, no han sido constituidos ni parece ser que lo sean en un futuro próximo, ya que no se ha expedido la ley reglamentaria prevista por el artículo 100 de la mencionada Ley Constitucional de 1968.<sup>339</sup>

e" En la Constitución griega de 29 de septiembre de 1968, se introdujo según el modelo austriaco y por influencia alemana, un Tribunal Constitucional, de acuerdo con los artículos 95 y siguientes.

Debido a la situación política que impera en Grecia, la consagración anterior debe considerarse simplemente formal, pero de cualquier manera constituye un antecedente que puede servir de base a un sistema adecuado de justicia constitucional en cuanto se restablezca un sistema democrático, ya que entre las facultades del citado Tribunal Constitucional se encuentran, según el artículo 106, párrafo 2, inciso b, de la Ley Suprema, la de conocer: "Sobre la constitucionalidad de una ley, de un decreto-ley o de una determinada disposición contenida en ellos cuando se hubieren dictado decisiones contrarias al respecto por el Consejo de Estado, el Tribunal Supremo o el Tribunal de Cuentas, a petición del Ministro de Justicia o de cualquier persona que tuviere interés reconocido en el ordenamiento jurídico vigente."

Según los párrafos 3 y 4 del mismo artículo 106 constitucional, todas las decisiones del citado Tribunal Constitucional son irrevocables y se publicarán en el Boletín Oficial por orden de su presidente, y a partir de la fecha de su publicación surtirán efecto de cosa juzgada frente a cualquier persona, y que cuando una disposición de una ley o de un decreto-ley fuere declarada anticonstitucional, quedará sin efecto a partir de la fecha de su promulgación o del momento fijado por la decisión.<sup>340</sup>

Debe considerarse, además, que la tutela indirecta de los derechos humanos consagrados por los artículos 8º a 29, de la misma Carta Fundamental, por cierto en forma muy amplia, también corresponde al Consejo de Estado y al Tribunal Supremo, este último organizado como Corte de Casación, y ambos organismos inspirados en el sistema francés que hemos mencionado con anterioridad.<sup>341</sup>

<sup>338</sup> Cfr. Lothar Schultz, *Die tschechoslowarische sozialistische Republik ein Föderativer Staat* (La República socialista de Checoslovaquia como Estado Federal), en "Osteuropa Recht" (Derecho de la Europa Oriental), Stuttgart, diciembre de 1969, pp. 317-332, esp. p. 328 y quien señala la influencia de Yugoslavia en este aspecto.

<sup>339</sup> El citado artículo 100 establece: "La competencia y la organización del Tribunal Constitucional de la República Socialista Checoslovaca y la modalidad del procedimiento a seguir ante el mismo, se regularán por ley de la Asamblea Federal."

<sup>340</sup> El texto español de la Constitución griega de 1968 puede consultarse en "Información Jurídica", Núms. 299 y 300, Madrid, octubre-diciembre de 1968 y enero-marzo de 1969, pp. 93-113 y 89-110, respectivamente, y en cuanto al Tribunal Constitucional, Núm. 300, pp. 96-100.

<sup>341</sup> Cfr. Themistokles Tsatsos, *Der gerichtliche Rechtsschutz des Einzelnen gegenüber der vollziehenden Gewalt in Griechenland*, en la obra "Gerichtsschutz gegen die Executive", cit., t. 1, pp. 277-325, aun cuando se refiere a la situación establecida según la Constitución anterior de 1952.

Estado, entre ellos el Procurador general, como los ciudadanos y las organizaciones.<sup>338</sup>

Los Tribunales Constitucionales mencionados, tanto el Federal como los de carácter local, no han sido constituidos ni parece ser que lo sean en un futuro próximo, ya que no se ha expedido la ley reglamentaria prevista por el artículo 100 de la mencionada Ley Constitucional de 1968.<sup>339</sup>

e" En la Constitución griega de 29 de septiembre de 1968, se introdujo según el modelo austriaco y por influencia alemana, un Tribunal Constitucional, de acuerdo con los artículos 95 y siguientes.

Debido a la situación política que impera en Grecia, la consagración anterior debe considerarse simplemente formal, pero de cualquier manera constituye un antecedente que puede servir de base a un sistema adecuado de justicia constitucional en cuanto se restablezca un sistema democrático, ya que entre las facultades del citado Tribunal Constitucional se encuentran, según el artículo 106, parágrafo 2, inciso b, de la Ley Suprema, la de conocer: "Sobre la constitucionalidad de una ley, de un decreto-ley o de una determinada disposición contenida en ellos cuando se hubieren dictado decisiones contrarias al respecto por el Consejo de Estado, el Tribunal Supremo o el Tribunal de Cuentas, a petición del Ministro de Justicia o de cualquier persona que tuviere interés reconocido en el ordenamiento jurídico vigente."

Según los parágrafos 3 y 4 del mismo artículo 106 constitucional, todas las decisiones del citado Tribunal Constitucional son irrevocables y se publicarán en el Boletín Oficial por orden de su presidente, y a partir de la fecha de su publicación surtirán efecto de cosa juzgada frente a cualquier persona, y que cuando una disposición de una ley o de un decreto-ley fuere declarada anticonstitucional, quedará sin efecto a partir de la fecha de su promulgación o del momento fijado por la decisión.<sup>340</sup>

Debe considerarse, además, que la tutela indirecta de los derechos humanos consagrados por los artículos 8º a 29, de la misma Carta Fundamental, por cierto en forma muy amplia, también corresponde al Consejo de Estado y al Tribunal Supremo, este último organizado como Corte de Casación, y ambos organismos inspirados en el sistema francés que hemos mencionado con anterioridad.<sup>341</sup>

<sup>338</sup> Cfr. Lothar Schultz, *Die tschechoslowarische sozialistische Republik ein Föderativer Staat* (La República socialista de Checoslovaquia como Estado Federal), en "Osteuropa Recht" (Derecho de la Europa Oriental), Stuttgart, diciembre de 1969, pp. 317-332, esp. p. 328 y quien señala la influencia de Yugoslavia en este aspecto.

<sup>339</sup> El citado artículo 100 establece: "La competencia y la organización del Tribunal Constitucional de la República Socialista Checoslovaca y la modalidad del procedimiento a seguir ante el mismo, se regularán por ley de la Asamblea Federal."

<sup>340</sup> El texto español de la Constitución griega de 1968 puede consultarse en "Información Jurídica", Núms. 299 y 300, Madrid, octubre-diciembre de 1968 y enero-marzo de 1969, pp. 93-113 y 89-110, respectivamente, y en cuanto al Tribunal Constitucional, Núm. 300, pp. 96-100.

<sup>341</sup> Cfr. Themistokles Tsatsos, *Der gerichtliche Rechtsschutz des Einzelnen gegenüber der vollziehenden Gewalt in Griechenland*, en la obra "Gerichtsschutz gegen die Executive", cit., t. 1, pp. 277-325, aun cuando se refiere a la situación establecida según la Constitución anterior de 1952.

f'' Podemos señalar, finalmente, varios ensayos que se han realizado en los ordenamientos asiáticos, para adoptar el sistema de tribunales constitucionales, aun cuando se carezca de una información suficiente para establecer con precisión si al mismo tiempo se introdujeron recursos constitucionales con la finalidad específica de la protección de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.

En este sentido mencionamos la reforma de 29 de noviembre de 1954 a la Constitución de la República de Corea del Sur, cuyo texto primitivo fue promulgado el 17 de julio de 1948, y en cuyos artículos 83 tercero y 83 cuarto,<sup>342</sup> se introdujo un Tribunal Constitucional cuyas atribuciones son bastante similares a las del Tribunal Constitucional Federal alemán, en cuanto le correspondía conocer: del examen de la constitucionalidad de las leyes; interpretación definitiva de la Constitución; conflictos de competencia (y atribución) entre los organismos públicos; disolución de los partidos políticos; procesos e impugnaciones referentes a elección del presidente de la República y del presidente y los miembros del Tribunal Supremo.<sup>343</sup>

Esta jurisdicción constitucional específica fue suprimida por la Constitución de 1962,<sup>344</sup> en cuyo artículo 102 se atribuyó a la Corte Suprema la facultad de decidir en última instancia sobre si una ley está de acuerdo con la Constitución, cuando un proceso concreto dependa de la citada cuestión de inconstitucionalidad, y también la de resolver, asimismo en última instancia, sobre la inconstitucionalidad o legalidad de los decretos, reglamentos y decisiones administrativas, siempre dentro de un juicio particular; por lo que debe entenderse que se ha preferido el sistema angloamericano de revisión judicial, y además, de manera exclusiva, en la vía incidental o prejudicial.<sup>345</sup>

Una evolución similar se observa en la República de Vietnam del Sur, ya que su Carta Fundamental de 24 de octubre de 1956, reformada en 1960,<sup>346</sup> introdujo en sus artículos 85 y 88, una Corte Constitucional para decidir sobre la conformidad de las leyes, decretos-leyes y reglamentos administrativos con la misma Constitución; debiendo indicarse que de conformidad con el artículo 87 constitucional, la vía para interponer las impugnaciones de inconstitucional era la incidental o prejudicial en cuanto sólo establecía la legitimación de los tribunales para plantear las cuestiones de inconstitucionalidad ante la mencionada Corte especializada, pero a diferencia del Tribunal de la misma naturaleza

<sup>342</sup> El texto castellano de dicha Constitución, incluyendo las reformas de 15 y 29 de noviembre de 1960, puede consultarse en "Información Jurídica", Núms. 234-235, Madrid, noviembre-diciembre de 1962, pp. 23-42; y sobre el Tribunal Constitucional, artículos 83 ter. y 83 quater., p. 36.

<sup>343</sup> Según el artículo 81 constitucional, el Tribunal Supremo decidía en última instancia si los actos y disposiciones reglamentarios y administrativos estaban de acuerdo con la Constitución.

<sup>344</sup> El texto de la Constitución de 1962 puede consultarse en la compilación de Henry Puget, *Les Constitutions d'Asie et d'Australasie*, cit., pp. 265-286, esp. p. 282.

<sup>345</sup> Aun cuando el artículo 103 de dicha Carta Fundamental parece aceptar, si bien de manera muy limitada, una acción directa de inconstitucionalidad ante la Corte Suprema, en cuanto establece, que: "Toda decisión que determina la disolución de un partido político deberá reunir por lo menos los votos de las tres quintas partes del número total

en Corea del Sur, que mencionamos anteriormente, el propio artículo 87 dotaba de eficacia general a los fallos que declarasen la inconstitucionalidad, ya que expresamente determinaba que los efectos de la sentencia respectiva se traducían en la suspensión de la aplicación de las disposiciones impugnadas, a contar de la fecha de la publicación del fallo en el Periódico Oficial.

En forma similar a lo ocurrido en Corea del Sur, la vigente Constitución de Vietnam del Sur, promulgada el 1º de abril de 1967, que sustituyó a la mencionada en el párrafo anterior, suprimió la Corte Constitucional y sus funciones se atribuyeron al Tribunal Supremo, calificado como "Alta Corte de Justicia", la cual, en los términos de los artículos 76 a 83 de la nueva Carta Fundamental, es un organismo judicial de apelación y también de carácter constitucional, debiendo destacarse en la última dirección, lo dispuesto por el parágrafo 1 del artículo 91, según el cual: "La Alta Corte de Justicia está facultada para interpretar la Constitución; decidir el carácter constitucional o anticonstitucional de la ley y de los decretos leyes; el carácter constitucional o legal de los decretos, de las órdenes ministeriales y de las decisiones administrativas."<sup>347</sup>

g" También podemos destacar que en el artículo 87 de la Constitución de la República del Irak, de 21 de septiembre de 1968, se dispuso: "Se creará un Tribunal Constitucional Superior para interpretar las disposiciones de la presente Constitución, estatuir sobre la constitucionalidad de las leyes, interpretar las leyes administrativas y financieras y estatuir, también, sobre las infracciones cometidas por la Administración en relación con las leyes que la afectan. Sus decisiones serán ejecutivas."<sup>348</sup>

### *7. Los países socialistas; la procuratura soviética y los sistemas de control de la legalidad socialista.*

Aun cuando con una orientación diversa de los occidentales, los países socialistas encabezados por la Unión Soviética, consignan declaraciones de derechos fundamentales de la persona humana en sus respectivos textos constitucionales, algunos de los cuales son bastante similares a los derechos subjetivos públicos de carácter individual y social que consagran las Leyes Fundamentales calificadas como burguesas.

