

XXVII. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANA

HÉCTOR FIX-ZAMUDIO*

INTRODUCCIÓN

ESTE sencillo esbozo panorámico pretende trazar en forma sucinta los principales lineamientos contemporáneos de la justicia constitucional en Latinoamérica. Debido al pequeño espacio disponible para una materia tan compleja, hemos prescindido del aparato documental, que es muy abundante, y sólo mencionamos al final del estudio una bibliografía esencial para aquel que pretenda ampliar su conocimiento más allá de las simples observaciones preliminares que contiene este estudio.

En segundo lugar es preciso aclarar la denominación que hemos adoptado, habida cuenta que en relación con el contenido de este trabajo se han manejado diversos términos que deben precisarse. En efecto, en relación con los diversos instrumentos que tienen como finalidad resolver las controversias derivadas de la aplicación de las normas constitucionales, se han empleado varios vocablos para comprenderlos, tales como control, jurisdicción y garantías todas ellas con el calificativo de "constitucional", tanto en el sentido de disciplina científica como del conjunto de normas que regulan los citados instrumentos de solución de los conflictos de carácter constitucional.

No consideramos que sea el momento adecuado para señalar el alcance y significado de estos términos, pero de todos ellos hemos adoptado el de "justicia constitucional", por dos razones: la primera, que posee naturaleza semántica, descansa en el fundamento de que esa denominación es menos amplia que la voz control, pero es menos estricta que las de jurisdicción constitucional o derecho procesal constitucional, en virtud de que estas últimas se refieren a los instrumentos específicamente procesales, es decir, aquellos que resuelven los conflictos constitucionales por medio de la jurisdicción, o sea, con la intervención de un órgano imparcial, que puede ser o no un tribunal propiamente dicho, pero que se desarrolla por conducto de un

* Investigador Emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

verdadero proceso entre dos partes contrapuestas en un plano de igualdad y que se decide por medio de una sentencia.

En forma diversa, la justicia constitucional es un género al cual corresponde como especie la jurisdicción de carácter constitucional, puesto que la solución de las controversias sobre la aplicación de las normas fundamentales puede realizarse por órganos e instrumentos que no son forzosa ni de manera estricta de carácter procesal, como ocurre de manera ostensible con el llamado *ombudsman*, que tutela las disposiciones fundamentales que consagran derechos humanos a través de un procedimiento, que se caracteriza precisamente por carecer de carácter jurisdiccional.

El segundo motivo que nos guía para utilizar la denominación de justicia constitucional es su carácter predominantemente axiológico, si se toma en cuenta que el Estado de derecho contemporáneo no sólo implica la racionalización del poder, de acuerdo con la clásica frase de Boris Mirkiné-Guetzevitch, sino su *justificación*, de acuerdo con la tendencia contemporánea de someter los órganos del poder de manera cada vez más estricta a las disposiciones jurídicas.

LOS DOS GRANDES SISTEMAS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN AMÉRICA LATINA: EL AMERICANO Y EL AUSTRIACO

Desde un punto de vista predominantemente doctrinal, podemos señalar dos modelos importantes de justicia constitucional que han influido en los ordenamientos latinoamericanos.

En primer lugar el sistema que se ha calificado como “americano”, no sólo por haberse establecido en sus lineamientos esenciales en la Constitución Federal de los Estados Unidos de 1787, sino también por haber servido de paradigma a la abrumadora mayoría de los ordenamientos americanos, de Argentina a Canadá.

En forma esquemática podemos señalar que los elementos esenciales del modelo americano consisten en la facultad otorgada a todos los jueces, con independencia de jerarquía (y por ello se califica como “difuso”), para resolver las cuestiones de la constitucionalidad de las leyes aplicables en los procesos concretos de su conocimiento, siempre que la cuestión respectiva sea planteada por las partes y aun de oficio por el juez que conozca del asunto; planteamiento que de manera incorrecta se ha calificado como “vía de excepción”, pero que los tratadistas italianos han denominado con mejor técnica como “cuestión prejudicial”, si se toma en cuenta que el problema de la in-

constitucionalidad debe considerarse como un aspecto incidental (procesalmente hablando) de la controversia de fondo.