En efecto, en la Constitución de la URSS, vigente, de 5 de diciembre de 1936, que es el modelo de las restantes Leyes Fundamentales de los países socialistas, se consagran derechos individuales clásicos tales como la libertad de conciencia (artículo 124), libertad de palabra, de imprenta, de reunión y de mítines, de desfiles y manifestaciones en las calles (artículo 125); inviolabilidad

<sup>346</sup> Texto de dicha Carta Suprema, en *Les Constitutions d'Asie et d'Australie*, cit., pp. 838-853, esp. pp. 851-852.

<sup>347</sup> El texto castellano de esta Constitución de 1967, trad. de Alfonso Illescas, puede consultarse en "Información Jurídica", Núm. 300, Madrid, enero-marzo de 1969, pp. 111-129, esp. pp. 123-124, sobre la Alta Corte de Justicia.

<sup>348</sup> Texto castellano, traducción de Carlos Luaces, en "Información Jurídica", Núm. 302, Madrid, julio-septiembre de 1969, pp. 7-21, artículo 87, p. 20.

personal (artículo 127); inviolabilidad del domicilio (artículo 128); derecho de asilo por persecuciones políticas (artículo 129); y desde luego un catálogo bastante amplio de derechos de carácter económico-social, como derecho al trabajo (artículo 118); al descanso (artículo 119); seguridad social (artículo 120); instrucción (artículo 121); igualdad de la mujer con el hombre (artículo 122); igualdad de derechos en la vida económica, cultural, social y política (artículo 123), etcétera.<sup>349</sup>

En este aspecto puramente formal no existe una diferencia apreciable con las declaraciones de derechos occidentales en relación con la consagración de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales,<sup>350</sup> y tal vez la distinción más ostensible sea la colocación de tales derechos con posterioridad a la parte orgánica de la Constitución soviética, ya que generalmente en las Cartas Fundamentales de los países “burgueses”, las declaraciones de derechos suelen preceder a los preceptos que regulan la organización de los departamentos del poder.<sup>351</sup>

Pero debemos tomar en cuenta que los derechos humanos en las Cartas Fundamentales de inspiración marxista-leninista, se contemplan en una orientación diversa, inmersa en el concepto de la “legalidad socialista”, pues los mismos no pueden estimarse como verdaderos y propios derechos subjetivos públicos en el sentido clásico,<sup>352</sup> sino como aspectos concretos que se otorgan a los particulares y organizaciones sociales, para el desarrollo de los fines de la dictadura del proletariado.

En efecto, de acuerdo con el tratadista soviético Boris Tchenko, la Constitución de la URSS de 1936, basada en los principios del materialismo dialéctico, no busca sino la *libertad real* del individuo, reservándole el derecho de trabajo en función de la organización socialista de la economía nacional<sup>353</sup> e inclusive durante la época de la dictadura stalinista se definía oficialmente la libertad como: “la toma de conciencia de la necesidad”.<sup>354</sup>

Aun cuando la visión primaria de la función del ordenamiento jurídico por parte de los iniciadores de la revolución soviética ha evolucionado bastante, sin embargo, los juristas socialistas siguen haciendo hincapié en el carácter

<sup>349</sup> Cfr. A. Denisov y M. Kirichenko, *Derecho constitucional soviético*, Moscú, 1959, pp. 309 y ss.

<sup>350</sup> Cfr. Denisov y Kirichenko, *op. ult. cit.*, p. 311, los clasifican en económico-sociales, políticos y culturales.

<sup>351</sup> Esto lo vemos claramente en las Constituciones Federales mexicanas de 1857 y 1917, las cuales consignan sus respectivas declaraciones de derechos o de “garantías individuales”, en su primer capítulo; por el contrario, según el jurista húngaro Imre Szabó, *Fundamental questions concerning the theory and history of citizen's rights*, en el volumen “Socialist concept of human rights”, Budapest, 1966, pp. 55-5, no hay razón para que los derechos del hombre precedan a la Ley Fundamental.

<sup>352</sup> Cfr. Jorge Jellinek, *Sistema dei diritti pubblici subbietivi*, cit., pp. 388 y ss.

<sup>353</sup> Cfr. Boris Tchenko, *El concepto de los derechos del hombre en la URSS según los textos oficiales*, trad. del francés por Margarita Nelken, en el volumen “Los derechos del hombre. Estudios y comentarios en torno a la nueva declaración universal”, México, 1949, pp. 143-149.

<sup>354</sup> Cfr. Michel Mouskhély y Zygmunt Jedrika, *L'évolution historique de l'Etat soviétique*, en “Revue Internationale de Droit Comparé”, Paris, abril-junio de 1955, p. 333.

“puramente formal” de los derechos “burgueses”, en contraposición con la naturaleza realista y efectiva de los consagrados por las Leyes Fundamentales de los países que siguen la orientación soviética, ya que se niega categóricamente la existencia de derechos consustanciales de la naturaleza humana, que según los autores soviéticos se oponen a la libertad “real” de los trabajadores, por lo que se trata de declaraciones socialistas de derechos de carácter clasista y en beneficio de los fines de la legalidad socialista.<sup>355</sup>

Esta apreciación crítica de los derechos humanos en los regímenes burgueses se inspira en las ideas de Carlos Marx, que se ocupó ocasionalmente del análisis de las declaraciones clásicas de los derechos humanos de carácter individual, promulgadas durante el siglo XIX, siguiendo el ejemplo de las francesas y estadounidenses, y al respecto, resultan significativas las siguientes palabras del fundador del marxismo: “Ninguno de los llamados derechos humanos (de carácter individual), va, por tanto, más allá del hombre egoísta, del hombre como miembro de la sociedad burguesa, es decir, del individuo replegado en sí mismo, en su interés privado y en su arbitrariedad privada, y disociado de la comunidad. Muy lejos de concebir al hombre como ser genérico, estos derechos hacen aparecer, por el contrario, la vida genérica misma, la sociedad como un marco externo a los individuos, como una limitación de su independencia originaria. El único nexo que los mantiene en cohesión es la necesidad natural, la necesidad y el interés privado, la conservación de su propiedad y de su persona egoísta.”<sup>356</sup>

La orientación partidista de los mismos derechos del hombre en los ordenamientos de inspiración soviética,<sup>357</sup> se apoya en la teoría clásica de los juristas soviéticos, especialmente Stucka y Paschukanis, que cayeron en desgracia en la época de Stalin, según los cuales, el ordenamiento jurídico, condenado a desaparecer en cuanto se establezca la sociedad comunista, está constituido por un sistema de relaciones sociales caracterizado por un interés de clase y defendido consiguientemente por la clase dominante, lo que significa que en tanto no se llegue a esta etapa final, la tutela de los derechos humanos no puede desvincularse de la protección de los intereses del proletariado en el poder.<sup>358</sup>

El criterio anterior, explica la situación que imperó en los primeros años de la consolidación del régimen soviético, ya que según lo dispuesto por el artículo 23 de la primera Constitución Soviética Rusa de 10 de julio de 1918, se negaron

<sup>355</sup> Cfr. Andrei Y. Vyshinsky, *The Law of the Soviet State*, trad. de Hugh W. Babb, New York, 1951, pp. 544 y ss., el cual afirmaba que las declaraciones burguesas de derecho hablan hipócritamente de la personalidad en abstracto, y del hombre y del ciudadano en general, cuando en realidad se refieren a los burgueses en particular.

<sup>356</sup> *Sobre la cuestión judía*, en el volumen “La Sagrada Familia y otros escritos”, trad. de Wenceslao Roces, México, 1962, p. 34.

<sup>357</sup> El tratadista mexicano Héctor Cuadra considera que esta interpretación partidista de los derechos humanos es compatible con el principio de la legalidad socialista, ya que en su opinión ambos principios forman una unidad dialéctica, *La proyección internacional de los derechos humanos*, México, 1970, p. 119.

<sup>358</sup> Cfr. P. I. Stucka, *La función revolucionaria del derecho y del Estado*, trad. de Juan Ramón Capella, Barcelona, 1969, pp. 97 y ss.; Julius Stone, *L'Etat, c'est moi, ¡L'Etat est Mort! A retrospect on soviet marxist theorizing on State and Law*, en “University of Los Angeles Law Review”, mayo de 1953, pp. 761-765.

todos los derechos y privilegios de aquellos individuos o grupos que pudieran utilizarlos en detrimento de la revolución y de la dictadura del proletariado.<sup>359</sup>

Si bien la Constitución soviética de 1936, actualmente en vigor consigna, según se ha visto, un amplio catálogo de derechos del hombre y no reitera la limitación a que se refería la Ley Suprema de 1918, por estimarse que ya habían desaparecido las clases explotadoras, o al menos que ya no existían grupos poderosos de contrarrevolucionarios,<sup>360</sup> sin embargo, claramente subraya el carácter clasista de los mismos derechos, ya que el artículo 125 de la citada Carta de 1936, dispone que los derechos garantizados a los ciudadanos deben ejercitarse “conforme a los intereses de los trabajadores y a fin de consolidar el régimen socialista...”

Por este motivo, el jurista soviético M. S. Strogovitch afirma que estos derechos consagrados constitucionalmente no son otra cosa que la expresión jurídica de la situación que el trabajador ocupa en el seno de la sociedad socialista, en tanto que miembro igual en derechos a los otros miembros, que participa como ellos en la gestión del Estado y en la actividad social, y considerado como persona humana que tiene todas las posibilidades de hacer valer y desarrollar sus capacidades y sus atributos.<sup>361</sup>

Otro aspecto que debe destacarse para entender los lineamientos de la protección instrumental de los derechos humanos en los regímenes socialistas, consiste en la notoria preeminencia de los derechos económicos, sociales y culturales, sobre los de carácter individual y político,<sup>362</sup> llegando a afirmarse que sólo sobre la base de los primeros pueden realizarse los derechos políticos y las libertades fundamentales de los ciudadanos,<sup>363</sup> y que únicamente en el sistema socialista pueden aplicarse efectivamente los propios derechos sociales y económicos, que sólo figuran en el papel en las Cartas Fundamentales de los países “burgueses”.<sup>364</sup>

Sin dejarnos llevar por aparentes similitudes entre las instituciones jurídicas de los regímenes occidentales y los de carácter socialista, de acuerdo con la advertencia del tratadista italiano Paolo Biscaretti di Ruffia,<sup>365</sup> es posible considerar que el principio de la “legalidad socialista”, apreciado en su aspecto genérico y tomando en cuenta la diversa orientación que lo separa del sistema occidental, realiza una función paralela al Estado de Derecho (*Rechtstaat* o *Rule of Law*) de los países “burgueses”, pues al menos en teoría, tanto las

<sup>359</sup> Cfr. John N. Hazard, *Constitutions and revolutionary socialism*, en el volumen “Festschrift für Karl Loewenstein”, Tübingen, 1971, pp. 190-193.

<sup>360</sup> Cfr. Julius Stone, *L'Etat, c'est moi!*, cit., pp. 765-771; Harold J. Berman, *Justice in Russia*, Cambridge, Mass., 1950, pp. 37-50.

<sup>361</sup> *La protection des droits des citoyens en URSS*, en “Revue Internationale de Droit Comparé”, Paris, abril-junio de 1964, p. 298.

<sup>362</sup> Cfr. John N. Hazard, *Die Bürgerrechte in der Sowjetunion* (Los derechos de los ciudadanos en la Unión Soviética), en la obra “Die Grundrechte”, cit., vol. 2, Berlin, 1967, pp. 982-983.

<sup>363</sup> Cfr. Héctor Cuadra, *La proyección internacional de los derechos humanos*, cit., p. 111.

<sup>364</sup> Cfr. Kalmn Kulcsár, *Social factors in the evolution of civil rights*, en la obra “Socialist concept of human rights”, cit., pp. 145-159.

<sup>365</sup> *Lineamenti generali dell'ordinamento costituzionale sovietico*, en “Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico”, Milano, julio-septiembre de 1956, p. 651.

autoridades como los gobernados se encuentran sometidos a la "legalidad socialista", en cuanto deben cumplir con las disposiciones de la Constitución y de las leyes, reprimiéndose severamente las infracciones realizadas por los funcionarios o por los particulares.<sup>366</sup>

A este respecto, el jurista soviético Víctor M. Tchikvadze afirma que por "legalidad socialista" debe entenderse la estricta ejecución y observancia de todas las disposiciones de la Constitución soviética por parte de todas las instituciones estatales, organismos oficiales, funcionarios y ciudadanos, así como el cumplimiento y observancia de las leyes que se apoyan en la propia Constitución, y que expresan la voluntad del pueblo soviético derivada de las condiciones materiales de su existencia.<sup>367</sup>

Finalmente, para comprender la situación actual de la protección de los derechos humanos en la Unión Soviética y en los restantes países socialistas que han seguido su ejemplo, es preciso destacar la evolución que ha experimentado el concepto mismo de la "legalidad socialista", particularmente en la proyección de este principio en la legislación, la doctrina y la jurisprudencia, y que se advierte paulatinamente a partir del año de 1953, con la muerte de José Visarionovich Stalin, como una reacción contra el régimen arbitrario del director georgiano, el cual tuvo su representante jurídico más destacado en el tristemente célebre Andrei Y. Vyshinsky.<sup>368</sup>

En efecto, ya en el año de 1956, en el XX Congreso del Partido Comunista Soviético, en el cual Nikita Khrushchev formuló una denuncia patética respecto a la violación sistemática de la legalidad socialista por parte del anteriormente divinizado Stalin, se inició un amplio movimiento de reforma legislativa, que si bien no comprendió los textos constitucionales relativos a los derechos humanos, influyó en la aplicación de las citadas disposiciones fundamentales, en cuanto implicó la expedición de nuevas disposiciones legislativas más liberales, que significaron mayor proximidad o acercamiento al menospreciado derecho "burgués", como son entre otras, el pretendido reforzamiento de la independencia de los tribunales con la supresión del Ministerio de Justicia de la URSS y los de las Repúblicas Federadas (1956), aun cuando fueron restablecidos en 1970; expedición de nuevos principios de la legislación penal de la URSS y de las respectivas Repúblicas Federadas (1958); supresión de los juicios políticos de carácter secreto ante el Ministerio del Interior (1958); promulgación de bases

<sup>366</sup> No desconocemos las diferencias que separan ambos conceptos y por ello hablamos de paralelismo y no de similitud, ya que según la penetrante frase del destacado profesor de la Universidad de Harvard, Harold J. Berman; "the role of law should not be confused with the rule of law, and the increase of the former does not lead naturally and inevitably to the other...", en *Soviet Law and Government*, en "The Modern Law Review", London, enero de 1958, p. 26.

<sup>367</sup> *Socialist legality in the URSS (Concept and enforcement)*, en el libro colectivo "Le concept de la légalité dans les pays socialistes", Varsovia, 1961, p. 203.

<sup>368</sup> Con posterioridad a la muerte del propio Stalin, el nombre de Vyshinsky fue estigmatizado como portavoz jurídico del sistema staliniano, cfr. John N. Hazard, *Huma-*

generales para el procedimiento civil (1960);<sup>369</sup> la publicación de un nuevo Código de Procedimiento Penal (1961), etcétera.<sup>370</sup>

Este movimiento de liberalización de la legalidad socialista y su relativa aproximación a los ordenamientos occidentales, calificado agudamente por el tratadista estadounidense John N. Hazard como “*humanismo socialista*”,<sup>371</sup> se presentó con gran euforia en los primeros años que siguieron a la desaparición de Stalin, y culminó con la declaración contenida en el programa formulado por el partido comunista soviético en su XXII Congreso efectuado en el año de 1961, en la cual se estimó oficialmente terminada la etapa de la “dictadura del proletariado” y se inauguró una nueva de carácter intermedio en el tránsito hacia la sociedad comunista, que se denominó “*Estado del pueblo en su totalidad*”.<sup>372</sup>

El mismo profesor Hazard en su excelente estudio sobre la humanización de los ordenamientos socialistas, destaca la importancia del coloquio jurídico efectuado en Varsovia durante los días 10 a 16 de septiembre de 1958, en el cual participaron también algunos juristas occidentales, y se abordó, entre otros, el tema del control de la legalidad en los países socialistas, observándose en las numerosas ponencias que se presentaron, un cambio de mentalidad jurídica que se traduce en una mayor flexibilidad en la aplicación de los principios del ordenamiento jurídico, entre ellos, los relativos a los derechos fundamentales de la persona humana.<sup>373</sup>

Basta comparar a este último respecto las opiniones contradictorias de dos juristas soviéticos, la primera expresada por Boris Tchenko en el año de 1948, es decir, en pleno apogeo de la dictadura stalinista y con motivo de la expedición de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en el sentido que el *habeas corpus* tiene por objetivo “ayudar a los futuros *iron-sides* del comercio y de la industria”.<sup>374</sup>

Diez años más tarde, en un estudio presentado en el mencionado Coloquio de Varsovia de 1958, Víctor M. Tchikvadze sostuvo sobre el mismo tema, que el derecho soviético ha proclamado y realiza invariablemente los principios de la *Habeas Corpus Act*, ya que de acuerdo con el artículo 127 de la Constitución

<sup>369</sup> La traducción española de los principios de la legislación y de las bases del procedimiento civil, de la URSS y de las Repúblicas Federadas, pueden consultarse en el “Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México”, Núm. 36, septiembre-diciembre de 1959, pp. 116-130, traducción del francés por Javier Elola; y Núm. 41, mayo-agosto de 1961, pp. 418-431, traducción del ruso por Miguel Lubán, revisada por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, respectivamente.

<sup>370</sup> Cfr. Julius Stone, *L'Etat, c'est moi!*, cit., pp. 771-772.

<sup>371</sup> Cfr. Julius Stone, *op. ult. cit.*, pp. 774-775, el cual estima que esta etapa intermedia en el ansiado tránsito hacia el comunismo constituye una idea Khrushchev que rebasa la doctrina tradicional del marxismo-leninismo.

<sup>372</sup> Cfr. John N. Hazard, *Humanisme et socialisme*, cit., p. 5.

<sup>373</sup> *Op. ult. cit.*, p. 9. Las comunicaciones a este Coloquio de Varsovia de 1958, fueron publicadas por el Comité de Ciencias Jurídicas de la Academia Polaca de Ciencias en el libro ya mencionado, *Le concept de la légalité dans les pays socialistes*, 414 pp.

<sup>374</sup> *El concepto de los derechos del hombre en la URSS en los textos oficiales*, cit., p. 152

soviética, nadie puede ser detenido sino por decisión de un tribunal o con aprobación del procurador respectivo.<sup>375</sup>

Por lo que se refiere a las garantías de los derechos fundamentales, la doctrina soviética afirma que asume un doble aspecto, en primer término son de carácter *material*, pues comprende las condiciones necesarias para que los mismos derechos puedan realizarse en la práctica, y en segundo término existen las de naturaleza *jurídica*, atribuidas a todos los órganos, autoridades y asociaciones, que se encuentran obligados a preservar la legalidad socialista y a proteger los derechos de los ciudadanos, inclusive de oficio, es decir, sin necesidad de una instancia de los afectados.<sup>376</sup>

En tal virtud, para la defensa de la legalidad socialista, y de los derechos fundamentales, que se encuentran estrechamente vinculados con la misma, se han establecido numerosos medios de control que se encomiendan a los más variados organismos y entidades, de tal manera que como lo ha destacado el tratadista Michel Mouskhély, el ordenamiento soviético —y, por tanto los inspirados en él— está dominado por la idea de la *vigilancia de la legalidad socialista*, desde los primeros tiempos del gobierno encabezado por Lenin, perfeccionándose paulatinamente los citados medios de control hasta llegar a constituir un sistema muy complejo de instrumentos entrelazados entre sí.<sup>377</sup>

Debido a la situación anterior, nos limitaremos a señalar aquellos instrumentos que se han destacado en la defensa de la legalidad socialista y de los derechos fundamentales de los ciudadanos, que en nuestro concepto pueden reducirse a dos desde el ángulo jurídico: la Procuratura y los tribunales.

### A. La Procuraduría o Procuratura

Aun cuando esta institución posee atribuciones que pudieran aproximarla a algunas categorías jurídicas occidentales, como el Ministerio Público y en cierto sentido el *Ombudsman* escandinavo, que estudiaremos más adelante,<sup>378</sup> en realidad debe considerarse como un instrumento tomado de la tradición rusa, como lo hace notar el profesor Berman,<sup>379</sup> ya que tuvo su origen en la institución del mismo nombre y con funciones similares, creada por Pedro el Grande en 1722, y restablecida por Lenin en los primeros años de la revolución, ya que su primera ley orgánica data del año de 1922.<sup>380</sup>

Utilizamos la denominación convencional de Procuratura, ya que resulta

<sup>375</sup> *Social legality in the URSS*, cit., p. 215.

<sup>376</sup> Cfr. M. S. Strogovitch, *La protection des droits des citoyens en URSS*, cit., pp. 298-300.

<sup>377</sup> *Le système soviétique de contrôle*, en "Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger", París, mayo-junio de 1965, pp. 500 y ss.

<sup>378</sup> Han señalado esta lejana similitud y también sus diferencias entre la Procuratura y el *Ombudsman*, Henry Puget, *Le contrôle de l'administration, les systèmes classiques, l'Ombudsman et la Prokuratura*, en "Revue Internationale de Droit Comparé", París, enero-marzo de 1965, pp. 5 y ss., John N. Hazard, *Socialisme et humanisme*, cit., pp. 23-24.

<sup>379</sup> *Justice in Russia*, cit., pp. 171-173.

<sup>380</sup> Cfr. Dietrich A. Loeber, "La Prokuratura" soviética y los derechos del individuo hacia el Estado, en "Revista de la Comisión Internacional de Juristas", La Haya, otoño de 1957. D. 72.

difícil encontrar un vocablo equivalente en español,<sup>381</sup> para designar este instrumento de control que prácticamente ha sido acogido por todos los ordenamientos que podemos calificar como “socialistas”, los que, con matices de carácter secundario han seguido las modificaciones introducidas en su modelo soviético, por lo que haremos referencia esencialmente a la Procuratura de la URSS, y con posterioridad señalaremos algunos aspectos de las restantes legislaciones que han seguido su ejemplo.

a) *Estructura.* En la Unión Soviética la Procuratura es un órgano sumamente complejo, organizado en forma jerárquica y encabezado por el Procurador General de la URSS, designado por el Soviet Supremo de la Unión por un periodo de siete años, y que sólo depende del mismo Soviet Supremo o de su Presidium en los recesos de aquél (artículos 114 de la Constitución Federal y 79 y 38 de la Ley Orgánica de 24 de mayo de 1955).

El Procurador General dirige el órgano central de la Procuratura que reside en la ciudad de Moscú y que se encuentra dividido en varias secretarías y departamentos para la realización de las numerosas funciones que desempeña la institución, la que comprende también las Procuradurías Generales Militar y de Transporte (artículo 41 de la Ley Orgánica y Decreto de 7 de abril de 1956).

Del Procurador General dependen tres escalones inferiores, el primero de los cuales está compuesto por los Procuradores de las Repúblicas Federadas y de las Repúblicas Autónomas, e inmediatamente después, los Procuradores de los territorios, regiones y regiones autónomas, todos los cuales son designados directamente por el Procurador General para un periodo de cinco años; en la escala inferior se encuentran los procuradores de circunscripciones, distritos y ciudades, nombrados por los procuradores de las Repúblicas Federadas y ratificados por el Procurador General por un periodo de cinco años (artículos 46 a 49 de la Ley Orgánica).

Además de los anteriores existen procuradurías en las circunscripciones militares, flotas, unidades militares y guarniciones, así como en las circunscripciones de transportes, ferrocarriles, cuencas y sectores, las que dependen de los Procuradores Superiores Militar y de Transporte, que están adscritos a la Procuraduría General de la URSS (artículos 44 y 45 de la misma Ley Orgánica).

Las procuradurías en todos sus niveles cuentan con un personal técnico de consejeros, asesores y auxiliares, los cuales deben demostrar la posesión de estudios superiores de carácter jurídico y además, para ser designados procuradores o asesores, es preciso haber desempeñado durante un año labor de asesoría o de investigación en una Procuraduría de distrito, prohibiéndose a todos ellos desempeñar cualquier otro cargo a no ser actividades científicas y pedagógicas (artículo 52 de la Ley Orgánica).<sup>382</sup>

<sup>381</sup> Por tanto, no resulta correcta la traducción oficial del “Ministerio Fiscal” respecto de la Procuratura, que aparece en las obras de Denisov y Kirichenko, *Derecho constitucional soviético*, cit., pp. 302-308, y V. Kotok, *El derecho constitucional soviético*, en el libro colectivo dirigido por P. Romashkin, “Fundamentos del derecho soviético”, Moscú, 1962, pp. 92-94.