Un factor muy importante consiste en los efectos de la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la ley, y que se traducen en la *desaplicación* de la propia ley en el caso concreto, ya que el fallo únicamente surte efectos entre las partes del conflicto en el cual se planteó o surgió de la cuestión de inconstitucionalidad, además de que generalmente dicha resolución tiene efectos retroactivos.

La segunda categoría de control podemos calificarla como "austriaca" o continental europea, si se toma en cuenta que surgió en la Constitución austriaca de 1920, como es bien sabido, en virtud de la participación del destacado jurista Hans Kelsen. También de manera esquemática es posible señalar que los lineamientos de este paradigma austriaco se caracterizan por la atribución que se confiere a un órgano especializado, denominado Corte o Tribunal Constitucional, para decidir todas las cuestiones relativas a la constitucionalidad de las leyes, y en general de los actos de autoridad, cuestiones que no pueden ser resueltas por los jueces ordinarios, ya que deben plantearse en la vía principal por los órganos del Estado afectados por el ordenamiento inconstitucional, o en forma indirecta por los jueces o tribunales que carecen de la facultad para resolver sobre la inconstitucionalidad del ordenamiento aplicable, en la inteligencia de que el fallo dictado por el tribunal especializado, cuando declara la inconstitucionalidad, tiene efectos generales o *erga omnes*, es decir, implica la ineficacia de la ley respectiva a partir del momento en que se publica la decisión de inconstitucionalidad, o en el plazo que fije el propio tribunal constitucional, de manera que en términos generales el fallo tiene efectos para el futuro y excepcionalmente de manera retroactiva.

En la práctica estos elementos aparecen matizados, y si bien el predominio de varios de ellos nos permite calificar un sistema de americano o austriaco, no podemos considerarlos en forma pura, en virtud de la tendencia creciente hacia su combinación o por medio de sistemas mixtos que utilizan las ventajas de ambos y eluden los inconvenientes de una estructura rígida.

LA INFLUENCIA DE LA REVISIÓN JUDICIAL ANGLOAMERICANA

El sistema americano es el que ha tenido mayor trascendencia en los ordenamientos de nuestra región, debido a que, con posterioridad a la independencia política de España y de Portugal, los juristas latinoamericanos

consideraban como paradigma el régimen constitucional de los Estados Unidos, y particularmente, la función de los tribunales como órganos de control de la constitucionalidad de las leyes. En esta materia tuvo una gran repercusión la obra de Alexis de Tocqueville, *La democracia en América*, cuya traducción castellana de Sánchez de Bustamante fue muy conocida en la tercera década del siglo XIX, así como, pero con menor divulgación, la clásica obra, *El Federalista*.

El sistema americano de control de la constitucionalidad de las disposiciones legislativas fue trasplantado a los ordenamientos latinoamericanos en los cuales predominaba la tradición jurídica hispánica de orientación romano-canonica, y por ello dio lugar a varios instrumentos procesales peculiares, entre los cuales podemos señalar el *habeas corpus*, la acción, recurso o juicio de amparo, y el aspecto más próximo a la revisión judicial, por conducto de la acción o recurso de inconstitucionalidad de las leyes.

El habeas corpus

El *habeas corpus*, conocido también en su traducción castellana como “exhibición personal”, fue introducido y subsiste en la totalidad de las legislaciones latinoamericanas inspiradas directamente en la ley inglesa de 1679, o bien por conducto del derecho estadounidense, como el instrumento específico para la tutela de la libertad personal, el que también se le califica como “amparo de la libertad personal”, o bien, parte del derecho de amparo, como ocurre en el ordenamiento mexicano.

El derecho de amparo

El derecho de amparo surgió en el ordenamiento constitucional mexicano de manera definitiva en los artículos 101 y 102 de la Constitución Federal de 1857, con antecedentes en la Carta del Estado de Yucatán de 1841, y en el ámbito nacional, en el documento intitulado “Acta de Reformas” (a la Constitución Federal de 1824); de ahí se extendió de manera paulatina a diversos ordenamientos constitucionales y legales de Latinoamérica.

En la actualidad, el amparo está regulado, con diversas modalidades, en las cartas y legislaciones de Argentina (tanto en el ámbito nacional como de las entidades federativas), Bolivia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Venezuela y Uruguay. A estos ordenamientos deben agregarse instituciones similares, tales como el

mandado de segurança brasileño (que algunos autores han traducido al castellano como “mandamiento de amparo”); el recurso de protección de la Constitución chilena, de 1980, y la llamada “acción de tutela”, de la Carta Fundamental colombiana de julio de 1991.