<sup>382</sup> Cfr. Dietrich A. Loeber, *La Prokuratura*, etc., cit., pp. 74-79.

b) *Atribuciones.* Como ya lo hemos apuntado, los funcionarios de la Procuratura poseen facultades muy complejas que resulta difícil sistematizar, pues como lo ha observado agudamente Michel Mouskhély, el procurador soviético: “no es ni juez ni funcionario administrativo —nosotros agregaríamos, ni tampoco estrictamente Ministerio Público—, sino que se encuentra entre ambos y se le puede caracterizar como un órgano de orientación y vigilancia, o inclusive como “profesor de la legalidad socialista”.<sup>383</sup>

Exclusivamente para efectos de estudio podemos dividir las atribuciones de los procuradores soviéticos en dos grandes categorías:

a' En cierta medida se puede afirmar que los procuradores realizan funciones paralelas, si bien no estrictamente similares, a las de los funcionarios del *Ministerio Público* de los países occidentales, en cuanto les corresponde el ejercicio de acción penal, así como la iniciativa para que se impongan sanciones disciplinarias o administrativas en contra de los funcionarios o ciudadanos que contravengan la ley (artículo 15 de la Ley Reglamentaria) y, además, la vigilancia en los lugares de reclusión, pudiendo decretar la libertad inmediata de toda persona indebidamente detenida o retenida sin fundamento legal (artículo 34 del mismo ordenamiento).

Dentro de esta misma orientación, los procuradores de sus respectivos niveles, pueden controlar la investigación previa y la instrucción de los procesos penales, pudiendo inclusive conducir personalmente la investigación, trasladar el expediente de un órgano a otro, y ordenar la libertad de las personas detenidas ilegalmente, y en este sentido se ha comparado la actuación de los citados funcionarios con la de los organismos judiciales que conocen de las impugnaciones de *habeas corpus* en los países occidentales (artículo 17 de la Ley Orgánica).<sup>384</sup>

b' *Fiscalización y vigilancia de la legalidad socialista* respecto de una gran parte de los funcionarios públicos, organizaciones sociales y económicas y de los ciudadanos, excluyéndose a los órganos más elevados del Estado, como el Soviet Supremo de la URSS y los de las Repúblicas Federadas y Autónomas, el Consejo de Ministerio en la esfera local y federal, así como el Partido Comunista, los cuales, por el contrario, ejercen control sobre las actividades de la Procuratura en todos sus niveles.<sup>385</sup>

De acuerdo con el artículo 113 de la Constitución Federal de 1936, reiterado por el artículo primero de la Ley Orgánica de la Procuratura de 1955, “El control máximo del cumplimiento exacto de las leyes por todos los Ministerios e instituciones a ellos subordinadas, así como por los funcionarios públicos y los ciudadanos de la URSS, incumbe al Procurador General de la URSS.”

Ahora bien, los procedimientos a través de los cuales el Procurador General y los restantes procuradores que le están subordinados en los distintos niveles pueden ejercer esta vigilancia de la legalidad socialista, son de dos clases:

<sup>383</sup> *Le système soviétique de contrôle*, cit., p. 512.

<sup>384</sup> Cfr. Dietrich A. Loeber, *La Prokuratura*, cit., pp. 86-88.

<sup>385</sup> Cfr. Glenn G. Morgan, *La fiscalización general, función de la procuración soviética*, en “Revista de la Comisión Internacional de Juristas”, Ginebra, invierno de 1959 y primavera-verano de 1960, pp. 132-148.

a" *La protesta*, la cual puede definirse como la reclamación que presenta el procurador respectivo, a fin de que una autoridad, o su inmediato superior, corrijan las violaciones o enmienden los errores a través de los cuales se afecte la vigencia de la legalidad socialista, tomando en consideración que la citada protesta también se presenta ante los tribunales judiciales como medio de impugnación contra los fallos que se estimen ilegales.<sup>386</sup>

Según el artículo 13 de la Ley Orgánica de 1955 tantas veces mencionada, el organismo, autoridad o funcionario ante el cual se formula la protesta, debe resolverla en el plazo de diez días, comunicando esta resolución al procurador que la formuló, en la inteligencia de que la reclamación respecto a sanciones administrativas impuestas a un funcionario, determina la suspensión de su cumplimiento hasta que dicha protesta se resuelva.

b" *La proposición o recomendación*, que los procuradores de acuerdo con sus niveles, pueden interponer ante los órganos del Estado, funcionarios o las organizaciones sociales, con el objeto de que éstos, dentro del plazo de un mes, pongan fin a las infracciones a la ley y a las causas que las han originado, y en su caso, adopten las medidas pertinentes para que cesen las propias infracciones y se supriman los motivos de las mismas.<sup>387</sup>

Ahora bien, esta vigilancia de la legalidad socialista por los miembros de la Procuratura puede efectuarse *de oficio*, es decir, por propia iniciativa de los procuradores, los cuales tienen en todo tiempo la facultad de solicitar a todos los órganos públicos y a las organizaciones sociales, que les proporcionen informes sobre su actividad, o bien, a petición de los particulares afectados, de los organismos de carácter social o económico, y también —y en estos casos las peticiones deben examinarse con preferencia— por parte de los altos funcionarios del Estado o del Partido Comunista, de los diputados del Soviet Supremo o inclusive de los periódicos.<sup>388</sup>

Al respecto podemos plantearnos varios problemas, el primero de los cuales se refiere a la naturaleza de la instancia que puede dirigir al procurador respectivo el particular afectado o la organización social a la que pertenece, a fin de que se repare la violación de los derechos fundamentales violados por las autoridades tanto administrativas como judiciales.

La doctrina ha llegado al convencimiento de que no se trata de verdaderos derechos subjetivos públicos que puedan dar lugar a una reclamación ante los tribunales si no son atendidas por los procuradores, con la única excepción de la denuncia del acusado contra los irregularidades o infracciones cometidas en la etapa de la instrucción, que si no son atendidas por el procurador, pueden impugnarse ante los tribunales.<sup>389</sup>

<sup>386</sup> Cfr. Dietrich A. Loeber, *La Prokuratura*, cit., pp. 84-86; Glenn G. Morgan, *The "protest" of soviet Procuracy*, en "The American Journal of Comparative Law", Ann Arbor, Michigan, verano de 1960, pp. 499-507.

<sup>387</sup> Cfr. Dietrich A. Loeber, *op. ult. cit.*, pp. 85-86; Glenn Morgan, *The "proposal" of the soviet procurator. A means for rectifying administrative illegalities*, en "The International and Comparative Law Quarterly", London, abril de 1960, pp. 191-207.

<sup>388</sup> Cfr. Dietrich A. Loeber, *op. ult. cit.*, p. 100.

<sup>389</sup> Cfr. Dietrich A. Loeber, *op. ult. cit.*, pp. 98-114.

Se trata de una simple denuncia que no otorga derecho al afectado para impugnar la decisión o inactividad del procurador, el cual puede actuar discrecionalmente sobre el fundamento y la oportunidad de la instancia del particular, ya que tampoco puede considerarse como un interés legítimo en el sentido en que lo entiende la doctrina italiana.<sup>390</sup>

En cuanto a la eficacia de la Procuratura en la defensa de los citados derechos fundamentales de los ciudadanos, ha sido prácticamente nula durante la dictadura stalinista, periodo en el cual los procuradores actuaban fundamentalmente en defensa del Estado y utilizaban las denuncias de los particulares afectados como un simple medio para descubrir violaciones de la legalidad socialista en perjuicio de los intereses de los órganos del poder, y a este respecto baste citar el papel que podemos calificar de inicuo, que desempeñó el Procurador General de la URSS, Andrei Vishinsky, en los célebres juicios de los troskistas en los años de 1936 y 1937, en los cuales utilizó su poder para organizar una farsa de juicio en el cual los acusados adoptaron una actitud de sumisión verdaderamente dramática.<sup>391</sup>

No obstante los vicios de que adolece la Procuratura, ya que no puede controlar a los órganos supremos del Estado y está sujeta a las directivas del Partido Comunista,<sup>392</sup> esta institución ha realizado una actividad decorosa para la protección de oficio o la instancia de los afectados, de los derechos humanos consagrados constitucionalmente, siempre que esta protección no entre en conflicto con la estabilidad de los órganos del poder.

A este respecto resulta ilustrativo el examen de los 242 casos concretos que cita el Profesor Morgan en uno de sus estudios fundamentales sobre la Procuratura, la mayoría de los cuales tuvieron resultados positivos en beneficio de los reclamantes, pero teniendo siempre en cuenta que la denuncia de los interesados constituye sólo un instrumento para que la misma Procuratura logre un control más eficaz de la legalidad socialista en beneficio de las autoridades políticas y del partido comunista, y únicamente en forma indirecta se realiza la tutela de los derechos de los particulares, como resultado principal de la protesta y de la recomendación.<sup>393</sup>

La Procuratura ha trascendido a todos los ordenamientos socialistas inspirados en el modelo soviético y ha sido regulada en forma similar a la que hemos descrito anteriormente, en los siguientes textos fundamentales: Albania, Constitución de 1 de marzo de 1946, artículos 84-88; República Democrática Alemana, Constitución de 6 de abril de 1968, artículos 97-98; Bulgaria, Constitución de 4 de diciembre de 1947, artículo 62; Checoslovaquia, Constitución de 11 de julio de 1960, artículo 97, párrafo 1º; República Popular China, Constitución de 20 de septiembre de 1954, artículo 81; Hungría, Constitución de 18 de agos-

<sup>390</sup> Para la distinción entre derechos subjetivos e intereses legítimos en la doctrina italiana, véanse los autores y los estudios citados en la nota 317.

<sup>391</sup> Cfr. Comisariado del Pueblo de Justicia de la URSS, *El proceso del centro anti-soviético troskista*, Moscú, 1937, *passim*.

<sup>392</sup> Cfr. Dietrich A. Loeber, *La Prokuratura*, cit., pp. 106-109.

<sup>393</sup> Cfr. Glenn G. Morgan, *The protests and representations lodged by the soviet Procuracy against the legality enactments, 1937-1964*, en el volumen "Legal controls in the Soviet Union", Leyden, 1966, pp. 106-286.

to de 1949, artículos 42-44; Polonia, Constitución de 22 de julio de 1952, artículos 46-56; Rumania, Constitución de 21 de agosto de 1965, artículos 105-108.<sup>394</sup>

b) *Los tribunales como órganos protectores de los derechos humanos.*

En proporción menor, pero con la tendencia a incrementar la competencia jurisdiccional, la protección de los derechos humanos, o al menos algunos de ellos, está encomendada a los tribunales ordinarios, que siguen en líneas generales, salvo en lo que se refiere a la organización federal, el modelo establecido por el ordenamiento de la Unión Soviética.

a) *Organización de los tribunales soviéticos*, la que está orientada en un sentido unitario y centralizado, no obstante el sistema federal, y tiene en su base los llamados Tribunales de Camaradas, que si bien tuvieron su origen en los primeros tiempos de la constitución del socialismo, fueron oscurecidos durante el periodo staliniano para resucitar durante la renovación del llamado humanismo socialista, los que se ocupan únicamente de controversias de escasa importancia y de aspectos disciplinarios en las viviendas y centros de trabajo.<sup>395</sup>

Los tribunales de primera instancia son los llamados Tribunales Populares, que abarcan un sector bastante amplio de las controversias civiles y penales de carácter local, y cuyas resoluciones pueden impugnarse ante los tribunales de segunda instancia de Distrito, Región o Región Autónoma, que también pueden funcionar como de primera instancia en asuntos de mayor importancia.

El siguiente escalón, que es el más alto dentro del ámbito local, está constituido por las Cortes Supremas de las Repúblicas Federadas, que también funcionan como tribunales de segunda instancia respecto de los tribunales de Distrito y de Región, y de primer grado en controversias de gran trascendencia para las citadas Repúblicas; y finalmente, la escala más elevada corresponde a la Corte Suprema de la Unión, que es el tribunal de mayor jerarquía en el ordenamiento soviético y se encuentra dividido en tres salas, penal, civil y militar.<sup>396</sup>

De acuerdo con el sistema que se ha calificado por los juristas soviéticos, como el carácter democrático de los tribunales socialistas, éstos se caracterizan por la elección popular de la mayoría de los jueces, que son designados por los Soviets respectivos; pero todos los organismos jurisdiccionales, a partir de los populares —los de camaradas se integran siempre por ciudadanos sin preparación jurídica— hasta llegar a los supremos, cuentan con jueces profesionales y con

<sup>394</sup> Cfr. Héctor Fix-Zamudio, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional*, cit., pp. 118-148.

<sup>395</sup> Cfr. Glenn G. Morgan, *People's justice: the anti-parasite law, people's volunteer militia, and comrades courts*, en el volumen "Law in Eastern Europe", vol. 7, Leyden, 1963, pp. 57-61; Michel Fridieff, *L'Organisation judiciaire soviétique*, en "Revue Internationale de Droit Comparé", Paris, octubre-diciembre de 1962, pp. 738-739; Ludwid Kos-Rabcewicz-Zubkowski, *Los tribunales sociales (de camaradas en la URSS)*, trad. de Javier Elola, en "Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México", Núm. 43, enero-abril de 1962, pp. 93-105.

<sup>396</sup> Cfr. Michel Fridieff, *op. ult. cit.*, pp. 725-745; Henry J. Abraham, *The judicial process*, New York, 1962, pp. 242-250.

asesores legos, en la inteligencia de que estos últimos no realizan una función similar a la de los jurados de los sistemas "burgueses", ya que intervienen en la decisión del asunto, tanto en los aspectos fácticos como legales.<sup>397</sup>

En términos muy generales, los tribunales soviéticos conocen en forma bastante restringida de ciertas reclamaciones de los particulares afectados contra actos y resoluciones de las autoridades administrativas, especialmente en cuanto a la imposición de sanciones administrativas y económicas, pero de ninguna manera pueden equiparse a los órganos de la justicia administrativa de los países occidentales, que se estimaron de carácter burgués y fueron suprimidos en el inicio de la revolución.<sup>398</sup>

También se pueden reclamar ante los tribunales, según hemos visto anteriormente, las decisiones negativas de los miembros de la Procuratura en relación con las detenciones indebidas, que es lo que pudiera aproximarse al *habeas corpus* de los países occidentales.<sup>399</sup>

b' *Procedimiento administrativo*. Se ha señalado que el humanismo socialista posterior a la muerte del dictador georgiano se tradujo también en el otorgamiento de una cierta participación de los particulares en el procedimiento administrativo soviético, con el objeto de que puedan hacer la defensa de sus derechos e intereses legítimos, pero sin que esta intervención sea de carácter general ni se hubiese regulado por una ley específica.<sup>400</sup>

Pero en otros regímenes socialistas se advierte la clara tendencia a establecer una regulación particular del procedimiento administrativo, especialmente por lo que se refiere a la intervención de los particulares en la defensa de sus derechos, incluyendo la posibilidad de interponer recursos administrativos. En esta dirección podemos mencionar a Checoslovaquia (Ley 71-1967);<sup>401</sup> Polonia (Código de Procedimiento Administrativo, 1º de enero de 1961);<sup>402</sup> Rumania (Ley 1-1967);<sup>403</sup> y Yugoslavia (Ley sobre el Procedimiento Administrativo General, de 1956, reformada en marzo de 1965).<sup>404</sup>

<sup>397</sup> Los tratadistas Denisov y Kirichenko consignan gráficamente los órganos representativos (soviets) que pueden elegir a los jueces de los diversos tribunales, con exclusión de los tribunales populares, cuyos integrantes son electos directamente por los electores, *Derecho constitucional soviético*, cit., p. 301.

<sup>398</sup> Cfr. M. Strogovitch, *La protection des droits des citoyens en URSS*, cit., pp. 303-304.

<sup>399</sup> Cfr. D. Karev, *Procedimiento penal soviético*, en el volumen colectivo ya citado, "Fundamentos del derecho soviético", pp. 549-555.

<sup>400</sup> Cfr. John N. Hazard, *Die Bürgerrechte in der Sowjetunion*, cit., pp. 985-991.

<sup>401</sup> Cfr. Karel Svoboda, *La protection juridictionnelle du particulier contre le pouvoir exécutif en Tchécoslovaquie*, en la obra "Gerichtsschutz gegen die Executive", cit., vol II, pp. 1038-1041.

<sup>402</sup> Cfr. Walter Gellhorn, *Poland*, en su libro "Ombudsmen and others", cit., pp. 296-302; Stefan Rozmaryn, *La Pologne*, Paris, 1963, pp. 304 y ss.; Jadwiga Castagne, *La règle de la double subordination dans la République Populaire de Pologne*, en "Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger", Paris, enero-febrero de 1961, pp. 59-78.

<sup>403</sup> Cfr. Mircea Stoica, Tudor Draganu y Andrei Balogh, *Le contrôle judiciaire de la légalité des actes administratifs dans la législation roumaine*, en el libro colectivo "Gerichtsschutz gegen die Executive", cit., vol. 2, pp. 901-920.

<sup>404</sup> Sr. Lado Vavpetic, *Loi sur la procédure administrative générale*, Beograd. 1969.

c) *Revisión judicial de los actos administrativos.* Algunos ordenamientos socialistas se están aproximando a los sistemas occidentales en cuanto a la revisión judicial por parte de los tribunales ordinarios, de los actos y resoluciones de la administración, destacando la situación de Yugoslavia, ya que el artículo 159 de su Constitución Federal de 1963, dispone que las decisiones definitivas administrativas —después de haberse agotado los recursos internos— están sujetas a la revisión judicial cuando afecten los derechos u obligaciones de los particulares o de los grupos de autogestión.

Esta impugnación judicial está regulada por la Ley del Contencioso Administrativo de 23 de abril de 1952, según la cual, estas controversias se someten al conocimiento de una Sala especializada de las Cortes Supremas de las Repúblicas Federadas, y en forma limitada y a partir de 1966, la decisión de estas Salas puede apelarse ante la Corte Suprema de la Federación, la que también conoce de las reclamaciones, en primera instancia, de los actos y decisiones de las autoridades administrativas federales.<sup>406</sup>

Con mayores limitaciones, ya que son varias las categorías de actos que están exentos del control jurisdiccional, la citada Ley 1-1967 de Rumanía, establece el principio de la impugnación de los actos y resoluciones administrativas, primeramente a través de los recursos internos, y con posterioridad ante los tribunales ordinarios, dentro del plazo de treinta días posteriores a su pronunciamiento.

Un aspecto importante de la ley rumana que merece destacarse, es la posibilidad que se otorga a los particulares de impugnar judicialmente el rechazamiento injustificado de los recursos internos administrativos o el silencio de las autoridades de la administración, cuando no resuelven los propios recursos dentro de los plazos establecidos por el decreto número 534 de 24 de junio de 1966.<sup>406</sup>

d' *Revisión oficial de las resoluciones judiciales,* que constituye una institución peculiar del sistema socialista, ya que se aparta del sistema tradicional occidental, en el que los medios de impugnación pertenecen esencialmente a las partes del proceso y sólo de manera excepcional al ministerio público.<sup>407</sup>

En términos muy generales puede afirmarse que dicha revisión está relacionada con la función de la Procuratura en cuanto a la vigilancia de la legalidad socialista, pero incorporando también a los presidentes de los tribunales superiores para la fiscalización de los fallos de los propios organismos jurisdiccionales o de los inferiores.

Son dos los instrumentos de esta impugnación oficial, estimada como diversa a la que corresponde a las partes en todo tipo de proceso: la *protesta* de los miembros de la Procuratura, y en segundo término, la figura que se ha

<sup>406</sup> Cfr. autores y estudios citados en la nota 336.

<sup>406</sup> Cfr. Micea Anghene, *Le contrôle judiciaire de la légalité des actes administratifs en Roumanie*, en "Revue de Droit Contemporain", Bruxelles, 1970, pp. 91-104.

<sup>407</sup> Cfr. M. A. Gurvich, *Derecho procesal civil soviético*, trad. de Miguel Lubán, México, 1971, pp. 449 y ss.

traducido oficialmente como “alta inspección”,<sup>408</sup> que puede interponerse tanto por los procuradores como por los presidentes de algunos tribunales contra las sentencias judiciales que ya han adquirido la autoridad de cosa juzgada.

Como se había mencionado anteriormente, la protesta puede ser presentada por los miembros de la Procuratura, dentro de sus respectivas esferas, ante los tribunales de segunda instancia, hasta llegar a la Corte Suprema de la URSS, contra las resoluciones que todavía no se consideran firmes, si se estiman contrarias a la legalidad socialista, a través de lo que se ha calificado como *recurso de casación* —que por supuesto también pueden interponer las partes que han intervenido en el proceso respectivo— y que constituye una mezcla de la apelación y de la casación occidentales, con matices de revisión de oficio.<sup>409</sup>

La calificada como alta inspección, que en realidad debe estimarse como una revisión del fallo con autoridad de cosa juzgada, diversa a la existente en el sistema “burgués”, apoyada en el descubrimiento de nuevos hechos o elementos de convicción,<sup>410</sup> ya que en el ordenamiento soviético tiene su fundamento esencial en la violación de la legalidad socialista, y puede ser interpuesta ya sea por los miembros de la Procuratura, o bien por los presidentes de los tribunales superiores, ante los presidiums de los propios organismos jurisdiccionales, o ante el Pleno de las Cortes Supremas de las Repúblicas Federadas o de la Corte Suprema de la URSS.

Según lo establecido por las bases de la organización de los tribunales de la URSS de 1958, por la Ley de organización judicial de 1960, por el Reglamento —en realidad, ley orgánica de la Corte Suprema de la URSS en 1957—<sup>411</sup> relacionados todos ellos con la Ley de la Procuratura de 1955, ya mencionada, la protesta por parte de los procuradores contra las resoluciones judiciales impugnables, y la “alta inspección” interpuesta por los mismos procuradores o por los presidentes de los tribunales superiores cuando dichas resoluciones han quedado firmes, puede ser utilizada para la tutela de los derechos fundamentales de la persona humana, especialmente los que se plantean ante las Cortes Supremas de las Repúblicas Federadas y la Corte Suprema de la URSS.

<sup>408</sup> Esta institución se ha traducido oficialmente como “alta inspección” en varios trabajos impresos en Moscú, entre los cuales podemos mencionar los de V. Tadevosian, *Procedimiento civil soviético*, y D. Karev, *Procedimiento penal soviético*, ambos en el volumen dirigido por P. Romashkin, “Fundamentos del derecho soviético”, cit., pp. 622-627, 577-590, respectivamente.

<sup>409</sup> Para la distinción entre los diversos tipos de recursos procesales, cfr. entre otros, Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Los recursos en nuestras leyes procesales*, en su libro “Estudios de derecho procesal”, Madrid, 1934, pp. 23-65; J. Ramiro Podetti, *Tratado de los recursos*, Buenos Aires, 1958, pp. 12-39; Manuel Ibáñez Frocham, *Tratado de los recursos en el proceso civil*, 2a. Ed., Buenos Aires, 1957, pp. 9-111.

<sup>410</sup> La revisión como recurso excepcional respecto de sentencias que ya han adquirido autoridad de cosa juzgada, especialmente en materia penal, a instancia del afectado y con apoyo en el descubrimiento de nuevos hechos o medios de prueba, también existe en el derecho soviético, como lo afirma D. Karev, *Procedimiento penal soviético*, cit., pp. 588-590.

<sup>411</sup> Sobre la legislación relativa a la organización judicial soviética, cfr. Michel Friedeif, *L'organisation judiciaire soviétique*, cit., pp. 726-729.

En efecto, los Procuradores y los Presidentes de las Cortes Supremas de las Repúblicas Federadas, pueden impugnar ante el Pleno de los citados organismos judiciales supremos, las resoluciones de estos tribunales o de los inferiores, cuando dichos fallos se encuentran en contradicción con las leyes de la República respectiva.

De mayor importancia en esta materia es la facultad del Pleno de la Corte Suprema de la URSS para conocer de las protestas del Procurador General de la Unión, así como la impugnación del mismo Procurador o del Presidente de la propia Corte, en vía de “alta inspección”, contra las sentencias de las Salas de dicho Tribunal y los fallos de las Cortes Supremas de las Repúblicas Federadas, cuando dichas resoluciones se encuentren en contradicción con las leyes de la Unión Soviética o lesionen los intereses de otras Repúblicas Federadas; reclamaciones que en determinados casos también pueden interponerse ante las Salas de la Corte Suprema de la Unión (artículos 9º y 11 del Reglamento de la citada Corte Suprema).<sup>412</sup>

Es preciso insistir que la protesta y la “alta inspección” están orientadas primordialmente hacia la defensa de la legalidad socialista y sólo en forma indirecta a la protección de los derechos de los ciudadanos, ya que los particulares no están legitimados para interponer tales instancias, sino exclusivamente para presentar una petición ante la Procuratura o ante los presidentes de las Cortes Supremas mencionadas, a fin de que formulen la impugnación respectiva pero sin que esta solicitud de los interesados tenga los efectos de un verdadero recurso, ya que es discrecional para los funcionarios referidos, interponer o no la reclamación.<sup>413</sup>

También debe señalarse que el artículo 112 de la Constitución de la URSS de 1936, y esta disposición se encuentra reiterada en las leyes orgánicas mencionadas,<sup>414</sup> establece que los jueces son independientes y sólo se subordinan a la ley, pero esta independencia es diversa de la que se entiende por tal en los regímenes de Occidente, en los cuales la autonomía de la magistratura judicial se configura respecto a los restantes órganos del poder;<sup>415</sup> por el contrario, los jueces soviéticos deben rendir cuentas y pueden ser destituidos por los órganos o los electores que los han designado, lo que significa que están sujetos al control de los soviets o de los ciudadanos, según el caso,<sup>416</sup> por lo que su autonomía sólo se presenta frente a funcionarios particulares, pero están vinculados por las directivas de los cuerpos legislativos y del partido comunista, ya que la ju-

<sup>412</sup> El texto del llamado Reglamento de la Corte Suprema puede consultarse en el libro de A. Denisov y M. Kirichenko, *Derecho constitucional soviético*, cit., pp. 425-430.