El derecho de amparo latinoamericano asume diversa extensión tutelar, que va desde la protección de la libertad personal, como estaba regulado en la Constitución chilena de 1925, hasta la tutela de todo el ordenamiento jurídico como ocurre en la legislación mexicana, que abarca tanto la propia libertad personal como todas las resoluciones judiciales de los tribunales del país por infracción de la legislación secundaria (casación); algunos aspectos del contencioso administrativo; la impugnación de las leyes inconstitucionales y la protección de los derechos de los campesinos sujetos a la reforma agraria. En la mayoría de los ordenamientos latinoamericanos la acción, recurso o juicio de amparo está dirigido a la tutela de los derechos fundamentales individuales y sociales establecidos en las cartas constitucionales, con exclusión de la libertad de movimiento, objeto del *habeas corpus* o exhibición personal.

También se advierte en la regulación del amparo, la tendencia que surgió en la jurisprudencia argentina de extender la protección a la conducta de entidades, grupos o personas que no tienen el carácter de autoridad, pero que, por razón de sus actividades, poseen una situación de preeminencia que les permite afectar los derechos fundamentales de los gobernados. Esta orientación se advierte en varias de las legislaciones recientes, entre las cuales pueden mencionarse las de Venezuela, Uruguay, Costa Rica y Colombia.

La revisión judicial

La revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes de acuerdo con el modelo norteamericano, prácticamente ha sido establecida en la totalidad de las legislaciones latinoamericanas, inclusive en aquellos ordenamientos que conservaron durante más tiempo la influencia rusioniana de la preeminencia del organismo legislativo, como ocurrió con Ecuador y Perú.

Sin embargo, su regulación asume varios matices, entre los cuales podemos citar dos, esenciales. El primero se desarrolla por conducto del llamado control difuso, en cuanto atribuye a todos los jueces y tribunales la facultad de decidir las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas en los procesos concretos de los cuales conocen, sin perjuicio de llevar la cuestión a su decisión final por la corte o tribunal supremos. Aquí podemos señalar como ejemplos, las legislaciones de Argentina y Brasil (países que además poseen

la forma de Estado federal), que por medio del recurso extraordinario de inconstitucionalidad se aproximan al modelo estadounidense de revisión judicial. El segundo, es el de aquellos países que atribuyen de manera exclusiva a la Corte Suprema la decisión de las cuestiones de inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas. Entre estos instrumentos se encuentra el llamado recurso de inaplicabilidad del ordenamiento chileno. Pero en todos los supuestos, se conservan los lineamientos esenciales de los efectos particulares de la sentencia de inconstitucionalidad, aun cuando se observa una tendencia que señalaremos más adelante, hacia la paulatina implantación de la declaración general de inconstitucionalidad, que se ha combinado con la desaplicación concreta.

LA TRASCEDENCIA DEL DERECHO CONTINENTAL EUROPEO. LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

El modelo de control de la constitucionalidad de las leyes que surgió en la Constitución austriaca de 1920, de acuerdo con el pensamiento del ilustre Hans Kelsen, posee teóricamente las características contrarias de las que se atribuyen al sistema americano, puesto que dicho control se encomienda a un órgano concentrado y especializado denominado tribunal o corte constitucional; los efectos de la declaración de inconstitucionalidad son de carácter general o *erga omnes*; el planteamiento es por la vía principal, ya sea directamente por los órganos de gobierno afectados de manera indirecta por medio del juez o tribunal ante el cual se plantea la cuestión de inconstitucionalidad, pero que no puede decidirla, sino que debe enviar el asunto a la corte o tribunal constitucional, y finalmente, la sentencia respectiva tiene efectos hacia el futuro, salvo algunos aspectos de excepción.