<sup>413</sup> Cfr. René David, *Elementos fundamentales del derecho soviético*, trad. de Melchor Echague, en la obra de dos tomos “El derecho soviético”, t. I, Buenos Aires, 1964, p. 343.

<sup>414</sup> Cfr. Michel Fridieff, *L'organisation judiciaire soviétique*, cit., pp. 743-745.

<sup>415</sup> Sobre la independencia judicial en los regímenes occidentales, nos limitamos a citar el clásico trabajo de Eduardo J. Couture, *Las garantías constitucionales del proceso civil*, cit., pp. 204-210.

<sup>416</sup> Cfr. A. Denisov y M. Kirichenko, *Derecho constitucional soviético*, cit., pp. 292-298.

dicatura soviética debe coadyuvar a la construcción de la sociedad comunista del futuro y a la defensa del régimen socialista del presente.<sup>417</sup>

Esta situación partidista de los jueces socialistas se consigna expresamente en el artículo 94, párrafo 1, de la Constitución de la República Democrática Alemana de 1968, en cuanto dispone: "Sólo pueden ser jueces aquellos que han demostrado su fidelidad al pueblo y a su Estado socialista, y que además, posean amplios conocimientos, rica experiencia de la vida, madurez suficiente y personalidad firme."<sup>418</sup>

La falta de independencia política de la judicatura se advierte en forma ostensible en la República Popular China, pues si bien su Constitución de 1954 establece en su artículo 78 que: "Los tribunales populares son independientes en el ejercicio de su función judicial y no obedecen sino a la ley", en la realidad los jueces, especialmente los profesionales, son acusados con frecuencia de contrarrevolucionarios y sustituidos por jueces legos sin conocimientos jurídicos, pero con espíritu progresista, habiéndose señalado numerosos casos de funcionarios judiciales o de la Procuratura que fueron destituidos e inclusive sometidos a proceso criminal, por asumir una actitud independiente en defensa de los particulares, todo lo cual nos indica que la revisión judicial de los fallos de los tribunales se utiliza más en beneficio del sistema político, que para tutela, así sea indirecta, de los derechos fundamentales de los ciudadanos.<sup>419</sup>

### 8. La solución escandinava: el Ombudsman

Para no alargar el análisis panorámico de la tutela procesal de los derechos humanos en los principales sistemas constitucionales, nos referiremos brevemente al *Ombudsman* escandinavo, que si bien no puede considerarse como instrumento de naturaleza procesal, constituye, sin embargo, una institución que se ocupa esencialmente de la defensa jurídica de los derechos fundamentales de los gobernados frente a la actividad, cada vez más absorbente, de la administración, y eventualmente, de otras autoridades.

A. *Concepto*. Resulta muy difícil establecer una idea precisa sobre esta institución que ha asumido diversas modalidades en los ordenamientos en los cuales se ha implantado, y además, si se toma en cuenta que se ha conferido la designación de *Ombudsman* a instrumentos jurídicos que sólo tienen una relación bastante remota con el modelo escandinavo.

En primer término, desde el punto de vista etimológico, *Ombudsman* es

<sup>417</sup> Sobre el papel educativo y de propaganda de los tribunales soviéticos, cfr. M. Gurvitch, *Derecho procesal civil soviético*, cit., pp. 9-12.

<sup>418</sup> Sobre el carácter partidista de la judicatura de la República Democrática Alemana, cfr. Heinrich Toeplitz, *The functions of the Courts of the German Democratic Republic of the basis of the State Council Decree*, en "Law and Legislation", Berlin, 1963, pp. 19-27.

<sup>419</sup> Cfr. Jerome Alan Cohen, *The Chinese Communist Party and "judicial independence", 1949-1959*, en "Harvard Law Review", Cambridge, Mass., mayo de 1969, pp. 967-1006; Shao-chuan Leng, *Justice in Communist China*, Dobbs Ferry, New York, 1967, pp. 27-74; Tsien Tche-hao, *La République Populaire de Chine*, Paris, 1970. pp. 310-320.

una palabra sueca que significa representante, delegado o mandatario, y todavía pueden encontrarse otras connotaciones.<sup>420</sup>

Este representante posee como rasgos comunes, dentro de la variedad de matices que ha sufrido en nuestra época, su vinculación con el órgano legislativo y su misión fundamental dirigida a la tutela de los derechos fundamentales de los particulares, a través de la fiscalización de la actividad de las autoridades administrativas, con el propósito esencial de prevenir la violación de los citados derechos o su restitución cuando dicha violación se ha realizado.

En su excelente prefacio a la segunda edición de la obra que sobre esta institución editó el profesor Donal C. Rowat, dicho tratadista señala tres características que nos permiten configurar el *Ombudsman* desde un punto de vista genérico:

a) El *Ombudsman* es un funcionario autónomo, sin vinculación con los partidos políticos; que depende de la legislatura; que en la mayoría de los casos ha sido consagrado por los textos constitucionales, y que fiscaliza a la administración;

b) Conoce de las quejas específicas del público contra la injusticia y la defectuosa actividad de las autoridades administrativas.

c) Posee la facultad de investigar, criticar y publicar, pero no la de revocar, los actos de carácter administrativo.<sup>421</sup>

B. *Orígenes*. El *Ombudsman* surgió en la ley constitucional sueca de 6 de junio de 1809 sobre la forma de gobierno (*Regerisform*), aun cuando se señalan antecedentes que se remontan al Canciller de Justicia que fue creado por la Corona en el siglo XVIII, como representante del Rey para vigilar a los funcionarios administrativos.<sup>422</sup>

En los primeros tiempos el *Ombudsman* fue designado por el Parlamento (*Riksdag*) con el objeto de fiscalizar en primer término las resoluciones de los tribunales, y de allí su nombre que todavía conserva de *Justitieombudsman* (JO), y paulatinamente fue extendiendo su vigilancia a las autoridades administrativas, y así permaneció hasta el año de 1915, en el que se estableció paralelamente un *Ombudsman* para asuntos militares, o *Militieombudsman* (MO).<sup>423</sup>

C. *Trascendencia*. Durante bastante tiempo el *Ombudsman* sueco funcionó como una institución estrictamente nacional ignorada por los restantes ordenamientos, pero en los años que siguieron a la primera guerra mundial y con mayor vigor en esta segunda postguerra, ha trascendido tanto a los restantes países escandinavos como a numerosos ordenamientos occidentales, hasta el

<sup>420</sup> Cfr. André Legrand, *L'Ombudsman Scandinave*, cit., p. 8, nota 15.

<sup>421</sup> Cfr. Donald C. Rowat (Editor), *The Ombudsman, Citizen's Defender*, 2a. Ed., London-Toronto-Stockholm, 1968, Preface, p. xxiv. Lucio Cabrera Acevedo, *Una forma política de control constitucional; el Comisionado del Parlamento en Escandinavia*, en "Boletín del Instituto de Derecho Comparado en México", Núm. 42, septiembre-diciembre de 1961, pp. 573-580.

<sup>422</sup> Cfr. André Legrand, *L'Ombudsman*, cit., pp. 15-26; Alfred Bexelius, *The Ombudsman for civil affairs*, en el libro de Rowat, cit., p. 24.

<sup>423</sup> Cfr. Hugo Henkow, *The Ombudsman for military affairs*, en la obra de Rowat, cit., pp. 51-57.

punto que puede hablarse de una verdadera euforia para su establecimiento en los más diversos sistemas.<sup>424</sup>

Primeramente se introdujo el *Ombudsman* en Finlandia a través de la ley constitucional de 1919; en 1954 se estableció en Dinamarca; y en Noruega en 1952 para asuntos militares y hasta 1962 para las restantes materias.

Con posterioridad se consagró en la República Federal de Alemania exclusivamente para asuntos militares (1957); en 1962 en Nueva Zelandia; en 1967 tanto en la Gran Bretaña, como en las provincias canadienses de New Brunswick y Alberta, y en el Estado de Hawai, de los Estados Unidos de Norte América; en Irlanda del Norte y en Quebec, en el año de 1969, y finalmente, en Israel en 1971; sin tomar en cuenta varios proyectos que se han presentado ante los órganos legislativos de la Unión y de varias provincias en el Canadá; en varias Entidades Federativas y en el Congreso Federal de los Estados Unidos, en Italia, etcétera.

También debemos mencionar que se ha recomendado la introducción del *Ombudsman* en los ordenamientos constitucionales que todavía no lo consagran, de acuerdo con las declaraciones formuladas en conferencias internacionales organizadas por la Comisión Internacional de Juristas, entre las cuales destacan las celebradas en Bangkok (1965), y en Colombo, Ceilán (1966).<sup>425</sup>

D. *Características esenciales.* En este sector señalamos de la manera más breve posible, los aspectos peculiares de esta institución en los diversos ordenamientos que la han consagrado:

a) *Suecia.* Debido a que en este país nórdico, en el cual existe un elevado espíritu cívico, el *Ombudsman* lleva más de un siglo y medio de evolución, se ha perfeccionado de tal manera que debe considerarse como el modelo para todos los demás ordenamientos que han instituido un representante o comisionado parlamentario.

Por otra parte, el éxito alcanzado por la institución ha determinado que al lado de la figura tradicional se establezcan otras de carácter paralelo, como el *Ombudsman* para la libertad de comercio (1954) y el *Ombudsman* para la protección de los consumidores, ambos designados por el rey en unión de su Consejo; así como el *Ombudsman* para la prensa (1969), nombrado de común acuerdo por uno de los *Ombudsman* parlamentarios, el presidente del Colegio de abogados y por el Presidente de la Oficina de Cooperación para la prensa.<sup>426</sup>

Los *Ombudsman* para asuntos civiles (JO), cuyo número se elevó a tres a partir de 1968, son designados por 48 electores, designados por mitad por cada una de las Cámaras del Parlamento, entre los cuales deben figurar los representantes de las diversas tendencias políticas, y si bien los referidos *Ombudsman* dependen del mismo Parlamento, que los puede destituir en casos extremos —lo que nunca ha ocurrido— conservan su independencia frente al mismo, ya que el organismo legislativo sólo puede darles directivas generales,

<sup>424</sup> Cfr. Donal C. Rowat, *op. ult. cit.*, pp. v-xiv.

<sup>425</sup> Cfr. Comisión Internacional de Juristas, *Imperio del derecho y derechos humanos*, Ginebra, 1967, pp. 22-25.

<sup>426</sup> Cfr. The Swedish Institute, *The Swedish Ombudsman*, Stockholm, diciembre de 1971.

pero no instrucciones particulares sobre los diversos aspectos de su actividad fiscalizadora.

Duran en su cargo cuatro años —que es igual al periodo de los miembros del Parlamento— y pueden ser reelectos, pero nunca lo han sido por más de dos ocasiones. Realizan una labor de vigilancia sobre todo tipo de autoridades administrativas —con excepción de los Ministros y del Consejo Real— pero incluyendo las judiciales; fiscalización que pueden efectuar de oficio o con motivo de las denuncias o quejas de los particulares, de otras autoridades o de acuerdo con informaciones periodísticas, pero carecen de facultades para revocar o modificar los actos o resoluciones respectivas, pues en principio, si estiman que se ha cometido una falta o un delito por los funcionarios correspondientes, pueden iniciar un procedimiento ante los tribunales ordinarios, para la imposición de sanciones a los responsables.

En la realidad, en muy raras ocasiones se solicitan sanciones para los funcionarios que afecten indebidamente los derechos de los particulares, o invadan las atribuciones de otras autoridades, pues los citados representantes parlamentarios han procurado canalizar su labor protectora de los derechos de los particulares dirigiendo recomendaciones y amonestaciones a los funcionarios o dependencias administrativas a fin de que se corrijan las deficiencias o se modifiquen o revoquen los actos y resoluciones indebidas, y si bien estas sugerencias de los *Ombudsman* carecen de imperatividad, son aceptadas en la mayoría de los casos por las autoridades que las reciben.<sup>427</sup>

El *Ombudsman* en materia militar se designa en la misma forma que los anteriores, también por un plazo de cuatro años, pero muy rara vez es reelecto. Su función esencial consiste en recibir las denuncias y las quejas de los miembros de las fuerzas armadas sobre la afectación de sus derechos por los jefes y oficiales —excluyendo al Ministro de la Defensa— pero además bien puede actuar de oficio, vigilando el cumplimiento de las leyes y reglamentos militares, entre ellos, los tribunales ordinarios, ya que en virtud de la reforma de 1948, se han suprimido los tribunales militares en tiempos de paz.<sup>428</sup>

Los distintos *Ombudsman* que dependen del Parlamento deben presentar a éste un informe anual, que puede ser discutido para examinar tanto la conducta de los Comisarios respectivos como la de los funcionarios y autoridades mencionados en los citados informes.

b) *Finlandia*. Al obtener su independencia de Rusia en el año de 1919, se introdujo el *Ombudsman* a través de una ley constitucional, para toda clase de asuntos, tanto civiles como militares.

En el ordenamiento finlandés asume gran importancia otro funcionario que actúa paralelamente al *Ombudsman*, es decir, el canciller de Justicia, que fue restablecido en la misma fecha, después de haber sido transformado por los

<sup>427</sup> Cfr. André Legrand, *L'Ombudsman*, cit., pp. 35-119; Alfred Bexelius, *The Ombudsman for civil affairs*, cit., pp. 22-44; Ulf Lundvik, *Comments on the Ombudsman for civil affairs*, en Rowat, cit., pp. 44-50; Walter Gellhorn, *Sweden*, en su libro "Ombudsmen and others", cit., pp. 202-225.

<sup>428</sup> Cfr. André Legrand, *op. ult. cit.*, pp. 121-144; Hugo Henkow, *The Ombudsman for military affairs*, cit., pp. 51-57.

zares en una Procuratura de acuerdo con el modelo ruso de la época, que ya hemos mencionado, en virtud de la actitud valiente del Canciller.

El citado Canciller (JK) es electo por el Presidente de la República por un plazo indeterminado y debe rendir al titular del ejecutivo un informe anual de sus actividades, en tanto que el *Ombudsman* (JO), es designado por votación mayoritaria de los miembros del Parlamento (*Riksdag*), en un principio sólo por un año con posibles reelecciones, a partir de 1933, por tres años, y finalmente en 1957 se elevó a cuatro años, que coincide con la duración actual del órgano legislativo.

De acuerdo con la citada reforma de 1933 se dividieron algunas de las actividades de ambos funcionarios, ya que el *Ombudsman* había incrementado su prestigio, que en sus comienzos era inferior al de canciller.

En la actualidad el *Ombudsman* realiza la fiscalización de las autoridades administrativas y judiciales, incluyendo a las pertenecientes a las fuerzas armadas, ya sea de oficio o a instancia de los gobernados, de manera similar al modelo sueco, ya que también puede consignar penalmente a los infractores, o bien, que es la solución más frecuente, formula advertencias y recomendaciones a las autoridades respectivas, enviando un informe anual al Parlamento.

Por su parte, el Canciller de Justicia, sin abandonar su función de vigilancia de las autoridades administrativas, actúa esencialmente como consejero jurídico del Gobierno.<sup>429</sup>

c) *Dinamarca*. Con motivo de la reforma de 1953, se consagró en el artículo 45 de la Constitución la figura del representante parlamentario, que se formalizó en la ley de 11 de septiembre de 1954, en la cual se estableció un comisionado para asuntos civiles y militares (*Ombudsmand du Folketing*) siguiendo en grandes líneas el modelo sueco-finlandés.

De acuerdo con la citada ley de 1954 y las instrucciones expedidas por el Parlamento (*Folketing*) el 22 de marzo de 1956, el *Ombudsmand* danés posee una competencia amplia de fiscalización de la legalidad de las actividades de las autoridades administrativas, incluyendo las militares, y apartándose del modelo, tiene facultad de conocer de los actos de los ministros de Estado, con independencia de la responsabilidad política de los citados funcionarios ante el Parlamento, y además, su competencia se extiende a la fiscalización de ciertas instituciones que no son propiamente estatales, pero que guardan estrechas relaciones con la administración, como ocurre con algunos actos de los miembros del clero, de los organismos descentralizados, e inclusive, a partir de 1962, también de las autoridades de carácter local.

Por otra parte, advertimos como aspecto peculiar, que el citado *Ombudsmand* no puede conocer de las resoluciones de los organismos jurisdiccionales, contrariamente a lo que ocurre en Suecia y en Finlandia.

El comisario parlamentario es electo cada cuatro años por el Parlamento —de acuerdo con la duración del periodo legislativo— y puede ser reelecto. Es independiente tanto del Gobierno como del órgano legislativo, ya que éste no

<sup>429</sup> Cfr. Paavo Kastari, *The Chancellor of Justice and the Ombudsman*, en Rowat, cit., pp. 58-74; André Legrand, *op. ult. cit.*, pp. 155-200; Walter Gellhorn, *Finland*, en su obra "Ombudsmen and others". cit. n.º 48-90.

puede darle instrucciones de carácter particular, sino exclusivamente directivas generales, pero en cambio, el citado funcionario debe enviar al Parlamento un informe anual de sus actividades.

En la misma forma que su modelo, el representante parlamentario danés puede efectuar investigaciones, y en su caso, formular acusación ante los tribunales o ante el Parlamento contra los funcionarios que hubiesen cometido faltas o delitos, pero en la práctica su actividad esencial consiste en realizar inspecciones y recibir las quejas o denuncias de los particulares, con el objeto de examinar la actuación de las autoridades administrativas, inclusive en el caso de facultades discrecionales, formulando recomendaciones o amonestaciones, que en términos generales son aceptadas por los funcionarios respectivos.<sup>430</sup>

d) *Noruega*. Como lo habíamos mencionado anteriormente, existen dos *Ombudsman*, uno para las fuerzas armadas establecido desde 1952, y otro para los asuntos civiles introducido por la ley de 22 de junio y las reglas generales de 8 de noviembre, ambas de 1962.

Aun cuando ambos funcionarios (*Stortingets Ombudsmän*) se configuraron tomando como ejemplo las respectivas instituciones de Suecia y Dinamarca, podemos señalar algunos aspectos peculiares:

a' Además del informe anual que cada uno de ellos debe enviar al órgano legislativo para su discusión —el de carácter militar también debe remitirse al ministro de la Defensa— los asuntos particulares que les confiere el mismo Parlamento deben figurar en una comunicación específica.

c' El *Ombudsman* en materia civil conoce de la actividad de las autoridades administrativas, con exclusión de los órganos jurisdiccionales, en lo cual se aproxima al funcionario danés, pero se separa de este último en cuanto su competencia para apreciar los actos discrecionales está limitada a las infracciones evidentes de la razonabilidad administrativa.

d' El *Ombudsman* que vigila la actividad de las fuerzas armadas es el presidente de un Comité Central de siete miembros, los que constituyen el órgano superior de los diversos comités representativos que se introdujeron desde 1912, pero que fueron perfeccionados en 1948 y 1950, en cada una de las unidades militares, de manera que tanto el citado *Ombudsman*, como sus auxiliares pueden actuar de oficio y a instancia de los miembros particulares de las fuerzas armadas, pero también a solicitud de los referidos comités representativos.<sup>431</sup>

<sup>430</sup> Cfr. I. M. Pedersen, *Denmark's Ombudsman*, en Rowat, cit., pp. 75-94; André Legrand, *op. ult. cit.*, pp. 201-245; Walter Gellhorn, *Denmark*, en la obra citada en la nota anterior, pp. 5-47; Stephan Hurwitz, *Denmark*, en la obra citada en la nota anterior, pp. 5-47; Stephan Hurwitz, *Denmark's Ombudsman: The Parliamentary Commissioner for civil and military Government Administration*, en "Wisconsin Law Review", Waterloo, Wisconsin, marzo de 1961, pp. 169-199, que incluye como apéndice la traducción inglesa de la ley de 11 de junio de 1954, que estableció esta institución y de las directivas generales expedidas por el Parlamento el 22 de marzo de 1956, pp. 194-199.

<sup>431</sup> Cfr. Audvar Os, *The Ombudsman for civil affairs*, y Arthur Ruud, *The Military Ombudsman and his Board*, ambos en Rowat, cit., pp. 95-110 y 111-118, respectivamente; Walter Gellhorn, *Norway*, en la obra citada en la nota anterior, pp. 154-193; André Legrand, *op. ult. cit.*, pp. 247-262; Terje Wold, *El Comisionado Parlamentario Noruego para la administración civil*, en "Revista de la Comisión Internacional de Juristas", Ginebra, invierno de 1959, primavera-verano de 1960, pp. 27-34.

e) *República Federal de Alemania*. Tomando como modelo el *Ombudsman* en materia militar se reformó el artículo 45 bis de la Ley Fundamental de Bonn, por decreto legislativo de 19 de marzo de 1956, para introducir la institución de un Delegado Parlamentario de la Defensa (*Wehrbeauftragte des Bundestages*), precepto que fue reglamentado por la ley federal de 26 de junio de 1957.

Aun cuando en principio coincide con la figura del citado *Ombudsman* militar de Suecia, sin embargo se aparta de él en algunos aspectos, que podemos señalar de la siguiente manera:

a' El Delegado alemán, además de su función de vigilancia de las autoridades militares para la protección de los derechos fundamentales de los miembros de las fuerzas armadas, está facultado por el citado precepto constitucional para colaborar con la Cámara Federal (*Bundestag*) en el ejercicio del control parlamentario.

En cuanto a la fiscalización de las fuerzas armadas, el Delegado alemán tiene bastante semejanza con los funcionarios similares de Suecia y de Noruega, ya que puede realizar inspecciones, recibir quejas del personal militar y formular recomendaciones a los funcionarios respectivos. Posee autonomía respecto de la Cámara Federal, que lo elige por un plazo de cinco años —el periodo legislativo es de cuatro— por mayoría absoluta de sus miembros, y la que lo puede destituir o reelegir por la misma mayoría, pero en cambio no está facultado para darle instrucciones particulares. El Delegado está obligado a rendir un informe anual que se somete al dictamen del Comité de la Defensa de la propia Cámara.

b' Por lo que respecta a la segunda actividad esencial, es decir, como órgano de control legislativo, el *Ombudsman* recibe instrucciones precisas del Parlamento para realizar investigaciones y presentar informes en relación con la actividad de las fuerzas armadas, y en esta materia está sometido a las directivas del Comité de la Defensa de la Cámara Federal, porque en este sentido posee una autonomía menor que en relación con la primera actividad.

c) La doctrina ha puesto de relieve que el Delegado alemán ha tropezado con una doble resistencia, tanto por parte de las mismas fuerzas armadas como por un sector de los miembros del Parlamento, ya que existe una tradición autoritaria en el ejército alemán, diversa de la escandinava, y por ello no resulta sencillo transformar un sistema rígido en otro más flexible. Esta situación se ha traducido en una actitud crítica frente a este funcionario, no obstante que los dos primeros que ocuparon el cargo eran militares retirados y por tanto, compenetrados con el propio sistema.<sup>482</sup>

f) *Nueva Zelandia*. Esta institución se introdujo en la ley denominada *The Parliamentary Commissioner (Ombudsman) Act, 1962*, y si bien sólo en el título de este ordenamiento se utilizó el vocablo escandinavo, el mismo ha adquirido carta de naturalización tanto entre el público como en los organismos oficiales.

<sup>482</sup> Cfr. Egon Lohse, *West Germany's Military Ombudsman*, en Rowat, cit., pp. 119-126; André Legrand, *op. ult. cit.*, pp. 263-274; Rainer Kraehe, *Le Délégué Parlementaire a la Défense du Bundestag*, en "Revue du Droit Public et de la Science Politiques en France et à l'Étranger". Paris. mayo-junio de 1966. pp. 545-553.

Este funcionario es independiente tanto del órgano legislativo como del gobierno, y es designado por el Gobernador General a propuesta del Parlamento, por un periodo de tres años, que constituye la duración del órgano legislativo, y puede ser reelecto indefinidamente.