Si bien este paradigma ha predominado en los ordenamientos constitucionales de Europa continental, se ha extendido recientemente a algunos ordenamientos latinoamericanos, pero con la modalidad peculiar de que no se suprime, sino que por el contrario, se considera compatible con la revisión judicial norteamericana. Entre los ejemplos de la influencia del sistema austriaco podemos citar, en primer término, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, surgida en la Constitución de 1965, pero que se integraba solamente en cuanto se planteaban las impugnaciones de inconstitucionalidad, lo que ocurrió en muy pocas ocasiones, pero que se ha transformado en un tribunal permanente en la Constitución vigente de 1985. También podemos mencionar el Tribunal Constitucional chileno, introducido en la reforma de 1970 a la Constitución de 1925, suprimido en 1973 por el golpe militar, pero

restablecido en la Carta vigente de 1980, y que si bien tuvo una actividad restringida durante la dictadura, puede desarrollar una importante labor al restablecerse el régimen democrático.

En la misma dirección funcionan los Tribunales de Garantías Constitucionales de Ecuador, de 1978, y el de Perú, de 1979, este último con facultades bastante amplias. Dentro de esta corriente se han establecido salas constitucionales autónomas en el seno de las Cortes Supremas de El Salvador (1983) y Costa Rica (reformas constitucionales de 1989), en la inteligencia de que esta última ha desarrollado una profusa y dinámica jurisprudencia en el escaso tiempo de su funcionamiento. Finalmente, la Constitución colombiana de julio de 1991, ha creado una Corte Constitucional con atribuciones similares.

APROXIMACIÓN DE AMBOS SISTEMAS: LA DECLARACIÓN GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD

La doctrina contemporánea ha señalado la aproximación de los modelos americano y austriaco de control constitucional, acercamiento que se advierte también en los ordenamientos latinoamericanos por conducto de lo que podríamos clasificar como "sistema mixto", puesto que se inspira en el americano respecto a la competencia de un tribunal ordinario, no especializado, es decir, la Corte Suprema, para decidir las cuestiones de inconstitucionalidad de las leyes, pero toma del sistema austriaco la declaración de inconstitucionalidad.

Podemos señalar varias modalidades en las legislaciones latinoamericanas, pero la más importante es la llamada "acción popular de inconstitucionalidad", que se caracteriza porque cualquier persona puede acudir a la corte suprema para impugnar la constitucionalidad de las disposiciones legislativas, pero la declaración de inconstitucionalidad asume efectos generales. En esta dirección podemos mencionar como los ejemplos más significativos, los ordenamientos de Venezuela y el de Colombia (hasta la expedición de la nueva Carta Fundamental de 1991), que se han aplicado desde principios de este siglo y que se han extendido más recientemente a las legislaciones de El Salvador y Panamá. En otros ordenamientos latinoamericanos, si bien se requiere que la impugnación se presente por el afectado, la declaración asume efectos generales, como en Costa Rica y en algunas provincias argentinas.

Debemos destacar que en varios de estos ordenamientos, que pertenecen al sistema que hemos calificado como mixto, se advierte una tendencia de aproximación al modelo austriaco, en cuanto la declaración de inconstitucionalidad con efectos generales se confiere a un tribunal o una sala autónoma

especializada, como ha ocurrido con las salas constitucionales de El Salvador y Costa Rica y el Tribunal Constitucional colombiano.

EL SISTEMA SOCIALISTA CUBANO

Un ordenamiento peculiar en Latinoamérica es el cubano posterior a la Revolución de 1959 y que aún subsiste, no obstante los cambios que se han observado en los países del anterior bloque socialista, los que se aproximan, incluyendo a la Unión Soviética, al modelo continental europeo por lo que respecta a la justicia constitucional.

El citado régimen constitucional se inspira, en su Carta Fundamental de 1976, en el modelo soviético tradicional, de acuerdo con el cual se encomienda al órgano legislativo, denominado Asamblea Nacional del Poder Popular, y a su órgano de receso, el Consejo de Estado, la decisión sobre la inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas, incluyendo las propias, y confiere a la Fiscalía (tomada de la Procuratura soviética) la defensa de los derechos de los gobernados, como aspecto esencial de la legalidad socialista.

Sin embargo, la legislación cubana no ha podido escapar a la tradición española y, por tanto, se aparta del ejemplo original al admitir la tutela de ciertos derechos fundamentales, incluso con bastantes limitaciones, por conducto de los tribunales populares y por medio del contencioso-administrativo, con fundamento en la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral de 19 de agosto de 1977.