El Comisionado puede designar a sus auxiliares, pero el procedimiento para nombrarlos y su remuneración se fijan por el gobierno, en la inteligencia de que puede ser destituido sólo en la misma forma que los funcionarios judiciales, es decir, por el citado Gobernador General a petición del órgano legislativo y previo un juicio de carácter político.

El mismo Comisionado posee la facultad de vigilar la conducta de todas las autoridades administrativas, con exclusión de los ministros, ya que los miembros del Gabinete son responsables políticamente ante el Parlamento, pero en la realidad el *Ombudsman* puede examinar la actividad de los Ministros de manera indirecta, es decir a través de las recomendaciones que los funcionarios inferiores hacen al Ministro para que adopte una decisión.

Quedan fuera de su competencia ciertos actos de la Corona y los relativos a las fuerzas armadas, contrariamente a lo que ocurre con el modelo escandinavo.

Sin embargo, sigue a este mismo modelo en cuanto a la forma en que puede ejercer la vigilancia de la administración, o sea, a través de inspecciones, de oficio o a petición de los particulares, con el objeto esencial de tutelar los derechos de los gobernados, y al efecto, si bien sus dictámenes no poseen efectos vinculatorios para las autoridades respectivas, pueden asumir la forma de recomendaciones, que normalmente siguen las propias autoridades.

El *Ombudsman* de Nueva Zelanda tiene la obligación de rendir un informe anual al Parlamento, pero también posee la facultad de formular informes parciales, que puede publicar y divulgar a través de los diversos medios de información.

Esta institución ha confirmado en la práctica el prestigio de los funcionarios administrativos de Nueva Zelanda, ya que sólo ha descubierto errores y faltas de menor importancia, por lo que su función esencial se ha traducido en una labor educativa y preventiva, ya que los funcionarios sujetos a su control se han esmerado por ajustar su conducta a las disposiciones legales respectivas.<sup>438</sup>

g) *Gran Bretaña e Irlanda del Norte*. En virtud del sistema constitucional británico que implica la preeminencia del Parlamento sobre las otras ramas del poder, y la ausencia de un documento constitucional unitario que regule las relaciones entre los mismos órganos y limite las facultades del cuerpo legislativo, la introducción del *Ombudsman* asumió aspectos peculiares en relación con el modelo escandinavo.

En efecto, esta institución se estableció en la ley denominada *Parliamentary Commissioner for Administration Act*, que entró en vigor el primero de abril de 1967, en Inglaterra, Gales y Escocia, habiéndose extendido a Irlanda del Norte, a partir de 1968, en la inteligencia de que en esta última región también

<sup>438</sup> Cfr. Walter Gellhorn, *The Ombudsman in New Zealand*, en "California Law Review", Berkeley, California, diciembre de 1955, pp. 155-1211; Id. *New Zealand*, en su libro "Ombudsmen and others", cit., pp. 91-153; J. F. Northey, *New Zealand's Parliamentary Commissioner*, en Rowat, cit., pp. 127-143.

opera un funcionario que vigila la actividad de las autoridades administrativas locales, de acuerdo con la *Commissioner for Complaints Act (North Ireland)* de 1969.

El Comisionado británico a diferencia de los funcionarios que hemos analizado anteriormente, es designado por la Corona a petición de las dos Cámaras del Parlamento por un plazo indeterminado, es decir, hasta que cumpla 65 años, que es la edad de retiro, por lo que no está sujeto a la duración del mandato parlamentario, ya que su situación jurídica y económica es similar a la de un magistrado de la Corte Superior (*High Court*), y como éste sólo puede ser destituido previo juicio ante las dos Cámaras del Parlamento.

También se distingue de los representantes parlamentarios escandinavos, en cuanto no puede actuar de oficio, sino siempre a instancia del afectado, pero no de manera directa, ya que la queja del particular agraviado, ya sea persona física o colectiva, debe presentarse primeramente, dentro del plazo de un año y siempre que se tenga interés jurídico, ante uno de los miembros de la Cámara de los Comunes, el cual puede transmitir dicha reclamación al Comisionado, respetando así la tradición en el sentido de que la tutela de los derechos humanos por el Parlamento se efectúa siempre a través de las quejas que se presentan a los miembros de la citada Cámara de los Comunes, por parte de los afectados.

Cuando el miembro de la Cámara de los Comunes estima que una queja que le ha sido presentada por un particular merece ser investigada, la transmite al Comisionado, para que éste realice la correspondiente investigación ante la autoridad a quien se imputa la conducta indebida, y como resultado de la misma, formule un dictamen que se envía al mismo diputado que solicitó la encuesta; dictamen en el cual el Comisionado debe opinar si en su concepto existe un defecto en la prestación del servicio público (*maladministration*) que se traduce en una *injusticia* en perjuicio del afectado, aun cuando no existe una delimitación de estos dos conceptos.

El Comisionado posee facultades discrecionales para determinar si la reclamación fue interpuesta en tiempo, si el reclamante posee interés jurídico para dirigirse al diputado que la ha transmitido y si existen recursos paralelos judiciales o cuasijudiciales a través de los cuales se puede remediar la situación.

Por otra parte, la ley que estableció el citado Comisionado, determina a través de varios apéndices, una lista de las materias en las cuales puede intervenir el citado funcionario y aquellas en la que queda excluida su competencia, esto último especialmente en asuntos políticos o tratándose de facultades discrecionales de las autoridades administrativas.

Además del informe particular que el Comisionado dirige al diputado que ha solicitado su intervención, y que éste puede someter a la Cámara de los Comunes cuando estima que existe un motivo de responsabilidad, el Comisionado británico debe remitir a la propia Cámara un informe anual en el cual describa en forma sucinta el resultado de su gestión.

Tanto los informes particulares como el de carácter anual pueden dar lugar a que la Cámara de los Comunes inicie un juicio de responsabilidad contra los funcionarios que hubiesen incurrido en faltas o delitos, o bien exija la responsabilidad política de los miembros del gobierno, en su caso, con lo cual las

funciones del Comisionado británico se insertan en el sistema tradicional de la responsabilidad parlamentaria por violación de los derechos de los gobernados, y por tanto, según se ha visto, se distingue claramente del modelo escandinavo, el cual puede dirigir recomendaciones e inclusive, en ciertos casos, realizar una consignación judicial, respecto de las autoridades sometidas a su fiscalización.<sup>434</sup>

h) *Las provincias canadienses de Alberta y New Brunswick, y la de Hawai en los Estados Unidos.* Estas tres entidades federativas introdujeron el *Ombudsman* en sus legislaciones internas, inspirándose claramente en el modelo escandinavo, inclusive en su denominación oficial.

Podemos descubrir muy escasos aspectos peculiares en relación con la institución original, ya que la única diferencia en los tres ordenamientos, que puede considerarse importante es la forma de designación del delegado, que en las provincias canadienses se realiza por el Gobernador General a propuesta de la legislatura por un plazo de cinco años, y en Hawai directamente por votación mayoritaria de las dos cámaras del órgano legislativo, por un plazo de seis años; pero en todos los casos pueden ser reelectos.

En los referidos ordenamientos el *Ombudsman* depende del parlamento, pero conserva autonomía, y puede actuar de oficio o a instancia de los particulares, con el objeto de fiscalizar a las autoridades administrativas, realizando investigaciones, que en su caso, se traducen en recomendaciones dirigidas a los funcionarios respectivos, sin perjuicio de un informe anual a la legislatura.<sup>435</sup>

i) *Israel.* La adopción del *Ombudsman* ha sido el resultado de una evolución paulatina, que se traduce en una configuración peculiar del representante parlamentario.

En efecto, en el ordenamiento israelí las funciones fiscalizadoras del *Ombudsman* escandinavo, que indudablemente se tomó como modelo, no se confirieron a un funcionario específico, sino que se fueron acumulando progresivamente a una institución diversa, es decir, la del Contralor General (*State Comptroller*), que fue establecido en 1949 y perfeccionado en 1958, como un órgano electo por el Parlamento (*Knesset*) por un plazo de cinco años, para fiscalizar la conducta de las autoridades financieras y económicas, y cuyas atribuciones se ampliaron en relación con otras autoridades administrativas, incluyendo la posibilidad de recibir reclamaciones directas de los particulares afectados.

En virtud de que dichas reclamaciones aumentaron considerablemente en los últimos años, la evolución culminó con la ley de 31 de marzo de 1971, que estableció una oficina especial dependiente del citado Contralor General, con el

<sup>434</sup> Cfr. J. F. Garner, *L'Ombudsman britannique*, en "Revue Internationale de Droit Comparé", París, julio-septiembre de 1970, pp. 457-466; Geoffrey Marshall, *The United Kingdom*, en Rowat, cit., pp. 173-185; André Legrand, *Le Commissaire parlementaire pour l'Administration, Ombudsman britannique*, en "Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger", París, mayo-abril de 1969, pp. 225-258; F. Marx, *Le Commissaire parlementaire britannique pour l'Administration: un bilan de quatre années d'existence*, en la misma revista, enero-febrero de 1972, pp. 109-134; David Foulkes, *The discretionary provisions of the Parliamentary Commissioner Act, 1967*, en "Modern Law Review", London, julio de 1971, pp. 377-393.

<sup>435</sup> Las leyes de Alberta y de Hawai, se incluyen como Apéndice en el libro editado por Rowat, cit., pp. 357-371.

objeto de recibir y tramitar las quejas de los gobernados en contra de las autoridades administrativas.

Esta oficina de quejas del Contralor General posee funciones similares a las del *Ombudsman* escandinavo, ya que puede realizar investigaciones sobre la conducta de las autoridades administrativas, con el objeto de formular recomendaciones que se dirigen a las propias autoridades a fin de que se subsanen las afectaciones indebidas a los derechos de los gobernados, en la inteligencia que el citado Contralor debe rendir un doble informe anual al Parlamento, uno relativo a su función de fiscalización financiera y el otro respecto a la oficina de protección de los derechos de los administrados.

El campo de fiscalización del *Ombudsman* en Israel es más reducida que aquel que corresponde a su modelo escandinavo, ya que no puede investigar la conducta de los altos funcionarios del Estado, tales como el Presidente, los miembros del Gabinete o del Parlamento, tampoco respecto de los tribunales, los miembros de la policía y los directores de los lugares de detención, o cualquier aspecto que corresponda a las fuerzas armadas —aun cuando muy recientemente se ha proyectado en el ministerio de Seguridad una oficina de quejas para los militares— y tampoco resultan admisibles las reclamaciones en aquellas materias respecto de las cuales exista un medio administrativo o judicial a través del cual pueda lograrse una reparación.

Finalmente, debe mencionarse que las quejas de los particulares pueden presentarse directamente o bien por conducto de los diputados al parlamento.<sup>486</sup>

j) Por último, es preciso mencionar en forma muy rápida que se han presentado numerosos proyectos para introducir el *Ombudsman* tanto en el Congreso de los Estados Unidos (1963 y 1967), en algunas Entidades Federativas (1965); en el Parlamento Federal del Canadá (1964), y también se ha recomendado su establecimiento en la esfera federal de la India, de acuerdo con la Comisión que rindió su dictamen en 1966.<sup>487</sup>

Por otra parte, también en Italia se han presentado al Parlamento y han sido objeto de apasionados debates tanto en el seno del órgano legislativo como por parte de la doctrina, proyectos de ley para el establecimiento de un Defensor Cívico, que se inspira en el *Ombudsman* escandinavo.<sup>488</sup>

Esta extensión progresiva del *Ombudsman* escandinavo en los mencionados ordenamientos constitucionales, se apoya indudablemente en el extraordinario prestigio y popularidad de esta institución como instrumento tutelar de los derechos fundamentales frente a las autoridades administrativas, que actúan cada vez con mayor fuerza en la esfera jurídica de los particulares, y nos demuestra la creciente preocupación que podemos calificar de universal, para otorgar vigencia a los derechos de la persona humana consagrados en todas las Leyes Fundamentales de nuestra época.

<sup>486</sup> Cfr. Hans Klinghoffer, *Der Ombudsman in Israel*, en el libro citado, "Festschrift für Karl Loewenstein", pp. 261-278.

<sup>487</sup> Estos proyectos figuran como apéndices en el citado libro de Rowat, pp. 300-327.

<sup>488</sup> Cfr. Francesco Cannata, *L'Ombudsman in Italia. In margine alle proposte di legge per l'istituzione del Difensore Civico*, en "Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana", Roma, febrero, marzo, abril y mayo de 1969, pp. 100-114; 192-201; 260-269 y 347-361. respectivamente.