IMPLANTACIÓN DEL *OMBUDSMAN* EN LATINOAMÉRICA

Aun cuando con retraso respecto a otros ordenamientos que pertenecen a diversas familias o tradiciones jurídicas, como la angloamericana y la continental europea que han establecido esta institución de origen escandinavo (con diversas denominaciones y matices con lo que han transformado a este organismo en una institución universal), dicho instrumento se ha introducido en el ámbito latinoamericano, de manera lenta pero creciente.

En efecto, a partir de los años sesenta la doctrina latinoamericana inició el estudio y la divulgación de esta institución, la que en principio se consideró extraña a la tradición jurídica de nuestra región.

Después de numerosos ensayos y proposiciones legislativas, de manera paulatina pero con firmeza, se ha regulado esta institución de origen escandinavo en algunos ordenamientos de Latinoamérica. Como ejemplo podemos

mencionar el Consejo Deliberante de la ciudad de Buenos Aires (octubre de 1985); la Procuraduría de los Derechos Humanos de Costa Rica (1982); el Procurador de los Derechos Humanos de la República de Guatemala (Constitución de 1985 y Ley de octubre de 1986); la Consejería Presidencial de los Derechos Humanos de la República de Colombia (decreto presidencial del 8 de noviembre de 1987), y la atribución de los personeros municipales colombianos, por medio de la reforma de 1990, al Código de Régimen Municipal de la defensa de los derechos humanos en sus respectivos municipios.

Es en Colombia el país en el cual se observa una evolución más acentuada de este instrumento tutelar, en cuanto la nueva Constitución de 6 de julio de 1991 ha establecido el Defensor del Pueblo, de acuerdo con el modelo español y con facultades semejantes.

Se encuentran pendientes en varios órganos legislativos, tanto locales como centrales o federales de Latinoamérica, numerosos proyectos para el establecimiento de instituciones similares al *ombudsman*.

Por lo que se refiere al ordenamiento mexicano, después de varios ensayos a nivel municipal y de las entidades federativas, se puede afirmar que la primera institución realmente efectiva y que continúa funcionando de manera eficiente, es la Defensoría de los Derechos Universitarios, cuyo Estatuto fue aprobado por el Consejo Universitario de la Universidad Nacional Autónoma de México el 29 de mayo de 1985.

Otro organismo que también dio ejemplo de una apreciable labor tutelar de los derechos humanos fue la Procuraduría de Protección Ciudadana del estado de Aguascalientes, establecida el 14 de agosto de 1988 y que posteriormente se integró como Secretaría Ejecutiva a la Comisión Estatal de Derechos Humanos, establecida por Decreto del 17 de junio de 1990. En este sentido, también se puede mencionar la Defensoría de los Derechos de los Vecinos de la ciudad de Querétaro, creada por decreto del Ayuntamiento, publicado el 22 de diciembre de 1988.

Pero las instituciones de mayor importancia son la Procuraduría Social de Departamento del Distrito Federal, creada por acuerdo publicado el 25 de enero de 1989, y en especial, la Comisión Nacional de Derechos Humanos, establecida por acuerdo presidencial del 5 de junio de 1990 y que, no obstante su reciente creación, ha realizado una labor que podemos calificar de admirable, en cuanto a la tutela de los derechos de los gobernados.

De acuerdo con el modelo de esta Comisión Nacional, se han establecido varias comisiones similares en las entidades federales, en las que como la nacional, dependen formalmente del Poder Ejecutivo. En el estado de Baja California se estableció recientemente la Procuraduría de los Derechos Humanos y Protección Ciudadana de dicha entidad, por ley del 31 de enero de 1991,

cuyo titular es designado por el Congreso local de una terna formada por el gobernador.

LA REVISIÓN JUDICIAL TRANSNACIONAL

Un sector que se ha desarrollado en los últimos años es el que podemos calificar de revisión judicial transnacional, en cuanto el control judicial de la constitucionalidad de las disposiciones legislativas y de los actos de autoridad puede rebasar el ámbito interno y proyectarse en la esfera internacional. Una primera etapa se refiere a las relaciones entre los tratados internacionales y el ordenamiento constitucional interno, las que, de acuerdo con el ejemplo norteamericano, implican la posibilidad de impugnar la inconstitucionalidad de dichos tratados ante los tribunales nacionales, ya que, al incorporarse al derecho interno, se consideran como leyes ordinarias, de carácter nacional en los ordenamientos federales.

Un segundo periodo, más próximo, significa una restricción a la soberanía estatal para reconocer una mayor jerarquía a las normas de carácter transnacional, en especial las de naturaleza convencional, en relación con las disposiciones constitucionales o legales internas. Esta situación ha tenido una evolución muy lenta y restringida si la comparamos con su regulación en los ordenamientos europeos, por la desconfianza tradicional de nuestros países hacia los organismos internacionales, debido a un amargo recuerdo de intervenciones y de laudos injustos.

En esta dirección podemos señalar las disposiciones constitucionales de Ecuador y de Panamá que reconocen expresamente las normas y principios de derecho internacional; las de Honduras y El Salvador que otorgan a los tratados internacionales una jerarquía superior a la de las leyes ordinarias; las de Guatemala que consideran los tratados internacionales de derechos humanos como superiores a las disposiciones internas, en tanto que la Constitución peruana otorga a dichos tratados el carácter de normas constitucionales.

También puede señalarse lo dispuesto por la parte relativa del artículo 5o. de la Constitución chilena de 1980, tal como fue reformado en el plebiscito de 30 de julio de 1989: "El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes."

Finalmente, se advierte con claridad que este desarrollo se encamina al reconocimiento de la primacía del derecho convencional internacional, de manera predominante en el campo de los derechos fundamentales, de acuerdo

con lo dispuesto por el artículo 93 de la Constitución colombiana de julio de 1991, según el cual: "Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia."

LOS GRANDES PROBLEMAS CONTEMPORÁNEOS

Son varios los problemas a los cuales se enfrenta la justicia constitucional en Latinoamérica, pero como sería imposible señalarlos en su totalidad, examinaremos los tres que consideramos de mayor trascendencia en el futuro inmediato. Así, nos concretaremos a una breve descripción de la tendencia hacia la judicialización de un sector importante de las llamadas "cuestiones políticas", que tradicionalmente se consideraban excluidas del control judicial; la posibilidad de aplicar los principios de la justicia constitucional en las situaciones de emergencia y, finalmente, el debate relativo a la eficacia y la legitimidad de esta institución en la situación político-constitucional de nuestros países.

Las cuestiones políticas

Por lo que respecta a las calificadas como "cuestiones políticas", resulta explicable, en primer término, la influencia de la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos en nuestra región, que durante un largo periodo excluyó dichas cuestiones de la revisión judicial. Esta situación se modificó sustancialmente a partir de la resolución pronunciada en 1962, en el caso *Baker vs Carr*, en el cual se establecieron los principios esenciales del sistema electoral de las entidades federativas, que tuvo una gran repercusión en el sistema político norteamericano.

Por otra parte, desde el punto de vista interno, en el ámbito latinoamericano también tradicionalmente se otorgó un amplio margen de discrecionalidad a los llamados actos políticos o de gobierno, que se excluyeron de la revisión judicial; inclusive en alguna época se llegó a sostener que los derechos políticos no eran derechos humanos, criterio actualmente abandonado pero que todavía no se ha superado totalmente.

Sin embargo, algún intento se ha hecho para precisar los límites de la naturaleza política de los actos de gobierno por medio del principio de razonabilidad, que esencialmente fue sostenido por la Corte Suprema argentina y

que también se ha utilizado para la impugnación de las actividades realizadas durante los estados de excepción.

Por este motivo, entre las conclusiones que se adoptaron en el Primer Congreso Latinoamericano de Derecho Constitucional, que se efectuó en la ciudad de México durante los días 27 a 30 de agosto de 1975, se aprobó la siguiente: "La función jurisdiccional de los tribunales latinoamericanos, especialmente las cortes supremas y el ejercicio de la función de justicia constitucional, sólo podrá lograr efectividad, así sea limitada, cuando se superen los obstáculos hasta ahora insalvables de la interpretación desorbitada de los actos políticos y de gobierno, así como las constantes declaraciones de emergencia y la promulgación de estatutos, calificados con razón o sin ella de 'revolucionarios' y para ello podrán utilizarse instrumentos de 'razonabilidad' que ha sostenido valientemente la Suprema Corte argentina y en lo que resulte aplicable el recurso de 'desvío de poder' creado por la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, para determinar los límites de las facultades discrecionales del ejecutivo."

Los estados de emergencia

El segundo sector que ha impedido la evolución positiva de la revisión judicial latinoamericana es la relativa a las frecuentes y en ocasiones permanentes declaraciones de estados de excepción en los ordenamientos latinoamericanos que, afortunadamente, se han superado poco a poco en cuanto la gran mayoría de nuestros países ha vuelto a la normalidad constitucional, debido a la paulatina desaparición de los regímenes militares que no hace muchos años predominaban en nuestra región. No está lejano el periodo en el cual se advertía el aspecto patológico de los propios estados de emergencia, los que eran declarados por los gobiernos *de facto*, especialmente los de carácter castrense, con el objeto de menoscabar las instituciones democráticas.

Pero inclusive tratándose de auténticas situaciones de excepción establecidas temporalmente por gobiernos democráticos (calificadas por la doctrina como "dictadura constitucional"), existen obstáculos con el fin de que los tribunales puedan intervenir en la tutela judicial de los derechos humanos.

Son escasas las constituciones latinoamericanas que regulan de manera expresa la tutela de los derechos humanos y sus instrumentos procesales durante los periodos de emergencia. Sin embargo, debido a la creciente influencia del derecho internacional de los derechos humanos a que nos hemos referido con anterioridad, se han introducido recientemente normas fundamentales que pretenden evitar la afectación indebida de los propios de-

rechos humanos. Una vez más debemos acudir a la Constitución colombiana de julio de 1991, que por ser la más reciente, ha incorporado estos principios en el inciso 2, de su artículo 214, que regula las bases de los estados de excepción y que dispone: "No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales." En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario. Una ley estatutaria regulará las facultades del gobierno durante los estados de excepción y establecerá los "controles judiciales y las garantías para proteger los derechos de conformidad con los tratados internacionales. Las medidas que se adopten deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos".

A lo anterior debe agregarse la autolimitación que tradicionalmente se han impuesto los jueces y tribunales latinoamericanos para conocer de los instrumentos procesales durante los estados de emergencia, con la excepción de algunos fallos aislados de la Suprema Corte argentina de acuerdo con su doctrina de la razonabilidad.

La situación desalentadora de la falta de protección efectiva de los derechos humanos y de la ausencia de control judicial de las leyes durante los estados de excepción, debe modificarse de manera paulatina en virtud de la ratificación, por parte de numerosos países latinoamericanos, tanto del Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, como de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que dichas convenciones establecen en sus artículos 4o. y 27, respectivamente, los lineamientos a que deben sujetarse los estados partes para declarar los estados de excepción y para aplicar las medidas concretas de la emergencia.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado el citado artículo 27 de la Convención Americana en las resoluciones dictadas el 30 de enero y 6 de octubre de 1987, en las consultas 8 y 9 formuladas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y por el gobierno de Uruguay, en el sentido de que los procedimientos de *habeas corpus* y de amparo son garantías judiciales indispensables para la protección de varios derechos cuya suspensión está vedada por la Convención y sirven, además, para preservar la legalidad democrática. A los dos instrumentos tutelares anteriores deben agregarse como no susceptibles de suspensión durante los estados de excepción, cualquier otro recurso efectivo o los procedimientos inherentes a la forma democrática representativa de gobierno, previstos por el derecho interno de los estados partes como idóneos para garantizar la plenitud de los citados derechos. Este criterio fue acogido expresamente por los artículos 93 y 214.2 de la Constitución colombiana de julio de 1991, según se expresó con anterioridad.

La eficacia y la legitimidad

Por lo que se refiere a la realización práctica de la revisión judicial y de los instrumentos protectores del *habeas corpus* y del derecho de amparo en la realidad político-constitucional latinoamericana, sólo puede establecerse de manera muy aproximada, en virtud de que no existen estudios empíricos de carácter sociológico que permitan precisar esa efectividad. Se han intentado algunos lineamientos de valoración, como los ensayados por el tratadista norteamericano David S. Clark, por el constitucionalista mexicano Jorge Carpizo, conjuntamente con el que esto escribe, así como por el jurista estadounidense Carl E. Schwarz, este último por lo que se refiere a los ordenamientos de México y de los Estados Unidos.

Los resultados de estos estudios sólo pueden considerarse preliminares, pero de ellos se observa que de manera paulatina se están superando los obstáculos tradicionales a la realización de la justicia constitucional latinoamericana, debido a que la mayoría de nuestros países ha establecido regímenes democráticos que sustituyeron los de carácter militar; las declaraciones de los estados de excepción en ocasiones permanentes que caracterizaban la actuación de dichos gobiernos castrenses, han sido sustituidos por la normalidad constitucional y, además, se advierte en la jurisprudencia de los tribunales de nuestra región un progreso en cuanto a su participación en la tutela de los derechos fundamentales y de las disposiciones constitucionales sobre la competencia de los órganos públicos, con mayor razón en cuanto se han establecido algunos tribunales especializados de acuerdo con el modelo europeo continental y cuyo número tiende a incrementarse.

Aun cuando el problema de la eficacia de la justicia constitucional ha tenido la primacía en la doctrina, la legislación y la jurisprudencia de los ordenamientos latinoamericanos, también se han planteado algunas cuestiones relativas a la polémica que resurge periódicamente sobre la legitimidad de la justicia constitucional, en especial por lo que respecta a la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, que revive la vieja controversia entre Carl Schmitt y Hans Kelsen, y que ahora, de cierta manera, está representada por las ideas opuestas de Lord Devlin y Mauro Cappelletti. Nos adherimos plenamente a los argumentos del destacado comparatista italiano, en cuanto a que la legitimidad de los órganos judiciales para desaplicar y más aún, privar de efectos a las disposiciones legislativas inconstitucionales, no radica en la elección popular de sus miembros sino en su sensibilidad para obtener un consenso político y en la tutela de los valores básicos del ordenamiento constitucional.

BIBLIOGRAFÍA ESENCIAL

Si bien los estudios sobre la justicia constitucional son muy abundantes, especialmente en los países angloamericanos y en el Continente Europeo, no ocurre lo mismo en el ámbito latinoamericano, pero debido a la extensión de estas breves reflexiones, sólo citamos aquellos trabajos generales y panorámicos elaborados o traducidos al español sobre este tema inagotable, uno de los esenciales de nuestra época, y nos remitimos a la información bibliográfica y hemerográfica que en ellos se contiene.

Cappelletti, Mauro, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, trad. de Héctor Fix-Zamudio, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1961.

_____, *Justicia constitucional. Estudios de derecho comparado*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1987.

Fix-Zamudio, Héctor, "La protección procesal de los derechos humanos en Latinoamérica y las situaciones de emergencia", *El Foro*, quinta época, núms. 30 y 31, México, abril-junio de 1973, pp. 63-75 y 29-45. Reproducido en Héctor Fix-Zamudio, *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1988, pp. 157-183.

_____, "La justicia constitucional en Latinoamérica y la declaración general de inconstitucionalidad", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 11, septiembre-diciembre de 1979, pp. 641-694. Reproducido en Héctor Fix-Zamudio, *Latinoamérica...*, *op. cit.*, pp. 339-392.

_____, "Justicia constitucional y régimen democrático en Iberoamérica", *Anuario Jurídico*, IX, México, 1982, pp. 379-417. Reproducido en Héctor Fix-Zamudio, *Latinoamérica...*, *op. cit.*, pp. 395-439.

_____, *La protección jurídica y procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Madrid, Universidad Nacional Autónoma de México, Civitas, pp. 97-144.

_____, "Posibilidad del ombudsman en el derecho latinoamericano", *La Defensoría de los Derechos Humanos de la UNAM y la institución del ombudsman de Suecia*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1986, pp. 33-52. Reproducido en Héctor Fix-Zamudio, *Latinoamérica...*, *op. cit.*, pp. 443-462.

_____, "La protección judicial de los derechos humanos en Latinoamérica y en el sistema interamericano", *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 8, San José, Costa Rica, julio-diciembre de 1988, pp. 7-76. Reproducido en Héctor Fix-Zamudio, *Protección jurídica de los derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991, pp. 99-133.

_____, "La justicia constitucional en América Latina", *El constitucionalismo en las*

postrimerías del siglo XX. Constitucionalismo. Colaboraciones extranjeras y nacionales, t. IV, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, pp. 451-532.

Quiroga León, Anibal (comp.), *Sobre la jurisdicción constitucional*, Lima, Pontificia Universidad del Perú, 1990.

Restrepo Piedrahita, Carlos (comp.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1984.